



**DIÁLOGO AMBIENTAL,
CONSTITUCIONAL E
INTERNACIONAL**

VOL. 5

Editores

João de Almeida
João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Adriano Pilatti
Alexandre Moraes da Rosa
Ana Alice De Carli
Beatriz Souza Costa
Bleine Queiroz Caúla
Caroline Regina dos Santos
Daniele Maghelly Menezes Moreira
Diego Araujo Campos
Emerson Garcia
Firly Nascimento Filho
Flávio Ahmed
Frederico Price Grechi
Geraldo L. M. Prado

Gina Vidal Marcilio Pompeu
Gisele Cittadino
Gustavo Noronha de Ávila
Gustavo Sénéchal de Goffredo
Helena Elias Pinto
Jean Carlos Fernandes
Jerson Carneiro Gonçalves Junior
João Carlos Souto
João Marcelo de Lima Assafim
João Theotonio Mendes de Almeida Jr.
José Emílio Medauar
Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha
Lúcio Antônio Chamon Junior

Luigi Bonizzato
Luis Carlos Alcoforado
Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Manoel Messias Peixinho
Marcellus Polastri Lima
Marcelo Ribeiro Uchôa
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Ricardo Lodi Ribeiro
Roberto C. Vale Ferreira
Sérgio André Rocha
Victor Gameiro Drummond
Sidney Guerra

Conselheiro benemérito: Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Conselho Consultivo

Andreya Mendes de Almeida Scherer Navarro
Antonio Carlos Martins Soares
Artur de Brito Gueiros Souza

Caio de Oliveira Lima
Francisco de Assis M. Tavares
Ricardo Máximo Gomes Ferraz

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Centro – Presidente Vargas, 446,
sala 705.
CEP: 20011-000 – Centro – RJ
Tel. (21) 2224-0305

São Paulo (Distribuidor)
Rua Correia Vasques, 48
– CEP: 04038-010
Vila Clementino – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilia
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9981-9353

COORDENADORES
JORGE MIRANDA
CARLA AMADO GOMES

ORGANIZADORES
BLEINE QUEIROZ CAÚLA
VALTER MOURA DO CARMO



DIÁLOGO AMBIENTAL, CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

VOL. 5

 **Lumen Juris** Editora

RIO DE JANEIRO

2016

Copyright © 2016 by
Bleine Queiroz Caúla e Valter Moura do Carmos

Categoria: Direito Ambiental, Constitucional e Internacional

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Revisão Gramatical: Carolina Bentes de Oliveira Sales

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

DADOS INTERNACIONAIS PARA CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

D536 Diálogo ambiental, constitucional e internacional, vol. 5 / coordenadores
 Jorge Miranda, Carla Amado Gomes ; organizadores Bleine Queiroz
 Caúla, Valter Moura do Carmo. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2016.
 xxxi, 456 p. : il. ; 23 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-8440-543-5

1. Direito. 2. Direito ambiental. 3. Direito constitucional. 4. Direito in-
ternacional. 5. Direitos humanos. I. Miranda, Jorge. II. Gomes, Carla Amado.
III. Caúla, Bleine Queiroz. IV. Carmo, Valter Moura do.

CDD 340

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alexandre Sousa Pinheiro — FDUL

Ana Maria D'Ávila Lopes — 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 — UFSC

João Pedro Oliveira de Miranda — FDUL

Jorge Miranda — FDUL

Leonel Severo Rocha — UNISINOS

Lídia Maria Ribas — UFMS

Lívia Gaigher Bósio Campello — UFMT

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 (19912-2001). 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 Innovare 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.

Valter Moura do Carmo

Possui graduação em Direito e 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 da instituição. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos. É professor do curso de direito da faculdade CESUSC.



AUTORES

Alberto de Moraes Papaléo Paes

Mestre em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA), Professor de Hermenêutica Jurídica e Filosofia Geral e Jurídica da UNAMA, FABEL, e visitante dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da Faculdade Maurício de Nassau e do Instituto Jamil Sales. Advogado Sócio do Escritório Amin, Dib Taxi & Papaléo Advocacia. Pesquisador vinculado ao Grupo de Estudos e Pesquisa em Hermenêutica Constitucional. Email: adp_advocacia@hotmail.com

Aleph Hassan Costa Amin

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA), Professor de Direito Administrativo, Direito Agrário e Ambiental na UNAMA, FIBRA, ESMAC e FAPAN, professor visitante dos cursos de pós-graduação *lato sensu* da UNAMA. Advogado sócio do escritório Amin, Dib Taxi & Papaléo Advocacia.

Alexander Perazo Nunes de Carvalho

Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, com área de concentração em Direito Privado. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor do Centro Universitário Christus (Unichristus), da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e da Faculdade Luciano Feijão (Sobral/Ce). Professor Visitante da Universidade Potiguar, em Natal/RN. Professor do Master concurso, Sentido Único. Assessor Jurídico de 1. Instância da Procuradoria de Justiça Militar da União, em Fortaleza/Ce.

Aline de Almeida Silva Sousa

Aluna do 8º período de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco — UNDB.

Amir Dervisbegovic

Aluno do curso de Recursos Renováveis e Meio ambiente da Fachhochschule Ulm — Hochschule für Technik, Alemanha.

Ana Maria D'Ávila Lopes

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

Ana Paula Araújo de Holanda

Doutoranda em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito UFC. Especialista em Direito Público – UFSC. Professora do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Conselheira da OAB – CE. E-mail: apaholanda@hotmail.com.

Andrine Oliveira Nunes

Doutora e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Civil e Processo Civil e em Direito e Processo Tributários pela Universidade de Fortaleza. Professora e Coordenadora do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Estácio do Ceará. Professora e Coordenadora dos Cursos de Pós-Graduação em Direito Civil e Processo Civil e em Direito Tributário do Centro Universitário Estácio do Ceará. Árbitra. Mediadora. Advogada.

Aquilino Paulo Antunes

Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutorando pela mesma Faculdade. Advogado.

Antonio Jackson Alcantara Frota

Graduado em Filosofia pela Faculdade Católica de Fortaleza (2000); Graduado em Teologia pelo ISTA — Belo Horizonte – MG (2004); Graduado em Administração de Empresas pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR (2010). Especialização em Assessoria Executiva em Gestão Pública e Privada pela Universidade Federal do Ceará (UFC) em (2012). Mestrado (2014) e doutorado em Administração de Empresas (2015-2018), ambos pela UNIFOR.

Brena Késsia Simplício do Bonfim

Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e em Direito e Processo Penal pela Faculdade Entre Rios do Piauí (FAERPI). Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP).

Cleopas Isaías Santos

Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá. Graduado em Direito pela Universidade Federal do MA.

Elizeide Santiago Martins

Possui Licenciatura Plena em Pedagogia e graduação em Ciências Contábeis, ambas pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Felipe Pante Leme de Campos

Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Pesquisador bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Membro do grupo de pesquisa CNPq-UFSC, *Ius Commune* em História da Cultura Jurídica. Associado Fundador do Instituto Latino Americano de Estudos sobre Direito, Política e Democracia.

Francisco Luciano Lima Rodrigues

Doutor em Direito pela UFPE. Professor Titular do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional Mestrado/ Doutorado da Universidade de Fortaleza — UNIFOR. Juiz de Direito no Ceará.

Gabriela Natacha Bechara

Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Teoria, Filosofia e História do Direito pelo PPGD/UFSC. Pesquisadora do Núcleo

de Estudos Conhecer Direito (NECODI). Advogada. Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento

Doutoranda em Direitos Humanos, Democracia e Justiça Internacional pela Universidade de Valência — Espanha.

Gloriete Marques Alves Hilário

Doutoranda em Sociologia — Relações de Trabalho, Desigualdades Sociais e Sindicalismo pela Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra (FEUC), sendo o Centro de Estudos Sociais (CES) a Instituição de acolhimento de investigação; Mestrado e especialização na mesma área; Especializanda em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba (FACER); Graduação em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira (UNIVERSO); Intercâmbio no âmbito da graduação em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Leciona na Faculdade de Jussara, Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba, Faculdade Integrada de Goiás (FIG) e Arctempos. E-mail: glomalves@yahoo.com.br

Horácio Wanderlei Rodrigues

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

Isabella Pearce de Carvalho Monteiro

Doutoranda e Mestre em Direito Ambiental pela Universidade de Coimbra (Portugal), com estudos complementares na Université de Strasbourg (França)

e na Università Degli Studi di Salerno (Itália). Professora de Direito Ambiental na Universidade Estadual do Maranhão e na Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. Coordenadora-geral e Diretora da Revista Científica do Centro de Estudos em Desenvolvimento Sustentável – CEDS (UNDB). Sócia e Diretora de Governança Ambiental Estratégica na empresa de consultoria Virtú Ambiental.

Ivson Antônio de Souza Meireles

Bacharel em Direito – Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestrando em Direito Constitucional Público e Teoria Política – Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisador Científico dos Grupos de Estudos “Estado, Política e Constituição” e “Democracia, Igualdade e Liberdade: Perspectivas Jurídicas e Filosóficas”.

Jéssica Ramos da Silva

Advogada (inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil e na Ordem dos Advogados Portugueses). Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Graduada em Direito pelo Centro de Ensino Superior do Amapá (CEAP).

José Luiz Cordeiro Saldanha

Bacharel em Direito pela Fundação Edson Queiroz, Universidade de Fortaleza — UNIFOR. Consultor Jurídico na área de licitações e contratos no Escritório de Advocacia Fernandes & Fernandes Advogados Associados. Membro da Equipe de Apoio na Central de Licitações da Procuradoria Geral do Estado do Ceará.

José Valente Neto

Mestre em Direito. Defensor Público do Estado do Ceará.

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). Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Público pela Faculdade Entre Rios do Piauí. Atualmente é

Mestranda em Direito Constitucional Público e Teoria Política pelo Programa de Pós Graduação em Direito — PPGD da UNIFOR; bolsista da FUNCAP. E-mail: juzinhameneses@hotmail.com.

Juliana dos Santos Pereira Moraes

Mestrado presencial em Antropologia Cultural e Social pela Universidade de Lisboa (2009), reconhecido pela UFG; Especialista em Docência Universitária pela FIB. Bacharel em Ciências Sociais pela UFG; Licenciada em Sociologia pela UFG; Licenciada em Língua Inglesa pela UEG; Atualmente é professora da FACER Ceres nos cursos de Biomedicina e Fisioterapia com a disciplina de Ciências Sociais e Humanas, Professora na Faculdade de Teologia de Goiás e Técnica Escolar na Subsecretaria Estadual de Goiânia.

Karin Becker Lopes

Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza — UNIFOR. Advogada e mestranda em Direito Constitucional Público na Universidade de Fortaleza — UNIFOR. Pesquisadora do Grupo de Estudos (CNPq) “Estado, Constituição e Política”, sob a orientação do Prof. Dr. Filomeno Moraes. E-mail: karinbeckerl@gmail.com.

Leilane Serratine Grubba

Doutora e mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Professora do mestrado em Direito da Faculdade Meridional – IMED.

Leonardo Peixoto Leal

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR (2010). Professor dos cursos de Direito da UNIFOR. Presidente da Comissão de Estudo e Defesa da Concorrência da OAB, Seccional do Ceará – OAB/CE. Parecerista Revista Pensar. Experiência nas áreas: Direito Econômico, Direito da Concorrência, Consumidor, Industrial, Empresarial, Processual Civil, Prática Cível e Mecanismos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias.

Linara Oeiras Assunção

Professora Assistente do Curso de Direito da Universidade Federal do Amapá (UNIFAP). Assistente de Pesquisa no Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (FDUFMG). Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá (UNIFAP).

Marcello Vitor Rocha Cota

Mestrando em ciências jurídico-políticas pela Universidade de Lisboa. Pós-graduado em Direito Público. Advogado

Marília Aguiar Ribeiro do Nascimento

Mestranda em Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-Portugal.

Mirella Almeida Moreira

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR.

Mônica Mota Tassigny

Mestrado em Educação pela Universidade Federal do Ceará (1994), doutorado em Educação pela Universidade Federal do Ceará (2002) e doutorado em na área de Ciências Sociais Aplicadas na *Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales* (Paris). Professora titular do Programa de Pós Graduação em Administração UNIFOR (PPGD) e Professora colaboradora do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD/UNIFOR). Consultora do Instituto de Estudos e Pesquisas para o Desenvolvimento do Ceará (INESP) e da Universidade do Parlamento Cearense (UNIPACE) da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará.

Natashia Paula Bedê Maia de Castro

Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá. Pesquisadora Auxiliar junto ao Poder Judiciário do Estado do Ceará. Conciliadora. Advogada.

Neile Montenegro de Albuquerque

Possui graduação em Direito e em Pedagogia, ambas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialização em Terceiro Setor pela UNIFOR.

Polyana Barros Schwan

Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e membro do grupo de estudos “Energia nuclear: aspectos legais e geopolítica da atualidade”, ligado ao programa de Pós-Graduação em Direito da UNIFOR.

Rafaela Silva

Doutoranda em Propriedade Intelectual pela Universidade Federal de Sergipe – Brasil.

Rogério Portanova

Pós-doutor em Direito do Ambiente na Universidade Lusíada do Porto, Portugal. Doutor em Antropologia e Sociologia do Político na Universidade Paris VIII, França. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Associado de Teoria Política do Departamento de Direito, coordenador de pesquisa do Grupo de Estudos Globalização, Ecologia Política e Direito Planetário e Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFSC. Diretor do Instituto O Direito por um Planeta Verde.

Ruan Didier Bruzaca

Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Graduado em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB). Professor da Universidade Federal do Maranhão (UFMA) e da UNDB. Orientador do Programa de Assessoria Jurídica Universitária Popular – PAJUP.

Suzy Erica de Sousa Lima

Graduada em Direito pela Faculdade Católica Dom Orione (FACDO).

Talia Bárbara Tumelero

Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Graduada em Direito pelo Complexo

de Ensino Superior de Santa Catarina (2010). Pesquisadora. Professora. Advogada e consultora jurídica.

Teresa Helena Barros Sales

Graduanda em Direito pela Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB). Integra o Programa de Assessoria Jurídica Universitária Popular (PAJUP) e os projetos “*Aletheia*, Hermenêutica Desconstrução e Direito”, “Reflexão: ficção ou realidade”, “Coletiva Catirina”. Grupo de pesquisa sobre o Novo Código de Processo Civil.

Thaís Dalla Corte

Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Especialista em Direito Público com ênfase em Direito Constitucional (ESVJ). Pesquisadora do grupo de estudos “Globalização, Ecologia Política e Direito Planetário” da UFSC. Professora. Advogada.

Zaneir Gonçalves Teixeira

Graduação e mestrado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). É doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada inscrita na OAB–CE.



SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	XXVII
APRESENTAÇÃO.....	XXXIII

Ambiental

JUSTIÇA AMBIENTAL, JUSTIÇA ESPACIAL E DEVERES DE PROTECÇÃO DO ESTADO.....	1
---	---

Carla Amado Gomes

CONTRIBUIÇÕES PARA O DIÁLOGO ENTRE POLÍTICAS PÚBLICAS E MEIO AMBIENTE	17
---	----

Linara Oeiras Assunção

Jéssica Ramos da Silva

PARADIGMAS NORTEADORES DA RELAÇÃO HOMEM-NATUREZA E EFETIVIDADE DE DIREITOS: A PROBLEMÁTICA DA CISAÇÃO HOMEM-NATUREZA E ANÁLISE DO CASO DA COMUNIDADE PORTELINHA (SÃO LUÍS/MA/BRA)	33
---	----

Ruan Didier Bruzaca

Teresa Helena Barros Sales

**A POLÍTICA ENERGÉTICA BRASILEIRA:
ESTUDOS PARA AMPLIAÇÃO DO USO DAS ENERGIAS
RENOVÁVEIS A PARTIR DA EXPERIÊNCIA ALEMÃ..... 49**

Amir Dervisbegovic

Polyana Barros Schwan

Zaneir Gonçalves Teixeira

**A (RE)DEFINIÇÃO DO TRATAMENTO JURÍDICO DA
ÁGUA NO SÉCULO XXI: DA SUA TUTELA COMO
UMA NECESSIDADE HUMANA BÁSICA PARA A SUA
CONFIGURAÇÃO COMO UM NOVO DIREITO 65**

Rogério Portanova

Thaís Dalla Corte

Talia Bárbara Tumelero

**COLETA SELETIVA E COPA DO MUNDO EM FORTALEZA:
ASPECTOS LEGAIS E DE SUSTENTABILIDADE 83**

Mônica Mota Tassigny

Antônio Jackson Alcântara Frota

Leonardo José Peixoto Leal

**A REVITALIZAÇÃO DO TOMBAMENTO COMO INSTRUMENTO
JURÍDICO DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL A
PARTIR DA REGULAMENTAÇÃO DO INSTITUTO DA
TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE CONSTRUIR PELO
ESTATUTO DA CIDADE 101**

Francisco Luciano Lima Rodrigues

**O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO
À ÁGUA NO BRASIL 115**

Alberto de Moraes Papaléo Paes

Aleph Hassan Costa Amin

**O DIREITO FUNDAMENTAL À TERRA DOS POVOS
INDÍGENAS NO BRASIL 131**

José Valente Neto

Constitucional

**ALGUNS ASPECTOS SOBRE PROPRIEDADE INTELECTUAL E
MEDICAMENTOS 157**

Aquilino Paulo Antunes

**QUERELA NULLITATIS INSANABILIS COMO
MEIO DE RELATIVIZAÇÃO DA COISA
JULGADA INCONSTITUCIONAL 183**

Alexander Perazzo Nunes de Carvalho

José Luiz Cordeiro Saldanha

**O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO JULGAMENTO
DO RESP Nº 1.335.153/RJ — CASO AÍDA CURL..... 199**

Ana Paula Araújo de Holanda

Bleime Queiroz Caíla

Mirella Almeida Moreira

**A CONSTITUINTE DE 1986–1987 E A POSITIVAÇÃO
DE DIREITOS E GARANTIAS NO BRASIL
PÓS-DITADURA MILITAR..... 219**

Gabriela Natacha Bechara

Horácio Wanderlei Rodrigues

Felipe Pante Leme de Campos

**O DIREITO DOS NÃO HUMANOS NO BRASIL: UMA ANÁLISE
ABOLICIONISTA DA LEI DE Nº 11.794/2008 237**

Aline de Almeida Silva Sousa

Cleópas Isaías Santos

Isabella Pearce C. Monteiro

**FAZENDA PÚBLICA E ACESSO À JUSTIÇA: OS JUIZADOS
ESPECIAIS COMO ELEMENTO PROPULSOR PARA A
SOLUÇÃO DOS CONFLITOS..... 253**

Andrine Oliveira Nunes

Natashia Paula Bedê Maia de Castro

**O ECA E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE DOS ADOLESCENTES:
UM ESTUDO SOBRE A APLICAÇÃO DA MEDIDA
SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAMENTO NO
MUNICÍPIO DE FORTALEZA – CE 271**

Elizeide Santiago Martins

Zaneir Gonçalves Teixeira

Neile Montenegro de Albuquerque

POLÍTICA SOCIAL NO BRASIL 287

Gloriete Marques Alves Hilário

Juliana dos Santos Pereira Moraes

Suzy Erica de Sousa Lima 287

**AS MUTAÇÕES OPERADAS PELA INTERPRETAÇÃO
JUDICIAL E SEUS LIMITES 299**

Marcello Vitor Rocha Cota

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS EM SAÚDE:
AS DEMANDAS REFERENTES AO FORNECIMENTO DE
MEDICAMENTOS E TRATAMENTO MÉDICO NO
ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA..... 313**

Marília Aguiar Ribeiro do Nascimento

Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento

Rafaela Silva

**MODELO JURÍDICO ESTATAL, MERCADO E A
CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE DO SUJEITO
CONSTITUCIONAL FRENTE À PLURALIDADE SOCIAL..... 331**

Ruan Didier Bruzaca

Internacional

**O DIREITO À ACUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE
INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE SOB A
PERSPECTIVA DA HIERARQUIA SUPRALEGAL
DAS CONVENÇÕES Nº 148 E Nº 155 DA OIT..... 351**

Brena Késsia Simplício do Bonfim

Ana Maria D'Ávila Lopes

**O PROBLEMA DA FUNDAMENTAÇÃO
TEÓRICA DA CONVENÇÃO AMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS DE 1969..... 371**

Leilane Serratine Grubba

Valter Moura do Carmo

**HANNAH ARENDT E A BANALIDADE DO MAL EM JOGOS
VORAZES: ANÁLISE CULTURAL DOS 70 ANOS DE
LIBERTAÇÃO EM AUSCHWITZ..... 387**

Ivson Antônio de Souza Meireles

Júlia Maia de Meneses Coutinho

Karin Becker Lopes

**ARBITRAGEM E ECONOMIA: ASPECTOS DO MERCADO
INTERNACIONAL QUE INFLUENCIAM NO
DESENVOLVIMENTO BRASILEIRO 403**

Andrine Oliveira Nunes 403

PREFÁCIO

Ya en mayo de 2012 se organizó en la Universidad de Fortaleza un “Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional”, en una iniciativa que ha continuado hasta el Diálogo cuyos resultados publicados prologo en la actualidad: el Séptimo, que tuvo lugar en octubre de 2015 en Lisboa y noviembre en Fortaleza.

El ambicioso nombre “Diálogo” fué adoptado para unas reuniones académicas con inteligencia porque su articulación ha sido concretada en forma de Seminario internacional, abierto a todo aquel jurista teórico-práctico interesado en las materias objeto de la reunión. Es decir a profesores universitarios, consolidados o en formación, maestrandos o doctorandos, jueces o abogados, procedentes de Brasil o de otros países, preferentemente europeos y en especial Portugal, cuya Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa es, desde el comienzo, coorganizadora del Diálogo.

La inteligencia puesta en la organización ha permitido participar en las sesiones, discusiones y elaborar artículos, publicados en los libros generados en los Seminarios, a aquellos que lo han querido y cuya propuesta ha sido evaluada positivamente por el Comité Científico, integrado por profesores reconocidos en las materias objeto del Diálogo.

Cabe también reseñar que la misma “inteligencia” está presente, igualmente, en el hecho de que con el tiempo promueven y participan en las actividades objeto de los diálogos instituciones públicas y privadas: Universidades, Centros de Investigación, entidades responsables de formación judicial, la entidad pública brasileña dirigida a la Coordinación de Apoyo al Personal de Nivel Superior (CAPES), y una editorial. Además una actualizada página Web, <http://www.dialogoaci.com>, ofrece una amplia difusión a futuras reuniones y al contenido de las discusiones y los trabajos publicados.

Last but not least: una veterana coordinación y una joven organización están asumiendo el presente y garantizando el futuro de la iniciativa, como lo prueba el hecho de que han sabido afrontar exitosamente la dura labor de gestión que requiere, como así ha sido, la realización entre mayo de 2012 y noviembre de 2014 de cinco Diálogos en dos continentes.

Sigue la presentación sumaria del contenido del Quinto Diálogo.

En la actualidad el éxito de una discusión científica en cualquier campo del conocimiento está garantizado por la elección de la materia. Y esto, en lo que a los Diálogos o Seminarios compete, ha de agradecerse a los tópicos generales que los titulan desde el principio porque las conversaciones originadas desde expresiones como “Ambiental, Constitucional e Internacional” requieren la presentación de argumentos interdisciplinarios en cada uno de los ámbitos académicos en los que se entre en discusión. Efectivamente: el Derecho ambiental es inseparable de las características geográficas, físicas y naturales del contexto para el que la norma se promulgue, y de los respectivos conocimientos o ciencias que se ocupan de los elementos de discusión mencionados. El Derecho constitucional hace siempre referencia a los ciudadanos que en una u otra instancia lo aprueban y cumplen, y no sólo al texto formal de una u otra Constitución. La denominación Derecho internacional afecta a las normas de ese ámbito que se concretan, forzosamente, en los elementos propios del contenido de los Derechos nacionales y las particularidades de los sucesos, de todo tipo, que ocurren en los respectivos Estados que los tienen como propios. Además, estos problemas interdisciplinarios están expuestos normalmente en relación con tópicos concretos, con independencia de que en ocasiones sean consideraciones generales o tomas de posición hechas por los participantes en la discusión.

A continuación resumimos, para que el lector haga su selección, el contenido básico de los trabajos publicados en relación a la celebración del Quinto Diálogo, encuadrado bajo la materia general de cada apartado.

En relación al Diálogo Ambiental, que fue el más concurrido de la reunión, se publican diez trabajos. Las materias de los seis primeros trabajos están referidas a problemas generales y a una cuestión concreta, los restantes (del séptimo al décimo) se centran en la presentación de estudios ambientales delimitados.

Efectivamente: a los contenidos de la justicia ambiental, la espacial y los deberes del Estado para con las anteriores se refiere el artículo de Carla Amado. Esto se detalla, en cambio: desde otra perspectiva, en un trabajo concreto elaborado a partir de la todavía reciente tragedia de la mina Mariana (noviembre de 2015) en el siguiente artículo obra de Bleine Queiroz, Dayse Braga y Lorena Grangeiro. Sobre el necesario diálogo que se ha de producir entre aproximaciones públicas y medio ambiente se manifiesta, a continuación, el artículo de Linara Oeiras y Jéssica Ramos. A continuación se exponen ambiciosas apreciaciones sobre problemáticas típicas brasileñas médio-ambientales que en ocasiones son vistas desde otras perspectivas: el derecho comparado especialmente. Me refiero

a los trabajos sobre: el tratamiento dado a situaciones de comunidades históricas, es el caso de la comunidad Portelinha, situada en San Luis, estudiado por Ruan Didier y Teresa Helena; el tratamiento dado en Brasil a la política energética en relación al uso de las energías renovables en comparación a lo sucedido en Alemania, lo que se hace en el artículo obra de: Amir Dervisbegovic, Polyana Barros y Zaneir Gonçalves, y la propuesta sobre el tratamiento jurídico del agua como nuevo Derecho en el siglo XXI, que es obra de Rogério Portanova, Thaís Dalla Corte y Talia Bárbara.

Tras los trabajos introductorios mencionados, los cuatro últimos presentan casos concretos en relación a: la recogida de residuos industriales en Fortaleza con motivo de la celebración de la copa del mundo de futbol (artículo de: Mônica Mota, Antônio Jackson y Leonardo José Peixoto); la propuesta de preservación del patrimônio cultural brasileño a través de la institución del “Tombamento” (artículo de Francisco Luciano Lima); el establecimiento del fundamento constitucional del Derecho al agua en Brasil (artículo de Alberto de Moraes y Aleph Hassan), y la reseña del Derecho fundamental a la tierra por parte de los pueblos indígenas en Brasil (artículo obra de José Valente Neto).

Tras los trabajos sobre el Ambiente se recogen en la publicación los trabajos que son el resultado de las discusiones que integraron el “Diálogo Constitucional”. Son once, en concreto, los artículos referidos a esta materia. A diferencia del Diálogo Ambiental en el que cabía diferenciar los grupos de trabajos señalados anteriormente atendiendo a generalidad y particularidad, en este caso los temas abordados son particulares, especialmente, y de muy distinto carácter como mencionamos a continuación.

El primero de ellos se refiere a la problemática que comporta la regulación de la propiedad intelectual y la de los medicamentos (obra de Aquilino Paulo Antunes). El segundo tiene un carácter jurídico técnico: se ocupa de la cosa juzgada inconstitucional y de la posibilidad de superar sus límites por medio de la querrela “nullitatis insanabilis” (obra de Alexander Perazo y José Luiz Cordeiro). El tercero tiene carácter histórico: se refiere a la constituyente del período 1986-7 y la positivización de los Derechos y Garantías en Brasil tras la Dictadura militar (artículo obra de Gabriela Natacha Bechara, Horácio Wanderlei Rodrigues y Felipe Pante Leme de Campos). El siguiente trabajo se refiere al derecho de los no humanos en Brasil: un estudio “abolicionista” de la ley número 11.794/2008 (el artículo es obra de Aline de Almeida Silva Sousa, Cleopas Isaías Santos e Isabella Pearce C. Monteiro). El siguiente trabajo toma

un caso como referencia para ejemplificar las características del “Derecho al olvido” (es obra de Mirella Almeida, Ana Paula Araújo y Bleine Queiroz). A distinta materia se refiere el siguiente artículo: en concreto a la consideración de los Juzgados especiales como elementos propulsores para la solución de conflictos en relación a la Hacienda pública (obra de Andrine Oliveira y Natashia Paula). Otro trabajo se refiere a la protección de la dignidad de los adolescentes considerando la aplicación de la medida de internamento en el municipio de Fortaleza (obra de Elizeide Santiago, Zaneir Gonçalves y Neile Montenegro.)

Los siguientes trabajos se ocupan de problemas de más amplio alcance, respetando siempre el ámbito de discusión que ofrecen las consecuencias prácticas del contenido de la Constitución. Así uno de ellos es una aproximación a la “política social en Brasil” (obra de Gloriete Marques, Juliana dos Santos Pereira y Suzy Erica de Sousa Lima). Otro se centra en la consideración de los cambios que produce la interpretación judicial y sus límites (autor: Marcello Vitor Rocha). Relación con el anterior tiene el referido a la judicialización de las políticas públicas en salud, tema genérico sobre principios constitucionales, que aproxima a la materia desde la consideración que se hace por el Tribunal de Justicia de Paraíba al suministro de medicamentos y el tratamiento médico (es obra de Marília Aguiar Ribeiro do Nascimento, Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento y Rafaela Silva). El último trabajo de este Diálogo Constitucional presenta unas reflexiones sobre la pluralidad social y sus consecuencias para el modelo jurídico estatal, el mercado y la construcción de la identidad del sujeto constitucional (es obra de Ruan Didier Bruzaca).

La publicación también contiene trabajos referidos al Diálogo Internacional. En esta ocasión el número es menor al de los otros Diálogos: son cuatro estos trabajos. Su contenido es plural. Uno de ellos es muy concreto: está referido a las convenciones 148 y 155 de la Organización Internacional del Trabajo, que son estudiadas en relación a la caracterización de los trabajos como insalubres y peligrosos, y su consideración legal en la resolución de conflictos (es obra de Brena Késsia Simplício y Ana Maria D’Ávila). Los tres restantes tienen carácter teórico de muy distinto signo: uno se fija en la fundamentación teórica de la Convención americana de Derechos Humanos de 1969 (Leilane Grubba y Valter Moura do Carmo), otro es una reflexión sobre Hannah Arendt y la

“banalidad del mal” de los alemanes que convivieron con el régimen nazi (autores: Ivson Antônio de Souza, Júlia Maia de Meneses y Karin Becker), y el último es una exposición general sobre arbitraje y economía considerando varios aspectos del mercado internacional que influyen en el desarrollo brasileño (obra de Andrine Oliveira).

Zaragoza, 30 de abril de 2016
Fernando Galindo
Catedrático de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza



APRESENTAÇÃO

O Seminário *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional* é um momento de encontro acadêmico para um Diálogo transversal e interdisciplinar. 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.

Agradecimento especial cabe à Secretaria de Meio Ambiente do Ceará; à Procuradoria Geral do Município de Fortaleza e à Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará pelo inestimável apoio à realização do Seminário *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional* e publicação dos anais, oportunidade em que reforçamos o papel do Estado no fomento da pesquisa acadêmica.

A credibilidade acadêmico-científica do evento revela a contribuição para uma base importante e rica de informações para a sociedade civil, empresas e terceiro setor. O compromisso socioambiental e a responsabilidade compartilhada entre instituições públicas e privadas ratificam a participação no contributo de atividades que valorizam o aprofundamento do conhecimento científico e a efetivação dos direitos humanos e ambientais.

Os volumes 5 e 6 compilam os artigos de autores brasileiros e estrangeiros submetidos e aprovados para apresentação no conclave, e dos palestrantes que intervieram no *VII Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*, nos meses de outubro de 2015 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL); e novembro de 2015, na Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional

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

Lisboa, 15 de Abril de 2016.

Jorge Miranda

Carla Amado Gomes

Bleime Queiroz Caúla

Valter Moura do Carmo

Ambiental



JUSTIÇA AMBIENTAL, JUSTIÇA ESPACIAL E DEVERES DE PROTECÇÃO DO ESTADO*

Carla Amado Gomes

0. Preliminares; 1. A Justiça enquanto conceito operativo no domínio ambiental; 2. O “direito a saber”: a democracia participativa ao serviço da justiça ambiental; 3. A compensação das populações por reassentamentos, diminuição de utilização de recursos naturais ou degradação de qualidade do ambiente: imperativos de justiça ou máscaras de injustiça? 4. O ordenamento do território como instrumento macro de justiça ambiental.

* Este texto constitui o suporte da minha intervenção, subordinada ao mesmo título, proferida no IV Congresso Internacional de Direitos Humanos, que decorreu em Palmas (Brasil), organizado pela UFT e pela ESMAT, nos dias 4 a 6 de Novembro de 2015. Agradeço ao Desembargador Marco Villas Boas e à Prof. Doutora Ângela Haonat a lembrança do convite. Preservei a oralidade e remeti as referências bibliográficas para uma curta lista final.



0. A noção de *justiça ambiental* foi ganhando especificidades face à noção clássica de Justiça — dar a cada um o que lhe é devido. Numa primeira análise, a contextualização do indivíduo no espaço é uma questão de destino — nascer na Dinamarca ou no Burkina Faso pode constituir uma questão de vida ou morte. Porém, não é tanto dessa justiça que queremos falar, mas antes da **justiça induzida**, em razão da necessidade de remediar injustiças causadas pela acção humana.

O conceito de Justiça Ambiental não é desconhecido no Brasil: teve lugar no Rio de Janeiro, em 2001, o primeiro colóquio internacional sobre o tema (*Justiça ambiental, trabalho e cidadania*), no âmbito do qual a Rede Nacional de Justiça Ambiental adoptou o termo *Justiça ambiental* como um conceito aglutinador e mobilizador. Neste texto, interessa-nos sobretudo chamar a atenção para a distribuição das pessoas no espaço e apontar alguns casos; alguns desses casos são patológicos: de localização de certas comunidades em zonas de degradação ambiental, outros dos casos são exemplares: de reconhecimento do direito a um espaço e seus recursos a certas comunidades.

Analisaremos a questão no plano interno, não no plano internacional. Neste, o exemplo paradigmático da tentativa de realização da justiça ambiental tem expressão no princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas (princípio 7 da Declaração do Rio 1992), particularmente presente no Protocolo de Kyoto, em cujos Anexos se isenta os Estados em desenvolvimento do cumprimento das metas de redução de emissões de GEEs. Este princípio constitui identicamente a base dos projectos de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) (artigo 12º do Protocolo) e subjaz ao *Green Fund for Climate*, criado na COP de Copenhaga (2009), que visa mobilizar 100 biliões anuais de ajuda a Estados em desenvolvimento, mediante apoio a projetos de mitigação e adaptação de efeitos das alterações climáticas a serem implementados por aqueles Estados.

Foi, de resto, no âmbito das alterações climáticas e da “dívida histórica” Norte/Sul que se posicionaram dois interessantes casos, de natureza diversa, mas com o mesmo inglório destino: por um lado, a iniciativa Yasuni, do Equador, que pretendeu vender o seu direito de explorar jazidas petrolíferas situadas no parque natural — que é património natural da Humanidade (2008-2010); lado outro, a acção apresentada pela Comunidade Inuit junto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, contra os EUA, enquanto principais

promotores do aquecimento global, o qual está a alterar drasticamente os seus modos de vida (2005/2006).

1. A JUSTIÇA ENQUANTO CONCEITO OPERATIVO NO DOMÍNIO AMBIENTAL

Conceitos como justiça intergeracional e intrageracional, justiça ambiental, justiça espacial, têm-se multiplicado nas últimas décadas, fruto da crise ambiental que se agiganta — com especial percepção no final do século XX, anos 1970. Note-se, desde logo, que têm por base uma perspectiva antropocêntrica, que posiciona o homem em face de recursos escassos e pretende promover a equitativa distribuição dos mesmos, no presente e no futuro próximo. Não se equaciona aqui a preservação dos recursos como valor em si, mas, antes, se defende a salvaguarda do seu aproveitamento como fonte de sobrevivência e bem estar humanos.

O conceito de *justiça*, milenar, prende-se com a ideia de dar a cada um o que lhe é devido. Falar de *justiça ambiental* (e de justiça espacial) é, por um lado, constatar uma questão de destino — relativamente a populações que desde tempos imemoriais vivem em locais inóspitos, como desertos ou pântanos —, mas também registrar situações de degradação com causas antropocêntricas, mais directas (polos industriais; aterros sanitários; áreas adjacentes à mineração) ou mais remotas (erosão costeira provocada pela construção de barragens; desertificação causada por aquecimento global; desaparecimento de territórios em razão do aumento do nível dos oceanos).

O *espaço* constitui uma grandeza com directa influência na ideia de justiça ambiental. Um quadro ambientalmente justo passa por uma equitativa distribuição de recursos no espaço ou, ao menos, por uma não privação dos recursos mínimos a uma sobrevivência digna. O conceito de justiça espacial foi cunhado por um geógrafo, Edward Soja, num primeiro artigo sobre a cidade e a justiça espacial (2009), e depois no seu livro *Seeking spatial justice* (2010), no qual apela ao espaço, enquanto motor de igualitarização de oportunidades. O espaço pode surgir tanto como *contexto* de justiça, uma realidade na qual se distribuem bens, como enquanto *conteúdo* de justiça, ou seja, uma realidade que é valor em si.

É difícil distinguir os conceitos de *justiça espacial e ambiental*, uma vez que tanto um como outro visam promover a inserção do indivíduo e das comunidades em contextos de bem estar e de igualdade de oportunidades. O conceito de *justiça ambiental*, porém, ganha dianteira, uma vez que é mais antigo e está fortemente ligado a situações de degradação do espaço natural e à penalização de certas categorias de pessoas, em razão da pobreza ou da raça. A fórmula tem origem na realidade norteamericana dos anos 1980, tendo surgido, mais concretamente, em 1982, quando moradores da comunidade negra de Warren County (Carolina do Norte) descobriram que um aterro de bifenilo policlorado seria instalado na sua vizinhança, gerando muitos protestos e acima de quinhentas prisões. Este caso gerou a mobilização do movimento negro e induziu a sensibilização dos congressistas norteamericanos, que ordenaram a realização, em 1983, de um estudo das questões levantadas¹. Este estudo demonstrou que a distribuição espacial dos depósitos de resíduos químicos perigosos correspondia e acompanhava a distribuição territorial das etnias pobres nos Estados Unidos.

Alguns anos mais tarde (1987), a pesquisa realizada pela Comissão de justiça racial da *United Church Christ*, verificou que “a composição racial de uma comunidade é a variável mais apta a explicar a existência ou inexistência de depósitos de rejeitos perigosos de origem comercial em uma área”. O reverendo Benjamin Chavis, na ocasião diretor da Comissão responsável pela realização da pesquisa, foi quem cunhou, a partir da experiência em Warren County, o termo “racismo ambiental”- para designar “*a imposição desproporcional — intencional ou não — de resíduos perigosos às comunidades de cor*”.

O movimento contra o racismo ambiental teve um ponto alto de afirmação e divulgação na Primeira Conferência de Líderes dos Movimentos de Racismo Ambiental, realizada em Washington DC, em Outubro de 1991. Nesta

1 Há autores que filiam o movimento para a *Justiça Ambiental* num episódio mais antigo e marcante da história do Direito do Ambiente dos Estados Unidos da América: o caso *Love Canal*, conhecido em 1978, que envolveu a descoberta de uma área fortemente contaminada por resíduos tóxicos nos anos 1950 e que, nos anos 1970, na sequência de fortes chuvas, se revelou como tal. A situação só dois anos depois teve resposta da Administração Carter, que declarou a zona dos arredores de Nova York como zona de desastre nacional e realojou a população numa zona não tóxica. Este caso, que afectou fundamentalmente a população de classe média baixa, branca, desencadeou os movimentos NIMBY (= Not In My BackYard), cuja acção a partir de então se fez sentir contra a instalação de indústrias tóxicas e de depósitos dos seus resíduos.

Conferência, aprovou-se uma Declaração contendo dezassete princípios de Justiça Ambiental (*Declaration of principles of environmental justice*)².

Mas não seriam somente os negros a sofrer a prática de instalações de tratamento e depósitos de resíduos químicos nas proximidades dos seus locais de moradia — outros casos foram sendo detectados por todo o território americano, afectando comunidades latinas, indígenas e, em geral, de débeis recursos. Esta “generalização” da degradação ambiental em determinados espaços do território levou a Agência para a Política Ambiental norte-americana a construir uma definição de “justiça ambiental” (1992), que se traduz como segue:

“...fair treatment and meaningful involvement of all people regardless of race, colour, national origin, or income with respect of the development, implementation and enforcement of environmental laws, regulations and policies”.

Para BULLARD, numa outra formulação, *Justiça Ambiental* corresponde à

“...busca do tratamento justo e do envolvimento significativo de todas as pessoas, independentemente de sua raça, cor, origem ou renda no que diz respeito à elaboração, desenvolvimento, implementação e reforço de políticas, leis e regulações ambientais. Por tratamento justo entenda-se que nenhum grupo de pessoas, incluindo-se aí grupos étnicos, raciais ou de classe, deva suportar uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas resultantes de operações industriais, comerciais e municipais, da execução de políticas e programas federais, estaduais, locais ou tribais, bem como das consequências resultantes da ausência ou omissão destas políticas”.

Nos EUA, o movimento pela justiça ambiental destaca-se sobretudo pela articulação que estabelece entre lutas de carácter social, ambiental, territorial e de direitos civis. Este movimento levou a que passassem a ser designados como “ambientais” diversos litígios concernentes à qualidade de vida da população, tais como o saneamento, a contaminação química de locais destinados à moradia e ao trabalho e a disposição indevida do lixo tóxico e perigoso.

Apesar da importância política e sociológica deste movimento, os tribunais norte americanos têm mostrado renitência ante o conceito de racismo ambiental — exigindo a prova de um intuito discriminatório claro subjacente a

2 Texto disponível em <http://www.ejnet.org/ej/principles.html>.

medidas que redundem em imposição de degradação ambiental intolerável. Em contrapartida, as instâncias judiciais têm sido sensíveis à violação de aspectos procedimentais, ou seja, à dimensão procedimental do “direito ao ambiente”.

Esta abordagem é verificável no paradigmático caso *El Pueblo para el Aire y Agua Limpio vs. County of Kings* (1991). Resumidamente: moradores de Kettleman City, uma pequena comunidade residencial em San Joaquin Valley, Califórnia, recorreram de uma decisão do Conselho de Supervisores do Condado, que atribuiu uma licença condicionada para a construção e operação de um incinerador de resíduos perigosos em Kettleman City. Os autores alegaram, nomeadamente, que o relatório de impacto ambiental elaborado pelo Município não cumpriu a Lei de Qualidade Ambiental da Califórnia.

O tribunal deu-lhes razão, considerando que a análise da declaração de impacto ambiental dos impactos na qualidade do ar, dos impactos agrícolas e dos locais alternativos disponíveis, foi deficitária. Decisivo, no entanto, foi ter o tribunal entendido que a omissão do Município, de fornecer traduções em espanhol da declaração de impacto ambiental e dos editais da consulta pública para uma comunidade em que quase quarenta por cento dos residentes falava apenas espanhol, violou o direito de acesso à informação e de participação — o que nos EUA se resume, no plano dos riscos ambientais, à significativa fórmula do *right to know*.

2. O “DIREITO A SABER”: A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA AO SERVIÇO DA JUSTIÇA AMBIENTAL

Nos últimos anos, em razão do imperativo democrático da comunicação de riscos vivenciais, começa a impor-se, no contexto da gestão do risco, sobretudo tecnológico, este “direito a saber” (*right to know*). A primeira directiva Seveso (directiva 82/501/CEE, do Conselho, de 24 de Junho) estabelece o direito do público potencialmente afectado pelo risco criado pela instalação perigosa a conhecer toda a informação relevante no sentido da adopção de comportamentos de autoprotecção (bem assim como dos funcionários da instalação). O *Emergency Planning and Community Right-to-Know Act* norte-americano, de 1986, incorpora mesmo no seu título a formulação do “direito a saber”. Este diploma reage ao desastre de Bhopal, na Índia, originado na fuga de 40 toneladas de gases

tóxicos da fábrica de pesticidas da empresa Union Carbide, em 1984, que gerou milhares de mortes, imediatas e protraídas no tempo, e para cujo balanço letal muito contribuiu a total ignorância da população e das autoridades (de saúde, de segurança) sobre o risco a que estavam expostos.

Este direito vem sendo progressivamente reconhecido pela Corte de Estrasburgo, no âmbito das obrigações positivas (para o Estado) que extrai do direito à privacidade e à vida familiar (artigo 8 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem). A *vis expansiva* desta posição jurídica permite a configuração de um direito a conhecer os riscos a que o cidadão está exposto quando tem na sua vizinhança uma instalação perigosa ou pratica actividades profissionais de risco. Recorde-se, desde logo, o clássico caso *Ana Maria Guerra e outros vs. Itália* (1998), no qual a Corte condenou a Itália por violação do direito dos autores a receber informação sobre o risco de contaminação do ar, decorrente do funcionamento de uma fábrica de produtos químicos, na localidade de Manfredonia (estabelecimento considerado de risco pela directiva Seveso), a cerca de 1 km das suas residências, na sequência de um acidente ocorrido em 1985.

Uma década mais tarde, a Corte Europeia dos Direitos do Homem prolataria uma decisão identicamente célebre, na qual procedeu a uma recensão de instrumentos que consagram o direito à informação como instrumento de protecção do ambiente e da saúde (além de remeter para alguns outros casos próximos, decididos no ínterim). Foi no caso *Tatar vs. Roménia* (2009), onde se apreciou a responsabilidade do Estado romeno por défice de informação à população sobre os riscos associados a uma fábrica de extracção de cianeto de sódio, em Baia Mare. Um acidente no ano 2000 levou à fuga de 100.000 m³ de água contaminada, a cuja exposição os residentes em Baia Mare e concretamente, o autor, foram especialmente sujeitos e que terá agravado significativamente a doença respiratória deste último. A Corte sublinhou que este acidente era previsível, em face de estudos de impacto ambiental de 1993, não devidamente publicitados e, ademais, negligenciados nas suas conclusões relativas a obrigações de prevenção (cfr. o consid. 112).

Nos Estados Unidos, como se observou, o “direito a saber” é igualmente reconhecido de forma expressa, constituindo um mecanismo de governação do risco ambiental e sanitário. O *Emergency Planning and Community Right-to-Know Act* a que aludimos *supra*, coloca uma especial ênfase na vertente educacional, formacional e informacional das estruturas de contraditório público, quando

estabelece a necessidade de criação dos Comitês Locais de Planeamento de Emergência (*Local Emergency Planning Committees, LEPC*), onde se reúnem, mensalmente, vizinhos, representantes do Governo estadual, representantes da indústria, autoridades de saúde e de segurança e quaisquer outros cidadãos e organizações interessados nas questões em debate, mais concretamente sobre planos de emergência, notificações de emergência, relatórios sobre armazenamento de substâncias perigosas e publicitação de acidentes. A convicção de que a informação pode salvar vidas torna a comunicação do risco, mais do que uma exigência legal, um verdadeiro imperativo moral.

Para além de salvar vidas, a informação é um importante factor de *empowerment* das populações em face das grandes empresas, uma vez que lhes permite fazer escolhas conscientes, evitar manipulações e prevenir a tomada de decisões lesivas para o ambiente e para a saúde — ou seja, torna a comunicação do risco num procedimento mais equitativo. O “direito a saber”, cuja afirmação de cidadania especificamente política já vinha de longe, ganha com o *Emergency Planning and Community Right-to-Know Act* uma dimensão de defesa de interesses colectivos das e pelas comunidades, o que leva HADDEN a concluir que existe, na verdade, um continuum **de direitos a saber**: 1) um básico direito a saber; 2) um direito a saber com vista à redução do risco; 3) um direito participativo a saber (no contexto da tomada de decisão pública); e 4) um direito a saber para reformular o jogo de poder (*changing the balance of power*).

A noção procedimental de *justiça ambiental* veiculada pela agência de proteção ambiental norteamericana (*Environmental Protection Agency, EPA*) vai de encontro à densificação do “direito a saber”. Na verdade, trata-se de um conceito mais voltado para a verificação de condições de acesso à informação e à participação em procedimentos de tomada de decisão que envolvam alteração significativa das condições de envolvência ambiental de uma comunidade do que para a aferição de propósitos discriminatórios na tomada destas medidas (bastante mais difíceis de aferir).

Ponto é realçar que a vertente da dinamização de uma cidadania ambiental efectiva é indispensável ao objectivo de distribuição justa dos ónus ambientais e à contenção destes, dentro de limites de tolerabilidade. Deve sublinhar-se, sobretudo, que na actualidade o objectivo não é apenas NIMBY (*not in my backyard*), mas sim NIAB: *not in anyone's backyard*. Ou seja, o que se pretende é domesticar a indústria e as actividades poluentes, de acordo com os limites legalmente estabelecidos, bem como evitar a instalação de equipamentos e

infraestruturas potencialmente agressivas — e a estatística demonstra que é mais fácil travá-las, antes de se estabelecerem do que já em funcionamento. Isto porque não só existe a força da inércia, perante o facto consumado, como as populações mais frágeis têm mais dificuldade em muscular um caso de poluição intolerável (porque têm menos cuidados médicos e consomem alimentos e bebidas que perturbam a análise de lesões).

3. A COMPENSAÇÃO DAS POPULAÇÕES POR REASSENTAMENTOS, DIMINUIÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE RECURSOS NATURAIS OU DEGRADAÇÃO DE QUALIDADE DO AMBIENTE: IMPERATIVOS DE JUSTIÇA OU MÁSCARAS DE INJUSTIÇA?

De entre os (infelizmente) muitos casos de injustiças ambientais, escolhemos um particularmente conhecido e paradigmático: o caso *Ogoniland*, apreciado pela Comissão Africana dos Direitos do Homem (1996/2001). Muito resumidamente: em março de 1996, uma denúncia foi apresentada a esta Comissão por duas organizações não-governamentais — o Centro de Acção para os Direitos Económicos e Sociais, com base na Nigéria, e o Centro para os Direitos Económicos e Sociais, com sede em Nova York. A queixa envolvia um grande número de supostas violações graves dos direitos humanos do povo Ogoni, com alegado envolvimento do governo militar da Nigéria. A empresa petrolífera estatal, Nigeria National Petroleum Company (NNPC), formou uma *joint venture* com a Shell Petroleum Development (SPDC), cujas atividades na região de Ogoni teriam causado degradação ambiental e problemas de saúde entre o povo Ogoni, resultantes da contaminação do meio ambiente. Em particular, a acusação denunciou a contaminação generalizada de solo, água e ar; a destruição de casas; a queima de plantações e abate de animais de criação.

Nos termos da Carta Africana dos Direitos dos Homens e dos Povos, estas alegações incluíam violações dos artigos 2 (gozo não discriminatório dos direitos), 4 (direito à vida), 14 (direito à propriedade), 16 (direito à saúde), 18 (direitos da família), 21 (direito dos povos de dispor livremente das suas riquezas e recursos naturais) e 24 (direito dos povos a um ambiente satisfatório).

Na queixa, alegou-se ainda que o governo nigeriano teria facilitado estas violações, colocando as forças legais e militares do Estado à disposição das companhias de petróleo. Além disso, os queixosos argumentaram que o Governo nigeriano não promovera operações monitoradas das companhias petrolíferas nem a segurança necessária. O governo também teria ocultado informações sobre os perigos criados pelo petróleo das comunidades Ogoni.

A fragilidade das populações autóctones em face de grandes multinacionais, associada à corrupção das entidades administrativas, faz com que casos deste tipo se multipliquem, agravando o quadro de injustiças ambientais, sobretudo nos Estados em desenvolvimento com importantes recursos naturais. Numa tentativa de prevenir estes cenários, o governo moçambicano fez aprovar um Decreto — 31/2012, de 8 de Agosto — cuja importância como padrão de procedimentalização de fixação e atribuição de compensações sócio-económicas em caso de afectação severa de recursos naturais tradicionalmente utilizados por comunidades locais merece aqui menção especial.

O Decreto 31/2012, de 8 de Agosto, constitui o *Regulamento sobre o Processo de Reassentamento Resultante de Actividades Económicas* aplicável sempre que um projecto de infraestruturas de exploração de recursos naturais, público ou privado, é proposto para aprovação em Moçambique³. No primeiro capítulo, dedicado a definições e disposições de âmbito geral, avulta um conjunto de princípios que regem o procedimento de negociação dos termos do reassentamento. O lote inscrito no artigo 4º inclui os seguintes princípios:

- a. **Princípio de coesão social** — o reassentamento deve garantir a integração social e restaurar o nível de vida dos afectados, para um nível melhor;
- b. **Princípio de igualdade social** — no processo de reassentamento todos os afectados têm direito a restauração ou criação de condições iguais ou acima do padrão anterior de vida;
- c. **Princípio de benefício directo** — dar possibilidade aos afectados de se beneficiarem directamente do empreendimento e dos seus impactos sócio-económicos;

3 Cfr. também, com a mesma preocupação, os 7º, 8º, 11º e 12º da Lei 21/2014, de 18 de Agosto (Lei do petróleo — Moçambique).

- d. **Princípio de equidade social** — na fixação das populações nas novas zonas, deve-se ter em conta o acesso aos meios de subsistência, serviços sociais e recursos disponíveis;
- e. **Princípio de não alteração do nível de renda** — permitir que os reassentados tenham a possibilidade de restabelecer seu nível anterior de rendimento básico;
- f. **Princípio de participação pública** — no processo de reassentamento deve-se garantir a auscultação das comunidade locais e outras partes interessadas e afectadas pela actividade.
- g. **Princípio de responsabilização ambiental** — com o qual quem polui ou de qualquer outra forma degrade o ambiente, tem sempre a obrigação de reparar ou compensar os danos daí decorrentes.
- h. **Princípio de responsabilidade social** — o investidor tem de criar infra-estruturas sociais, que promovam a aprendizagem, lazer, desporto, saúde, cultura e outros projectos de interesse comunitário.
- i. **Princípio de protecção do património cultural** — na qual todo o património é considerado sagrado”.

Estes princípios vão pautar a elaboração do *Plano de reassentamento*, que é proposto pelo operador e discutido entre entidades governamentais centrais, distritais e locais — que compõem a Comissão Técnica de Acompanhamento e Supervisão — além de cinco representantes da população afectada, de um representante da sociedade civil, de três líderes comunitários e de dois representantes do sector privado (artigos 6º e 8º). A aprovação do *Plano* é da competência do governo do distrito (artigo 9º).

A aprovação deste *Plano* é condição de emissão da licença ambiental, nos termos do artigo 15º. Ou seja, não há licença válida sem que o *Plano* esteja devidamente elaborado e aprovado, de forma a estabelecer as contrapartidas sociais necessárias e suficientes à implantação do projecto. De sublinhar que os artigos 17º e 18º deste Regulamento dispõem sobre as características ambientais a ponderar no local de reassentamento e sobre os critérios para definição de cada ponto de reassentamento na nova área, respectivamente. São aqui de ressaltar as proibições resultantes do artigo 17º/2, que vedam o reassentamento em zonas inundáveis e em zonas

protegidas, bem como as imposições constantes do artigo 18º, relativas às zonas de reassentamento — nomeadamente, inclinação do terreno, área mínima e máxima, ventilação, acesso a vias de comunicação e a equipamentos sociais.

De referir ainda que o diploma prevê sanções — administrativas — para o incumprimento, de entre as quais resulta a aplicação de uma coima no valor de 10% do investimento projectado, em caso de não implementação do Plano. Esta sanção revela a vontade de levar a sério a obrigação de reassentamento, que constitui emanação de um princípio de responsabilidade social; todavia, parece-nos que mais eficaz seria se, além do pagamento da coima, tal incumprimento implicasse na suspensão dos trabalhos de implantação do projecto na área de onde se deslocaram as comunidades até o efectivo cumprimento. Esta estatuição é fraca, porque as grandes corporações podem sentir-se tentadas a pagar para prevaricar, esvaziando assim o intuito do Decreto e promovendo situações de injustiça ambiental.

Estes casos devem ser distinguidos das situações de compensação pela poluição em áreas saturadas — ou seja, que não foram prevenidas *ab initio*. Estas “compensações” são normalmente arbitradas a populações frágeis, que aceitam indemnizações irrisórias e que acabam por promover uma degradação da sensibilidade ambiental, numa lógica de transaccionabilidade da qualidade ambiental. AUSTIN e SCHILL, num artigo seminal sobre movimentos de justiça ambiental nos EUA, escreveram, em 1991, que *o direito à eco-justiça é tanto focado no eco — lógico; como no eco — nómico*. As populações que foram condenadas a viver em contextos de degradação têm direito a uma indústria limpa e à informação sobre o seu *modus operandi*, sendo certo que a conciliação de ambos pode passar por algum nível de degradação ambiental, mas que deve ser “compensado”, não com dinheiro, mas com poderes de controlo de qualidade por técnicos independentes.

4. O ORDENAMENTO DO TERRITÓRIO COMO INSTRUMENTO MACRO DE JUSTIÇA AMBIENTAL

O planeamento territorial constitui um instrumento de justiça ambiental no sentido em que pode mapear zonas de risco, natural e tecnológico, a fim de proibir edificações e promover realojamentos, bem como de incluir medidas

de minimização dos mesmos, quer por parte das entidades públicas, quer das entidades privadas.

Na União Europeia, a Corte de Justiça já condenou Estados membros a elaborar planos de redução de emissões poluentes em zonas hiper poluídas, afirmando que qualquer cidadão residente tem o direito de exigir, do órgão competente, a elaboração de tais planos e, conseqüente, a tomada de medidas nele estabelecidas para a redução dos índices de poluição (caso C-237/07). Identicamente, a Corte já considerou que os Estados devem ponderar aspectos de risco industrial no licenciamento urbanístico, mesmo na ausência de plano identificando tais riscos (caso C-53/10).

REFERÊNCIAS

AGYEMAN, Julian, **Sustainable Communities and the Challenge of Environmental Justice**, New York, 2005

AMADO GOMES, Carla, **Risco tecnológico, comunicação do risco e direito a saber**, in *Direito(s) do(s) Risco(s) tecnológicos*, coord. de Carla Amado Gomes, Lisboa, 2014, p. 17 segs.

AUSTIN, Regina, e Michael Schill, **Black, brown, poor & poisoned: minority grassroots environmentalism and the quest for eco-justice**, in *Kansas Law Journal*, Summer 1991, p. 69 segs.

BULLARD, Robert, **Environmental Justice in the 21st Century: Race Still Matters**, in *Phylon*, Vol. 49, 2001/3-4, p. 151 segs.

COOMANS, Fons, **The Ogoni Case before the African Commission on Human and Peoples' Rights**, in *International and Comparative Law Quarterly*, v. 52, 2003, p. 749 segs (Acessível em <http://www.righttoenvironment.org/ip/uploads/downloads/OgoniCaseProf.Coomans.pdf>).

HADDEN, Susan, **A Citizen's Right-to-Know: Risk Communication and Public Policy**, Boulder, 1989.

KRÄMER, Ludwig, **Environmental justice and equity in EU law**, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, IV, org. F. Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Loureiro, Coimbra, 2012, p. 283 segs.

PAES E SILVA, Lays Helena, **Ambiente e justiça: sobre a utilidade do conceito de racismo ambiental no contexto brasileiro**, in *e-cadernos ces* [Online], n. 17, 2012 (colocado online no dia 01 Setembro 2012 — URL : <http://eces.revues.org/1123> ; DOI : 10.4000/eces.1123).

SAND, Peter, **The Right to Know: Environmental Information Disclosure by Government and Industry** (2003), acessível em http://www.inece.org/forumspublicaccess_sand.pdf.

SOJA, Edward, **Seeking Spatial Justice**, St.Paul-Minesotta, 2010.

FIRPO PORTO, Marcelo, e Bruno MILANEZ, **Eixos de desenvolvimento económico e geração de conflitos socioambientais no Brasil: desafios para a sustentabilidade e a justiça ambiental**, in *Ciência e Saúde Colectiva*, 2009, p. 1983 segs (acessível em <http://www.scielo.br/pdf/csc/v14n6/06.pdf>).



CONTRIBUIÇÕES PARA O DIÁLOGO ENTRE
POLÍTICAS PÚBLICAS E MEIO AMBIENTE

Linara Oeiras Assunção
Jéssica Ramos da Silva



INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo debater e contribuir para o diálogo entre políticas públicas e meio ambiente. No Brasil, pós-Constituição Federal de 1988 (CF/88), há uma imperiosa necessidade de materialização das funções estatais por meio de políticas públicas que deem concretude às normas da ordem socioambiental constitucional brasileira (art. 225, CF/88).

A configuração constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado traz como consequência uma obrigação positiva dos poderes públicos, no sentido da adoção de políticas que garantam sua concretização, denotando o exercício de uma função ambiental da administração pública.

Pautado em uma abordagem qualitativa e em pesquisa bibliográfica, o presente estudo desencadeia seus argumentos em quatro momentos: a) apontamentos sobre estado e políticas públicas; b) pensando a relação entre políticas públicas e meio ambiente; c) o desenvolvimento sustentável e sua contribuição para o direcionamento de políticas públicas; d) o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como necessário objeto de políticas públicas.

O cerne do debate é a defesa da qualidade do meio ambiente e seus dilemas, a qual se coloca de tal modo imprescindível, que se torna impossível vislumbrar a atividade do poder público alheia à imperatividade de sua preservação e recuperação, principalmente em razão de sua íntima relação com a qualidade da vida humana, cuja abrangência inclui os mais diversos elementos do bem ambiental, tais como saúde, bem-estar, segurança, higiene, educação, dentre outros.

1. APONTAMENTOS SOBRE ESTADO E POLÍTICAS PÚBLICAS

De modo geral, quando se aborda o tema “políticas públicas” entram em cena as ações estruturadas pelo Estado — e não somente por ele —, para atingir um dado objetivo. Mas considerando que a sociedade é formada por atores sociais que agem e intervêm na solução de problemas relativos ao desenvolvimento e ao meio ambiente, cabe perguntar como se dão essas relações, quais as disputas em curso e como se manifestam os conflitos.

A primeira pretensão aqui é pensar as políticas públicas a partir da ideia de que são os agentes sociais que formulam as questões que podem, ou não, se constituir em indicações para definir políticas públicas. Para começar, não se pode discuti-las sem fazer menção à relação Estado e Sociedade. As políticas públicas correspondem à ação do Estado, às respostas do Estado para as demandas da sociedade.

Nesse viés, a relação Estado e economia também é importante para se entender as modificações que ocorrem no âmbito da produção capitalista, incluindo uso de recursos, produção e circulação de mercadorias. Verificam-se, portanto, mudanças que decorrem da intervenção estatal, por meio de suas políticas. O Estado tem assumido o papel de articulador e organizador da economia e da sociedade, com maior ou menor ênfase, é verdade, dependendo de vários fatores, entre eles a própria concepção de ação política e de democracia que tem o governo.

Segundo Castro (2007) algumas interpretações sobre o Estado foram influenciadas pela ideia de que este é um agente executor dos interesses da burguesia e do capital. Trata-se de uma concepção simplificadora, vendo o Estado como “instrumentalista”, sob comando da classe dominante. Adverte a autora que novas abordagens mostram que a relação entre Estado e Sociedade é mais complexa e, por isso, se deve procurar entender as relações reais, as dinâmicas onde diversos segmentos da sociedade comparecem, formulam demandas, gestam conflitos e manifestam-se visando a formulação e implementação, pelo Estado, de políticas adequadas para solucionar problemas coletivos.

O fato é que as políticas representam a ação do Estado, o Estado em movimento como ator no jogo societário. Assim, é igualmente relevante entender a relação entre Estado e movimentos sociais, no sentido de que o Estado age com suas políticas, que serão mais ou menos democráticas, em função da capacidade de governança da sociedade, dos mecanismos de recurso de poder e de controle do poder, das relações de força dos atores sociais e de sua capacidade de formular uma agenda com as demandas de políticas. É bom não esquecer de que se está falando do Estado pautado no capitalismo e que sua ação está sempre referida às dinâmicas de classes — com seus interesses conflitantes, alianças e contradições.

A segunda pretensão é pensar em como definir o que é uma política pública. Várias disciplinas se interessam pelos estudos de políticas públicas, por isso é um tema, por excelência, interdisciplinar.

Pode-se dizer que as políticas públicas são mecanismos de validação da relação Estado e Sociedade. Compõem-se de um conjunto organizado de ações, precedidas,

evidentemente, por uma concepção do que é o problema que deve ser atendido e de seu encaminhamento. As políticas resultam de ações anteriores, investidas por indivíduos ou coletividades, para atender um rol de anseios, de demandas, ou de problemas. Cabe ressaltar que as políticas públicas são processuais, ou seja, a sua ausência também interfere na dinâmica do problema. Não haver política estatal para uma dada questão é também uma forma de política, de ação do Estado¹.

Castro (2007) afirma que há uma sistematização para operacionalizar a elaboração e a execução de uma política pública. Alguns autores divergem nesses encaminhamentos, em geral sobre uma concepção mais autoritária ou mais democrática. Com base nessa discussão, propõem-se os seguintes passos ou procedimentos, que fecham um ciclo, desde a definição do problema de política até a sua aplicação e avaliação.

Quadro 1: Passos para a definição do problema de uma política pública até a sua aplicação e avaliação

– Percepção do problema pela sociedade e/ou esfera técnica-política;
– Discussão sobre concepções do problema e soluções;
– Formulação e concepção da política;
– Consulta com segmentos sociais interessados;
– Implementação;
– Avaliação de procedimentos e resultados (procedimento contínuo);
– Manutenção, reformulação do problema e da política ou encerramento da mesma.

Fonte: CASTRO, 2007, p. 6.

Certamente está em jogo, na decisão de políticas, uma série de questões. Sinalizando-se algumas, entre outras: toda escolha de políticas é uma escolha trágica (pois não atende nem a todos os problemas cruciais que clamam por políticas, nem a todos os que precisam de sua proteção), manipulação elitista

1 Exemplo: o que tem ocorrido com a ausência de uma política fundiária voltada para a Amazônia, que realmente queira dar conta do ordenamento jurídico do território. A “ausência” do Estado fomentou dinâmicas concentradoras — grilagem, criminalização, violência e injustiças. Então, fazendo um jogo de palavras, essa *ausência* foi uma *presença*, pois permitiu que uns se beneficiassem sobre outros, quando o papel do Estado era regulamentar para garantir direitos. Pelo menos se reduziria assim a força da dinâmica de classes na sociedade capitalista que, por natureza (do capital) é concentradora.

da agenda de políticas, relação desigual de forças na sociedade, a omissão, bem como a disponibilidade de recursos financeiros e humanos. Por isso, a avaliação das políticas governamentais não pode se restringir a um momento, a uma etapa — ao contrário, ela deve acompanhar todo o processo, com possibilidade de correções.

Face às duas pretensões já levantadas, três posições doutrinárias podem auxiliar na construção de um conceito de políticas públicas. Boneti (2006, p. 74) argumenta que:

[...] a partir de uma nova dimensão social das últimas décadas e de sua repercussão direta na organização social e política da sociedade, é possível compreender como políticas públicas as ações que nascem do contexto social, mas que passam pela esfera estatal como uma decisão de intervenção pública numa realidade social, quer seja para fazer investimentos ou para uma mera regulamentação administrativa. Entende-se por políticas públicas o resultado da dinâmica do jogo de forças que se estabelece no âmbito das relações de poder, relações essas constituídas pelos grupos econômicos e políticos, classes sociais e demais organizações da sociedade civil. Tais relações determinam um conjunto de ações atribuídas à instituição estatal, que provocam o direcionamento (e/ou o redirecionamento) dos rumos de ações de intervenção administrativa do Estado na realidade social e/ou investimentos.

Sob outro enfoque, Bucci (2002, p. 241), procurando trazê-las para o campo jurídico, voltadas mais especificamente para o Direito Administrativo, as conceitua como:

[...] programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais, um problema de Direito Público, em sentido lato.

Derani (1997, p. 239), por sua vez, afirma que as políticas são chamadas de públicas:

[...] quando estas ações são comandadas pelos agentes estatais e destinadas a alterar as relações sociais existentes. São políticas públicas porque são manifestações das relações de forças sociais refletidas nas instituições estatais e atuam sobre campos institucionais diversos, para

produzir efeitos modificadores na vida social. São políticas públicas porque empreendidas pelos agentes públicos competentes, destinadas a alterar as relações sociais estabelecidas.

As políticas públicas podem ser conceituadas sob vários aspectos. Neste estudo, à partir da junção das ideias expostas, elas serão compreendidas como frutos de relações de poder que se embatem, que se prestam a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, que já estão pré-concebidos na ordem constitucional, e que são, em suma, formas de intervenção do Estado na realidade social.

2. PENSANDO A RELAÇÃO ENTRE POLÍTICAS PÚBLICAS E MEIO AMBIENTE

Adentrando na seara de políticas públicas e meio ambiente, cabe compreender como os indivíduos e as instituições agem e quais são as estratégias colocadas em pauta para promover o desenvolvimento com respeito ao meio ambiente. A questão ambiental é um problema de política e de modelo de desenvolvimento. Benjamim (2003) acredita que, no ordenamento jurídico brasileiro, impende reconhecer a existência de suficiente legislação ordinária, além do artigo-capítulo constitucional, art. 225 da CF/88, para a proteção do meio ambiente e salvaguarda da sadia qualidade de vida. Padece o ordenamento jurídico nacional, contudo, da deficiência de implementação, o que o levou a cogitar do surgimento de um “Estado Teatral”. Segundo ele:

Infelizmente, nem sempre o Estado conjuga, com igual ênfase, atuação legislativa e implementadora. É comum o Poder Público legislar, não para aplicar, mas simplesmente para aplacar, sem resolver, a insatisfação social. É o Estado Teatral, aquele que, ao regular a proteção do meio ambiente, mantém uma situação de vácuo entre a lei e a implementação. Um Poder Público que, na letra fria do texto normativo, não se importa em bravejar, mas que fácil e rapidamente amansa diante das dificuldades da realidade político-administrativa e de poderosos interesses econômicos, exatamente os maiores responsáveis pela degradação ambiental. A teatralidade estatal é marca dessa separação entre lei e implementação, entre norma escrita e norma praticada. O resultado é uma Ordem Pública Ambiental incompleta (BENJAMIM, 2003, p. 338).

O autor avança quanto à obrigatoriedade de atuação do Poder Público para a implementação das normas ambientais e afirma que implementar não é poder: é dever. Ou seja, que não paire qualquer dúvida: o Estado tem a obrigação constitucional e legal de intervir em matéria ambiental. Não é uma faculdade. A CF/88 trata do tema na forma de obrigação estatal, não de inócua recomendação.

Incumbe ao poder público, a elaboração de políticas públicas de forma a dar concretude às normas da ordem socioambiental constitucional, instituída na conformidade do art. 225 da CF/88. Sob esse aspecto, não basta, como bem já alertou Benjamim (2003), a edição legislativa, mesmo se sabendo que no ordenamento brasileiro as políticas públicas se expressam mais comumente por meio de leis. É imperiosa a atuação administrativa, não cabendo ao Poder Público omitir-se, sob pena de responsabilização.

Notadamente, no que toca o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a inação estatal impedirá, certamente, seu alcance pela coletividade destinatária — nestas ou em futuras gerações.

Observe-se que, nesse processo de atuação estatal, em busca de políticas públicas eficazes na garantia de um meio ambiente saudável, dois elementos serão referências importantes a orientar o caminho de formação até a execução dessas políticas. São elas: a compreensão de desenvolvimento sustentável e a noção do meio ambiente ecologicamente equilibrado como necessário objeto das políticas públicas.

3. O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O DIRECIONAMENTO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Na leitura de Fenzl (1997), o conceito de desenvolvimento sustentável não é somente um modismo intelectual do final do século XX, senão fruto dos graves problemas ambientais e socioeconômicos que a humanidade está enfrentando. As sociedades e nações do mundo em pleno processo de globalização e integração socioeconômica estão percebendo claramente os limites dos recursos naturais do planeta. Mais ainda, os princípios e as maneiras em que esta integração mundial ocorre, produzem efeitos colaterais desastrosos, tais como impactos

ambientais de dimensões planetárias, níveis de injustiça social crescentes e uma voracidade desenfreada em relação aos recursos naturais. A percepção destas limitações do modelo econômico globalizado traz consequências profundas na maneira de encarar o futuro da humanidade. Surgindo, então, a pergunta: esta forma de desenvolvimento tem futuro?

As respostas não são simples e requerem uma nova abordagem baseada na interdisciplinaridade, quebrando com as tradições positivistas e lineares de pensar. De fato, a sociedade humana é um sistema complexo, longe do equilíbrio e regido por parâmetros que não obedecem à lógica mecanicista das ciências tradicionais.

Didaticamente, o conceito de desenvolvimento sustentável descreve um processo socioeconômico ecologicamente sustentável e socialmente justo que invoca princípios de equidade intra e intergeracional. Isso induz a um novo modelo para o uso dos recursos naturais, limitando a degradação de ambientes naturais e culturais, estabelecendo uma base diferenciada para a atuação do Estado. Também muda o foco sobre a hegemônica necessidade de desenvolvimento econômico.

Segundo Fenzl (1997), é possível constatar uma vertente para o tratamento do desenvolvimento sustentável, de caráter político-cultural, que o trata como um agregado de valores associados por um sentido próprio e que se propõe a ser um substrato reorientador da lógica implícita em todas as dinâmicas econômicas, especialmente em relação às questões ambientais. A melhor maneira de expressá-la é colocando os fatores de sua definição em contraste com as características do desenvolvimento tradicional:

Quadro 2: Características do Desenvolvimento Convencional em comparação com o Desenvolvimento Sustentável

Desenvolvimento Convencional	Desenvolvimento Sustentável
Planejamento ou administração centralizada	Planejamento descentralizado
Decisões do governo e do setor empresarial	Decisões da sociedade civil
Metas precisas	Direções e Cenários
Regras e normas rígidas e burocráticas	Diversidade e flexibilidade

Desenvolvimento Convencional	Desenvolvimento Sustentável
Planos feitos de cima para baixo	Planos feitos de baixo para cima
Domínio das elites políticas, militares, econômicas.	Participação, democracia, sociedade civil.
Crescimento de privilégios e disparidades	Inclusão social, divisão de benefícios e justiça.
Decisões sigilosas	Decisões transparentes
Gerência ou manejo mecanicista	Uso de processos de auto-organização
Somente valores monetários	Valores humanos, éticos, ambientais, sociais e monetários

Fonte: FENZL, 1997, p. 6.

Neste sentido, não se pode dissociar políticas públicas da noção de sustentabilidade. Cavalcanti (1999) analisa a necessidade de uma orientação das políticas públicas para a sustentabilidade que possibilite o reconhecimento da limitação ecológica fundamental dos recursos, sem os quais nenhuma atividade humana pode se realizar. Segundo ele, isto requer uma utilização cuidadosa da base biofísica e ambiental da economia, bem como uma reorientação do modo que os recursos da natureza são empregados e na maneira como os correspondentes benefícios são compartilhados.

Cavalcanti (1999) diz ainda que o alcance de políticas públicas desse tipo depende do engajamento de todos os setores da sociedade e, sob este aspecto, de pelo menos três parâmetros que devem ser considerados para fins de reforma institucional: educação, gestão participativa e diálogo entre as partes envolvidas. Em suma, o autor acredita que, para a concretização de uma política pública sustentável, é primordial uma inter-relação entre justiça social, qualidade de vida, equilíbrio ambiental e a necessidade de desenvolvimento com respeito à capacidade de suporte.

O reconhecimento da possibilidade de conciliação entre desenvolvimento e sustentabilidade não é unânime. Por certo o desenvolvimento sustentável

vem a reclamar novos pressupostos epistemológicos² diante da crise, ou mesmo da falência, do paradigma da modernidade. Mais que isso, a crise do modelo racional-legal que marcou os caminhos dos tempos modernos extrapola os limites da epistemologia para desvelar, de forma contundente, a perda das referências éticas que norteiam o processo global de construção da vida planetária.

O novo paradigma de desenvolvimento, de acordo com Boff (1998), deve situar o ser humano como o centro do processo de desenvolvimento e considerar o crescimento econômico como um meio — e não como um fim —, deve também proteger as oportunidades de vida das gerações atuais e futuras, além de respeitar a integridade dos sistemas naturais que possibilitam a existência de vida na Terra. Urge, portanto, criar as condições para superar o paradigma da modernidade, fundado no atual modelo econômico, expresso no domínio do poder sobre a natureza e os outros.

O desenvolvimento sustentável, seja como princípio orientador, seja como modelo de desenvolvimento, é um referencial para a formação e a execução de políticas públicas, ambientais ou não, mais eficazes.

4. O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO COMO NECESSÁRIO OBJETO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O direito ao meio ambiente é fundamental e estruturalmente aberto, pois exige de todos um dever de configuração e de efetividade³. Além disso, tal direito

2 Na transição da modernidade para a pós-modernidade, as tendências da epistemologia das ciências, orientada pela busca da unidade e da objetividade do conhecimento, encontram-se e confrontam-se com os efeitos da valorização da diversidade e da diferença na teoria e pelo lugar que ocupam as posições subjetivas no campo da interdisciplinaridade e nas esferas do saber. Os pontos de ancoragem teóricos vão deixando suas rígidas estruturas enferrujadas. Neste contexto, surge o saber ambiental, a racionalidade ambiental que internaliza a multicausalidade dos processos através da articulação de ciências e da abertura das ciências ao conhecimento não-científico — uma hibridação entre ciências, técnicas e saberes —, e, emerge da sobre objetivação do mundo, de um processo de externalização do ser que transborda toda compreensão e contenção possível pela ação de um sujeito, por uma teoria de sistemas, um diálogo interdisciplinar, uma ética ecológica ou uma moral solidária (LEFF, 2004, p. 63–64).

3 São sujeitos ativos desse direito todas as pessoas nacionais e estrangeiras e são sujeitos passivos os poderes públicos e os particulares. O Estado tem a obrigação de não atrapalhar as pretensões liberais do direito e de garantir a integridade e uso adequado dos bens ambientais. Os indivíduos e grupos

goza de relevo especial na missão de tutelar e desenvolver tanto a dignidade da pessoa humana quanto a corresponsabilidade intergeracional. Isso é o que se infere do enunciado do art. 225 da CF/88.

Sampaio et al. (2003) advertem que este direito possui duas dimensões, a objetiva e a subjetiva. Pela dimensão objetiva, podem-se distinguir documentos que definem a proteção objetiva do direito ao meio ambiente apenas ao Estado e outros que imputam também responsabilidade a todos. Já a dimensão subjetiva é dada pela natureza dúplice deste direito: de direito individual e de liberdade⁴, de acesso, uso e gozo de um ambiente ecologicamente equilibrado, mas, como seu objeto é indivisível, as faculdades podem ou devem ser contingenciadas pelo igual direito de todos (das presentes e futuras gerações); de direito de prestação, que transporta interesses individuais e coletivos de prestação estatal no sentido de sua configuração e efetiva tutela.

De acordo com Tupiassu (2003) o reconhecimento do direito fundamental à proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado mostra com clareza a superação dos ideais individualistas, característica da sociedade contemporânea⁵, a qual passou a ser expressamente consagrada na Lei Maior de um sem número de países, dando margem ao desenvolvimento do que se convencionou chamar de “Estados Ambientais”, representados pelo modelo estatal pós-social, que toma realmente por fundamento a busca do desenvolvimento sustentável.

Ressalta a autora que a configuração constitucional do conteúdo deste direito traz como consequência uma obrigação positiva dos poderes públicos, no sentido da adoção de políticas que garantam sua concretização, denotando o necessário exercício de uma função ambiental da administração pública.

A função ambiental da administração pública reflete um desdobramento da própria função administrativa, traduzindo-se na:

[...] necessidade e a importância de dispor o Poder Público de todo um aparelhamento materialmente capacitado e eticamente informado, voltado

também têm o dever de não impedir o exercício do direito pelos outros e de fazer uso adequado dos recursos naturais.

4 Entre suas faculdades estão, portanto, o prazer contemplativo, a exploração racional dos recursos e o simples viver em um ambiente são.

5 Este reconhecimento da importância do bem ambiental vem como consequência do acirramento de seu processo de destruição. Infelizmente, a economia capitalista passa a se preocupar com o meio ambiente na medida em que sem os recursos por ele fornecidos a sua própria sobrevivência fica comprometida.

à realização de toda uma gama de tarefas que lhe foram atribuídas e que vão desde o planejamento e a coordenação, até a execução e controle das ações referentes à proteção ambiental (DOURADO, 1999, p. 285).

O Estado passa a atuar, portanto, sobre o bem ambiental, um bem de uso comum do povo, que não admite qualquer característica de domínio, devendo o Poder Público funcionar como gestor fiduciário dos interesses difusos ali constituídos.

De uma crescente necessidade da sociedade, delinea-se um fértil campo para as atividades estatais. A defesa da qualidade do meio ambiente coloca-se de tal modo imprescindível, que se torna impossível vislumbrar a atividade do Poder Público alheia à imperatividade de sua preservação e recuperação, principalmente em razão de sua íntima relação com a qualidade da vida humana, cuja abrangência inclui os mais diversos elementos do bem ambiental, tais como saúde, bem-estar, segurança, higiene, educação, dentre outros.

Silva (2002, p. 2) já expunha que “o conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos [...]”, sendo a “[...] interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.

Os próprios tribunais brasileiros já interpretam o art. 225 da CF/88 em prol de um Poder Público mais comprometido com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na formulação e execução de suas políticas e pautando-se nos recursos de poder disponíveis à sociedade, que provocam a atuação jurisdicional e garantem a aplicação deste direito. Vejamos:

Acórdão Origem: TRIBUNAL — SEGUNDA REGIÃO Classe: AC — APELAÇÃO CÍVEL — 208164 Processo: 199902010386649 UF: RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA. Data da decisão: 24/02/2003 Documento: TRF200097772 Fonte DJU DATA: 25/03/2003 PÁGINA: 45 Relator(a) JUÍZA REGINA COELI M. C. PEIXOTO. Decisão. A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento aos recursos, nos termos do voto do(a) Relator(a). **Ementa.** AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO AMBIENTAL. TODOS TÊM DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. DIANTE DA INÉRCIA DO PODER PÚBLICO EM ATENDER O MANDAMENTO CONSTITUCIONAL, CABE AO PODER JUDICIÁRIO ASSEGURAR O SEU CUMPRIMENTO.

O julgado acima exemplifica uma atuação jurisdicional comprometida com o art. 225 da CF/88 e demonstra que, quando necessário, o Poder Judiciário deve ser provocado para agir em prol de um Estado protetor do meio ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de considerações finais, compete suscitar e ratificar a convergência de opiniões em prol da elaboração de políticas públicas que resguardem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e que possibilitem o desenvolvimento sustentável.

É real a necessidade de uma mudança no atual modelo de produção e consumo, o que inclui a adoção de tecnologias de menor impacto ao meio ambiente e a propagação da compreensão de que a sustentabilidade somente pode se dar a partir do equilíbrio no tripé: economia — meio ambiente — sociedade, que é crescente e vem formando a base para as ações e políticas, tanto no plano internacional quanto no local.

Como já afirmava Cavalcanti (1999), para a concretização de uma política pública sustentável é primordial uma inter-relação entre justiça social, qualidade de vida, equilíbrio ambiental e a necessidade de desenvolvimento com respeito à capacidade de suporte.

É dentro desse aspecto multifacetário, no qual se destaca a qualidade de vida do ser humano, que se pretende encarar o papel do Estado e de sua função ambiental na elaboração de políticas públicas capazes de abranger os aspectos ecológicos socialmente mais relevantes, mitigando as externalidades negativas que sobre ele incidem, utilizando-se de todos os instrumentos que viabilizem a materialização dos fins a que se propõe (art. 225, CF/88).

REFERÊNCIAS

BENJAMIM, Antônio Herman Vasconcelos. O Estado teatral e a implementação do Direito Ambiental. In: Anais Congresso Internacional de Direito Ambiental. 7. ed. São Paulo: Instituto Planeta Verde, 2003, p. 338.

BOFF, Leonardo. **Nova Era**: a civilização planetária. São Paulo: Ática, 1998.

BONETI, Lindomar Wessler. **Políticas Públicas por Dentro**. Ijuí: Unijuí, 2006.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CASTRO, Edna Ramos de. **Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional**. Apostila. 31 p. Belém: UFPA/CCJ, 2007.

CAVALCANTI, Clóvis Abraham. Política de governo para o desenvolvimento sustentável: uma introdução ao tema e a esta obra coletiva. In: CAVALCANTI, Clóvis Abraham (Org.). **Meio Ambiente, Desenvolvimento Sustentável e Políticas Públicas**. São Paulo: Cortez, 1999. p. 21–40.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

DOURADO, Maria Cristina César de Oliveira Cascaes. A função administrativa e a proteção ambiental. In: SCAFF, Fernando Facury (Coord.). **A ordem econômica e social**. São Paulo: LTr, 1999. p. 280–296.

FENZL, N. Estudo de parâmetros capazes de dimensionar a sustentabilidade de um processo de desenvolvimento. In: XIMENES, T. (Org.). **Perspectiva do Desenvolvimento Sustentável** (uma contribuição para a Amazônia 21). Belém: UFPA/NAEA/UNAMAZ, 1997. p. 01–31.

LEFF, Enrique. **Aventuras da epistemologia ambiental: da articulação das ciências ao diálogo dos saberes**. Trad. Glória Maria Vargas. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental: na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

TUPIASSU, Lise Vieira da Costa. **Tributação Ambiental:** a utilização de instrumentos econômicos e fiscais na implantação do direito ao meio ambiente saudável. 2003. 240 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade Federal do Pará/UFPA. Belém, 2003.

PARADIGMAS NORTEADORES DA RELAÇÃO
HOMEM-NATUREZA E EFETIVIDADE DE DIREITOS:
A PROBLEMÁTICA DA CISÃO HOMEM-NATUREZA
E ANÁLISE DO CASO DA COMUNIDADE
PORTELINHA (SÃO LUÍS/MA/BRA)

Ruan Didier Bruzaca
Teresa Helena Barros Sales



INTRODUÇÃO

Desde o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 — CRFB/1988, a garantia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ganhou relevância particular. Não obstante, o contexto social brasileiro, dotado de complexidade face à presença de determinados grupos e movimentos sociais, ocasiona, por vezes, situações consideradas conflituosas em que se pauta a existência de tensão entre o direito ao meio ambiente e outros direitos fundamentais.

Situação peculiar diz respeito à tensão entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à moradia nas situações de ocupação de áreas territoriais especialmente protegidas — a exemplo de áreas de preservação permanente e unidades de conservação de proteção integral. Tais ocupações refletem o cenário brasileiro de exclusão e segregação existentes principalmente nas cidades — tal qual ocorre no município de São Luís/MA/BRA.

O caso da comunidade Portelinha, situada no referido município, insere-se em tal contexto, visto que existe a ocupação de uma área de preservação permanente. Neste sentido, tendo em vista o desatendimento às regras constitucionais e infraconstitucionais, a ocupação da área é considerada como ilegal, estando sujeita a medidas de remanejamento ou despejo das famílias.

Com isso, analisar o direito ambiental brasileiro, abordando os paradigmas que o norteiam, mostra-se fundamental nessa realidade social do Brasil contemporâneo. A partir de casos concretos, como o da Portelinha, percebe-se que existem conflitos entre os interesses sociais e ambientais, necessitando-se de uma solução dos mesmos. Assim, é preciso que se entenda a importância de descrever as relações existentes entre o homem e a natureza, para compreender a maneira como o direito ambiental brasileiro interpreta as tensões existentes entre o direito à moradia e o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Quanto à problemática do presente trabalho científico, indaga-se, tendo em vista ocupações em áreas de preservação permanente, tais quais as presentes no espaço urbano brasileiro, a exemplo da Portelinha (São Luís/MA/BRA) em que medida existe o conflito entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e outros direitos fundamentais, como o direito à moradia. Neste sentido, entende-se que existe a manutenção das tensões entre os referidos direitos na medida em que os paradigmas norteadores do direito ambiental brasileiro não consolidam relações justas entre o homem e a natureza.

Destarte, o objetivo geral é analisar as implicações dos paradigmas norteadores da relação homem-natureza na existência do conflito referido. Especificamente, pretende-se: 1) descrever paradigmas norteadores da relação homem-natureza; 2) apresentar os paradigmas que fundamentam o direito ambiental brasileiro; 3) avaliar a existência das tensões entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à moradia no caso da Portelinha (São Luís/MA/BRA).

1. PARADIGMAS NORTEADORES DA RELAÇÃO HOMEM-NATUREZA

A CRFB/1988 adota paradigmas específicos para regular a relação entre o homem e a natureza, buscando nortear todo o Direito Ambiental. Não obstante, antes de detalhá-los, inicialmente é necessário descrever alguns dos principais paradigmas, destacando-se suas consequências e suas capacidades de resolver satisfatoriamente os conflitos envolvendo o homem e a natureza.

Neste debate, Ost (1997, *passant*) destaca os paradigmas que, na relação homem-natureza, entendem a natureza como objeto, como sujeito e, por fim, como projeto. Para o autor, compreender a natureza tanto como objeto quanto como sujeito resultaria em uma relação desigual, impossibilitando uma relação justa com o homem. Somente a natureza enquanto projeto, ou seja, uma construção dialética (e dialógica) poderia resultar em uma relação mais igualitária entre ambos.

Debater os paradigmas que norteiam a relação homem-natureza possibilita compreender o vínculo e o limite entre ambos, na qual a redução ao artifício ou à equiparação aos seres humanos repercute na ineficácia do direito ambiental e das políticas públicas envolvidas¹ (OST, 1997, p. 18).

Inicialmente, reduzir a natureza a objeto remete ao pensamento moderno que, tendo implicações no trato jurídico face ao ambiente, “transforma todas as coisas em

1 Ost (1997, p. 7–8) destaca casos de ineficácia do direito ambiental e das políticas públicas, como: 1) a “plantação” de árvores de plástico em Los Angeles, sob a justificativa de resistirem melhor à poluição; 2) a impropriedade de ação face à construção de estação de inverno em Mineral King Valley, famosa pelas suas sequóias centenárias, por ausência de interesse processual; 3) em Long Island, o enterro de cachorro em vala comum, acarretando em indenização de um milhão, equiparando-o ao ser humano; 4) concessão de patente para criação de rato transgênico, implantando-lhe um gene hereditário cancerígeno, reduzindo-o a material de experimentação.

valores comercializáveis, patrimonializando-as para torná-las objeto de apropriação e alienação” (MELO, 2012, p. 25). Em outros termos, transforma-se o ambiente em mero objeto de regulação pelo homem, de acordo com as necessidades deste.

Neste compasso, essa visão alinha-se ao paradigma antropocentrismo que, para Leite (2008, p. 137), pode ser dividido em economicocentrismo e antropocentrismo alargado, sendo o primeiro resultado da redução do ambiental a um bem econômico. Consiste em reduzir o ambiente a seus aspectos econômicos, cuja proteção ganha relevância de acordo com o interesse econômico envolvido. Tal visão se aproxima da perspectiva antropocêntrica-utilitarista, na qual “a proteção do meio ambiente restringe[-se] à tutela da capacidade de aproveitamento humano dos bens ambientais” (STEIGLEDER, 2011, p. 77).

Ao antropocentrismo de cunho econômico e utilitarista é possível projetar a ineficácia do direito ambiental e das políticas públicas na medida em que não há proteção do ambiente desvincilhada dos interesses do ser humano. Existe aqui a impossibilidade de compreender a natureza enquanto outro, conforme destaca Leff (2006, p. 15), para quem a problemática ambiental é marcada pela desarticulação do mundo, consequência da “coisificação do ser e [pela] superexploração da natureza”.

Por outro lado, pensamento díspar à natureza enquanto objeto, diz respeito à natureza como sujeito. Trata-se da *deep ecology* ou ecologia profunda, que visa voltar “a antigos ideais de concepção do homem como pertencente à terra e não da terra como propriedade do homem” (MELO, 2012, p. 30). Este paradigma pauta-se na descentralização do ser humano e na centralização da natureza, inculcando numa ética ecológica que modificaria a consciência do homem (CAPRA, 2006, p. 26).

A ecologia profunda possui, dentre seus pressupostos, a representação da natureza como um sujeito de direitos, não mero objeto, reconhecendo àquela dignidade e direitos fundamentais (STEIGLEDER, 2011 p. 72). Não obstante, constitui outro extremo na representação da natureza, resultando em uma proteção exacerbada da natureza, sem considerar as possibilidades de integração do homem com a natureza — mas sim o distanciamento entre ambos.

Uma perspectiva diferenciada é o antropocentrismo alargado, ou ambientalismo moderado, que, discordando frontalmente da ecologia profunda, “representa um paradigma que parte da concepção de que o meio ambiente é um conceito cultural, criado pelo homem” (STEIGLEDER, 2011, p. 76). Ou seja,

apesar de manter o homem como o centro das relações como a natureza, atribui a esta um caráter menos utilitário — trata-se, como será visto, de paradigma recorrente no direito ambiental brasileiro². Tal visão representa uma “inclusão de valores, por exemplo, a bioética, na proteção jurídica do meio ambiente” (LEITE; AYALA, 2001, p. 110).

Diante das representações analisadas, é necessário dar ênfase a representações da natureza que repercutam numa compreensão da mesma enquanto outro e, conseqüentemente, com repercussões no direito ambiental. Neste sentido, Ost (1997, p. 9) entende a natureza enquanto projeto, remetendo à dialética, sendo “a própria possibilidade da alteridade e da partilha”, revelando sua natureza: se é ancoragem e enraizamento, pressupõe um movimento e uma separação — só se liga o que é distinto.

Conforme observado, a relação homem-natureza pode influenciar os padrões de proteção e eficácia do direito ambiental e das políticas de proteção do meio ambiente. Neste sentido, a redução da natureza a objeto ou a sujeito repercute em um tratamento jurídico que não a (re)conhece adequadamente: enquanto objeto, sua proteção reduz-se às necessidades humanas; enquanto sujeito, sua tutela não incorpora as possibilidade de interseção com o homem. Para averiguar as implicações práticas destas diferentes representações da natureza, parte-se agora para a análise dos paradigmas norteadores da relação homem-natureza no direito ambiental brasileiro.

2. O PARADIGMA NORTEADOR DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO

A partir do momento que se entende quais são os paradigmas norteadores da relação homem-natureza, percebe-se que a postura do homem frente à natureza condiciona o tratamento jurídico a ser conferido ao meio ambiente. Inicialmente, é necessária a compreensão de que tal meio deve ser analisado

2 Neste sentido, destaca-se: “[O antropocentrismo alargado] reconhece a necessidade de rejeitar as versões antiquadas e perigosas do antropocentrismo, que conduziram para o triunfo do direito subjetivo e para a concepção absoluta e exclusiva do direito de propriedade, buscando-se uma maior prudência em relação à Natureza, tendo em vista a fragilidade de nossa existência e a obrigação que temos, se quisermos sobreviver, de ter em conta as imitações objetivas da Natureza e, muito especialmente, os grandes equilíbrios da biosfera” (STEIGLEDER, 2011, p. 77).

a partir de uma relação de interdependência e não como um conjunto de elementos individuais. Afinal, não se pode separar o homem da natureza, pois os seres humanos têm sua sobrevivência interligada à natureza e, assim sendo, essa relação torna-se pauta de inúmeras discussões já que a mesma vem sendo constantemente transformada ao longo dos anos.

Sabe-se que a proteção do meio ambiente no Brasil se baseia nas premissas do paradigma do antropocentrismo alargado (LEITE; AYALA, 2010, p. 78), ou seja, além de procurar proteger a própria capacidade da natureza, também busca garantir a integridade da mesma, a fim de obter um equilíbrio ecológico. Tal paradigma foi incorporado à CRFB/1988 no artigo 225³ consagrando que é dever do poder público e da coletividade a defesa e proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

A partir do momento que existe uma preocupação com os interesses das próximas gerações, reconhece-se uma relação entre alteridade e responsabilidade, acarretando em “dimensões intergeracionais” (LEITE; AYALA, 2001, p. 115). Assim, há outros indivíduos envolvidos na relação com a natureza e deve-se garantir que tais sujeitos tenham acesso a qualidade de vida, por via de um meio ambiente equilibrado. Cria-se uma relação de solidariedade de interesses entre o homem e a comunidade biótica que faz parte, de maneira que a responsabilidade por manter essa integração é de cada ser humano, sendo condição para assegurar seu próprio futuro.

A ideia do antropocentrismo alargado é, portanto, a manutenção da centralização no homem, mas a natureza já não é mais vista como um objeto do qual os seres humanos podem se utilizar de acordo com seus interesses. Amparada constitucionalmente, essa premissa não se restringe só a benefícios atuais, mas também a busca para que essa preservação se estenda para as próximas gerações (LEITE, 2008, p. 142). É necessário um equilíbrio em que o ambiente, como um bem de uso comum do povo, sirva como instrumentos de proteção tanto do homem quanto da própria natureza (STEIGLEDER, 2011, p. 94).

Admite-se que a natureza tem um valor intrínseco, já que o discurso do antropocentrismo busca garantir a própria dignidade humana, renegando a estrita visão econômica do ambiente (LEITE, 2008, p. 135). Pautada nessa

3 O art. 225, da CRFB, determina que: “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações” (BRASIL, 1988).

restrição, a Constituição tenta criar meios para que os danos sejam reduzidos e, assim, o meio ambiente perde a visão essencialmente econômica e começa a ser compreendido como algo fundamental à conservação da vida humana.

Segundo Leite e Ayala (2001, p. 110), o antropocentrismo alargado relaciona-se com o desenvolvimento sustentável que, apesar de centralizado no homem, traz outros elementos — dentre eles, a equidade intergeracional. Ou seja, a necessidade que o homem se aproprie dos elementos naturais perde força e abre espaço para a real necessidade de defesa e proteção do meio ambiente, devido ao valor intrínseco que ele possui.

Existe uma relação de interdependência entre o ser humano e o ambiente, traduzida numa visão holística, contrária à visão fragmentária (LEITE; AYALA, 2001, p. 109). Assim o mundo é compreendido como um todo, não pelas suas partes isoladas. Assim, o todo parece ser algo mais complexo e não, simplesmente, a mera integração das partes. Contribuindo, então, para a reformulação do marco na compreensão da natureza.

Portanto, o art. 225 da CRFB/1988 adota a ideia holística de se entender o meio ambiente a partir de uma visão mais ampla — não mais restrito a um simples conjunto de elementos naturais. Ele passa a ser visto como não mais um objeto de valor isolado ou meramente utilitarista e, sim, como algo necessário para se atingir a própria qualidade de vida. O ambiente atinge, enfim, sua autonomia — que é, claramente, diferente da visão da *deep ecology*. A natureza não se torna um sujeito de direitos; o homem, que assume tal condição, entende que ela é um meio de sobrevivência e, por isso, deve ser preservada em uma relação constante de equilíbrio com o interesse comum da coletividade e do Estado.

Abandona-se a posição individualista do homem, pois o Direito Ambiental brasileiro passa a adotar uma postura na qual o homem possui uma nova responsabilidade face à natureza. Neste compasso, além da proteção do meio ambiente, simultaneamente, visa-se a tutelar o mesmo para garantir o equilíbrio ecológico (LEITE; AYALA, 2010, p. 78).

Com isso, observa-se no direito ambiental brasileiro a consolidação de uma tentativa de tornar mais equânime o vínculo homem-natureza, sob as bases de uma visão holística e intergeracional. Assim, deve haver a integração entre os seres humanos e o ambiente, buscando um equilíbrio harmônico onde o respeito aos direitos fundamentais seja prioridade. Não obstante, existem situações práticas no direito brasileiro em que a relação homem-natureza marca-se pela

separação, não integração, ocasionando conflitos entre direitos e uma visão reducionista dos problemas sociais e ambientais.

3. TENSÃO ENTRE O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE E O DIREITO À MORADIA: O CASO DA COMUNIDADE PORTELINHA, SÃO LUÍS/MA/BRA

O paradigma do antropocentrismo alargado, presente no artigo 225 da CRFB/1988, busca atribuir maior proteção ao meio ambiente, visando consolidar um ambiente mais justo às presentes e futuras gerações. Não obstante, existem situações em que a prática do direito ambiental brasileiro distancia-se de uma visão mais igualitária na relação homem-natureza, como na instituição de áreas territoriais especialmente protegidas, resultando em tensões com outros direitos, a exemplo do direito à moradia.

O art. 225, §1º, III, CF/1988, ao prescrever meios para efetivar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, determina que o poder público pode “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidas” — tratam-se de áreas territoriais especialmente protegidas. Para a presente análise, tais áreas serão consideradas gênero, sendo espécies a área de preservação permanente (APP), reserva legal florestal e unidade de conservação (UC)⁴ (SIRVINSKAS, 2010, p. 527).

Machado (2014, p. 872–873) destaca que as APPs têm cinco características essenciais: 1. são áreas, não vegetação; 2. são áreas protegidas constitucionalmente; 3. possuem proteção permanente, não episódica; 4. possuem funções ambientais específicas e diferenciadas; 5. a supressão da vegetação obriga a recomposição da mesma. Neste compasso, são áreas ambientalmente relevantes e sua vegetação deve ser preservada, sendo destinadas exclusivamente à sua função ecológica, vedando-se seu uso econômico direto (SILVA, 2012, p. 311–312).

4 Diante da amplitude que a definição de áreas territoriais especialmente protegidas pode assumir, nos restringimos aqui à análise daquelas instituídas para proteção do meio ambiente. De forma específica, o caso concreto analisado trata das APPs. Conforme será analisado, traçamos um paralelo entre esta e as UCs, tendo em vista que, no caso concreto analisado, existe certa aproximação com as pretensões de conservação pela administração pública.

Diferentemente, segundo Diegues (2008, p. 17–18), as Unidades de Conservação consistem em um modelo transplantado para o Brasil, que segue a lógica de criação de parques e reservas voltadas para a conservação da natureza, visando proteger “espaços com atributos ecológicos importantes”. Reflete para o autor o naturalismo reativo, consistindo em um mito, visto a presunção de regiões naturais em estado puro. Ademais, apresentar tal modelo resulta em problemas de caráter ético, social, econômico, político e cultural, visto que os espaços considerados vazios são ocupados por diferentes populações.

Diegues (2008, *passant*) direciona suas críticas especificamente às unidades de conservação, mas é possível fazer um paralelo em relação a áreas de preservação permanente, pois em algumas situações, a aplicação prática do direito ambiental resulta no caráter de conservação dos atributos ecológicos, desconsiderando-se a ocupação por diferentes populações. Destarte, observa-se o distanciamento entre o homem e a natureza, podendo-se, teoricamente, garantir a manutenção das capacidades ecológicas da área, mas, da mesma forma, aprofundar outros problemas sociais.

Neste sentido, a instituição de áreas protegidas pode resultar em problemas em relação ao impacto político-territorial e fundiários (DIEGUES, 2008, p. 21). O caso da Portelinha exemplifica a problemática envolvendo áreas protegidas e o aprofundamento de problemas sociais e políticos — o que reflete a tensão entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à moradia.

A Portelinha é uma comunidade formada a partir da necessidade de um local próprio para moradia. Trata-se de uma ocupação em manguezal⁵⁻⁶, considerada APP no Brasil, na qual habitam pessoas de classe baixa e geralmente em palafitas. Em visitas realizadas na área, por membros do Programa de Assessoria Jurídica Universitária Popular — PAJUP, observaram-se diversas demandas envolvendo acesso à saúde, à educação, à segurança

5 Art. 3º, XIII, Lei 12651/2012 — manguezal: ecossistema litorâneo que ocorre em terrenos baixos, sujeitos à ação das marés, formado por vasas lodosas recentes ou arenosas, às quais se associa, predominantemente, a vegetação natural conhecida como mangue, com influência fluviomarinha, típica de solos limosos de regiões estuarinas e com dispersão descontínua ao longo da costa brasileira, entre os Estados do Amapá e de Santa Catarina (BRASIL, 2012).

6 Sobre os mangues, Machado (2014, p. 880) destaca: “os manguezais são considerados APPS em toda sua extensão. [...] É de se considerar a opinião da ciência que aponta os manguezais como berçário da vida nas zonas litorâneas. [...] A APP referente aos manguezais é passível de exploração de seus produtos, sendo notório que muitas pessoas sobrevivem da coleta de caranguejo encontrados nesses ecossistemas, sem que haja dano ambiental”. Não obstante, a questão referente à moradia é mais sensível.

e à moradia. A proteção da moradia constitui demanda importante da comunidade, tendo em vista que uma visão estritamente legalista impediria a manutenção dos moradores na localidade, resultando ou no remanejamento ou no despejo dos mesmos⁷ (PAJUP, 2015a; PAJUP, 2015b).

Este fenômeno de ocupação relaciona-se com a “segregação espacial” descrita por Rolnik (2004, p. 41), dizendo respeito ao “movimento de separação das classes sociais e funções do espaço urbano”. A ocupação de tais áreas supera a simples problemática de apropriação de um espaço vazio. Diz respeito, principal e inicialmente, a uma questão social na qual determinados grupos de pessoas não possuem dignidade em sua própria moradia. Ou seja, não se pode recorrer somente ao legalismo para entender a ocupação como uma prática que fere o Código Florestal e a Constituição, pois existe um problema social.

Aqueles que habitam na comunidade, construíram suas casas e se adequaram ao meio em que vivem por não possuírem o correto acompanhamento do poder público. Observa-se, deste modo, uma organização de cidade em que existe uma segregação, não somente em razão dos espaços e dos grupos sociais, mas também ocasionada pela “desigualdade de tratamento por parte das administrações locais” (ROLNIK, 2004, p. 42).

Neste sentido, Viana (2000, p. 549) destaca:

Apesar das inconveniências, mas devido aos altos custos dos terrenos e edificações, os excluídos — os grupos mais pobres — são tangidos para espaços impróprios à habitação, tais como encostas íngremes, várzeas inundáveis, beiras de rios e cursos d’água, nos vazios junto aos mananciais, sendo as edificações feitas com materiais precários e para agravar, invariavelmente distantes dos postos de trabalho.

Ademais, o risco ambiental referente às moradias próximas a cursos d’água, atreladas a condições socioeconômicas ruins e a riscos ambientais, revela grandes desigualdades no “acesso à cidade” que diferentes grupos sociais possuem — neste sentido, os movimentos de moradia possuem clara relação

7 Estas formas de ocupação são envoltas de diversas problemáticas. Neste sentido, existem diversos danos ambientais que podem ser verificados, o que não justifica necessariamente, como será exposto, a remoção da população da área. Neste sentido, pode-se destacar: “ocupação desordenada do solo, causando desmatamento da vegetação, movimentação de terra, contaminação hídrica em razão do despejo de esgoto a céu aberto, erosão, parcelamento do solo sem padrões urbanísticos adequados, ausência de infra-estrutura-urbana e perda de percentual verde” (STEIGLEDER, 2011, p. 51).

com a busca de solução das questões ambientais (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 68).

Esta situação é constatada na comunidade Portelinha, mas não significa que a fixação da população na área deva manter necessariamente as péssimas condições ambientais, pois é possível o desenvolvimento de políticas públicas voltadas para a educação e para a sustentabilidade ambiental. Não obstante, a simples impossibilidade formal de ocupação da área, distancia-se de uma possível convivência harmônica com a natureza e aprofunda as situações de exclusão e segregação urbana.

Entretanto, independentemente da localidade, deve o poder público garantir o direito à moradia, que tanto é previsto no art. 6º, da CRFB/1988, quanto se relaciona, conforme Sarlet (2000, p. 340), com o princípio da dignidade da pessoa humana, devendo haver a satisfação de necessidades básicas. Neste aspecto, observa-se uma íntima relação (e não exclusão) do atendimento ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, envolvendo, por exemplo, o “acesso a serviços e infraestrutura, gozo de direitos sociais e ambiente urbano sadio” (LEITE, *et al*, 2015, p. 262).

A proteção do meio ambiente, sem conexão com as demais problemáticas sociais, resulta não nas soluções de situações de injustiça, mas sim no seu aprofundamento. A ocupação, de acordo com a legislação vigente, é irregular e ilegal, descartando-se qualquer possibilidade de integração do homem com a natureza. No caso em questão, a Blitz Urbana municipal atribuiu à comunidade a condição de ilegalidade e a responsabilidade pelos danos ambientais existentes na região — apesar daqueles causados por empreendimentos imobiliários na área. Não obstante, existem possibilidades de integração entre o homem e a natureza na medida em que as práticas e as identidades praticadas reflitam num cuidar do ambiente.

Necessita-se, destarte, uma convivência harmônica, como na natureza enquanto projeto, pois se o homem está relacionado com a natureza, ele mesmo é a natureza e se, ao contrário, a natureza se cultivou, é porque o desenvolvimento da vida produziu a hominização, que lhe afeta (OST, 1997, p. 284).

Nas ocupações de mangues, segundo Vannucci (2002, p. 120), “o habitante tradicional dos manguezais parece ter aprendido a ordem particular de seu mundo na sinfonia da natureza”, sendo possível a moradia nessas áreas. Solucionar o conflito jurídico da comunidade Portelinha por meio do despejo ou deslocamento, em razão da ocupação de área protegida, é negar patentemente a

possibilidade de uma relação harmônica à população da área e o ambiente em que vivem.

Com isso, uma relação homem-natureza pautada pela dialética, que rompe com a pura e simples conservação da natureza e busca possibilitar a convivência harmônica entre homem e natureza. Assim, intenta solucionar satisfatoriamente os conflitos existentes e integrar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a outros direitos, sem recair no aprofundamento de outros problemas — como o direito à moradia e o aumento da segregação e desigualdade urbana, tal qual observado no caso da Portelinha.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os seres humanos, por viverem em coletividade, estão constantemente se relacionando com o meio externo. A partir de tais relações, buscou-se adotar certos paradigmas que podiam, por vezes, explicar e solucionar alguns conflitos. Entre tais relações, pode-se citar a do homem com a natureza, pauta de grandes discussões. Para nortear tais situações, ao longo do tempo, várias visões foram adotadas e, em 1988, a Constituição Federal incorporou a do antropocentrismo alargado.

Inicialmente, se entendia que a natureza era um objeto e o ser humano seria o sujeito que possuía capacidade de transformá-la. Assim, a relação entre ambos era desigual o que, conseqüentemente, poderia levar a uma ineficácia do Direito frente a soluções de problemas envolvendo o meio ambiente — decorrente da redução a mero objeto para suprir as necessidades dos seres humanos. Tem-se essa ideia como característica central do economicocentrismo ou antropocentrismo utilitarista.

Por outro lado, a *deep ecology* buscou descentralizar o homem e a natureza, enxergando ambos como sujeitos que deveriam permanecer separados, desconsiderando a possibilidade de integração. Criticando tal ideia e vendo que a mesma não abarcava as transformações da relação homem-natureza, ampliou-se o conceito do antropocentrismo para o antropocentrismo alargado, em que os indivíduos poderiam conviver em equilíbrio com o meio ambiente.

Assim sendo, a CRFB/1988 incorpora, em seu artigo 225, a proteção efetiva do meio ambiente, a partir de uma necessidade de regular a relação homem-

natureza. Isso ocorreu porque se percebeu que o antropocentrismo tradicional já não era suficiente para acompanhar o desenvolvimento vivido nas últimas décadas. Dessa maneira, entendeu-se que o Direito Ambiental deveria ser um direito humano fundamental e, como tal, precisava ser resguardado não, unicamente, por sua função utilitarista.

Entretanto, percebe-se situações em que existem tensões entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e outros direitos fundamentais, como o direito à moradia, decorrente de visões restritas ou legalistas em relação à proteção ambiental. Especificamente, refere-se ao conflito decorrente da ocupação de áreas territoriais especialmente protegidas pelas suas funções ambientais.

O caso da comunidade Portelinha, acompanhada por membros do Programa de Assessoria Jurídica Universitária Popular – PAJUP, reflete tal situação. A população vive em uma área de preservação ambiental, ou seja, uma área de mangue, considerada geralmente como inapropriada para moradia. Não obstante, não se podem solucionar as questões envolvendo a exclusão urbana, reduzindo o referido problema à ótica estritamente ambiental.

Percebe-se que deve haver não uma tensão, mas sim uma integração entre os direitos fundamentais. Entende-se que direito à moradia e direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não são opostos, mas complementares, visto que a relação homem-natureza deve contribuir, não para a cisão entre ambos, mas sim para uma visão dialética, equilibrada e harmônica.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henry, MELLO, Cecilia Campello do Amaral, BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Lei n. 12651**, de 25 de Maio de 2012. Institui o Novo Código Florestal. Código Florestal. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 2012.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. São Paulo, Cultrix, 2006.

DIEGUES, Antônio Carlos. **O Mito Moderno da Natureza Intocada**. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 2008.

LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 2. ed. São Paulo, 2008. p. 151–226.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do direito ambiental e sua equidade intergeracional. **Revista de Direito Agrário**, Brasília: INCRA, ano 17. n. 6, p. 107–121, jul./dez. 2001.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LEITE, José Rubens Morato; *et al.* **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MELO, Melissa Ely. **Restauração ambiental**: do dever jurídico às teorias reparatórias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Portugal: Instituto Piaget, 1997.

PAJUP. **Relatório de visita à comunidade Portelinha (São Luís, MA) em 25 de abril de 2015**. São Luís, 2015a.

PAJUP. **Relatório de visita à comunidade Portelinha (São Luís, MA) em 06 de junho de 2015**. São Luís, 2015b.

ROLNIK, Raquel. **O que é cidade**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. **Revista Direito e Democracia**, Canoas-RS, v. 4. n. 2, p. 327–383, jul./dez. 2000.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de direito ambiental**. 2. ed. Bahia: JusPODIVM, 2012.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no Direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VANNUCCI, Marta. **Os manguezais e nós: uma síntese de percepções**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. Direito à Moradia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 95, p. 543–552, 2000.

A POLÍTICA ENERGÉTICA BRASILEIRA:
ESTUDOS PARA AMPLIAÇÃO DO
USO DAS ENERGIAS RENOVÁVEIS A
PARTIR DA EXPERIÊNCIA ALEMÃ

Amir Dervisbegovic
Polyana Barros Schwan
Zaneir Gonçalves Teixeira



INTRODUÇÃO

O presente artigo representa uma reflexão sobre o contexto energético brasileiro, a partir da experiência de cooperação com a Alemanha. Uma breve análise sobre a Lei Alemã de Fontes Renováveis de Energia (Erneuerbare-Energien-Gesetz-EEG) e a Resolução Normativa nº 482/2012 da Agência Nacional de Energia Elétrica-ANEEL será feita. Mencionaremos o acordo firmado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Federal da Alemanha, na busca de cooperação para o desenvolvimento de tecnologias relacionadas às energias renováveis.

A pesquisa bibliográfica e exploratória busca, a partir do direito comparado e da investigação da relação entre melhoria da qualidade de vida e aumento gradativo do consumo de energia na contemporaneidade, dar especial ênfase à necessidade de um sistema regulador adequado para atender as necessidades da população frente ao constante aumento da demanda energética.

Evidencia-se a importância de dirimir, no que for possível, os impactos ambientais decorrentes da intervenção antropogênica, no que se refere a produção de energia elétrica. Destaca-se ainda a relevância da pluralidade das fontes renováveis na matriz energética e da conservação de energia para que não haja uma dependência excessiva de apenas uma fonte geradora de energia elétrica.

1. BRASIL E ALEMANHA: COOPERAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

A expansão do consumo de energia, embora normalmente ligada a uma melhor qualidade de vida, bem como ao aumento da produtividade econômica¹, apresenta também diversos pontos indesejáveis. Esses reflexos negativos, frente ao aumento da demanda e do consumo, são causados por diversos impactos ambientais, além de elevados custos tanto para os investimentos necessários à elaboração de pesquisas, almejando novas fontes de energia, quanto para o desenvolvimento de tecnologias cada vez mais eficientes. Vale ressaltar que o

1 Goldenberg e Lucon (2011, p. 43) destacam porém que os parâmetros entre desenvolvimento econômico e consumo de energia não estão unidos de forma indissolúvel.

fomento por melhores alternativas torna-se crucial frente aos diversos problemas ambientais decorrentes, especialmente, da intervenção antropogênica no meio ambiente após a Revolução Industrial. Como destacam Goldenberg e Lucon (2011, p. 112):

Em um curto espaço de tempo (os cerca de 150 anos após a Revolução Industrial) os impactos ambientais de origem antropogênica se tornaram comparáveis aos causados por efeitos naturais por sua magnitude. Tais problemas são extremamente importantes hoje: nas considerações do cientista russo Vernadsky: homem se tornou uma força de proporção geológica. Para se ter uma idéia, as forças naturais (como vento, erosão, chuvas, erupções vulcânicas) movimentam cerca de cinquenta milhões de toneladas de materiais por ano. Os atuais seis bilhões de pessoas na face da Terra consomem em média oito toneladas de recursos minerais por ano, movimentando algo em torno de 48 bilhões de toneladas. Há um século a população era de 1,5 bilhões e o consumo menor do que as duas toneladas *per capita*: o impacto total era dezesseis vezes menor. Como resultado, novos tipos de problemas ou áreas de interesse no campo ambiental se tornaram objeto de estudo e de preocupação.

Assim surge a premência de um Estado com um sistema normativo regulador operativo e articulado, com o intuito de dirigir não só a expansão da demanda energética, mas também o consumo sustentável.

O tema revela-se atual e de importância ímpar ao analisarmos que há uma tendência ao aumento do consumo energético em escala nacional e mundial, ao mesmo tempo em que surgem sinais de esgotamento dos recursos não renováveis utilizados como fonte de energia.

Nessa toada, parcerias para o desenvolvimento tecnológico tornaram-se imprescindíveis, visto que, de um lado, o Brasil figura como detentor de vasto potencial de exploração de recursos primários, mas carece de pesquisas em busca de expansão, otimização e inovação de tecnologias, ao passo que a Alemanha possui expertise tecnológica e um sistema normativo eficaz no âmbito das energias renováveis. A cooperação internacional, alavancada como ponto estratégico para a consolidação da pesquisa, torna-se fundamental, até mesmo porque a busca pela autossuficiência e por novas tecnologias geram riscos ambientais (previsíveis ou imprevisíveis), podendo ser dirimidos com o compartilhamento de experiências.

Neste sentido, o Decreto nº 7.685/2012, que promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Federal da Alemanha sobre Cooperação no Setor de Energia com foco em Energias Renováveis e Eficiência Energética, firmado em 2008, faz-se notável, tendo em vista que a forma de produção e utilização da energia é motivo de muitos impactos ambientais. Assim:

O consumo de energia é a principal origem de grande parte dos impactos ambientais, em todos os níveis. Em uma escala micro, é o caso das doenças respiratórias pelo uso primitivo da lenha. Num nível macro, é a principal fonte das emissões de gases de efeito estufa, que intensificam as mudanças climáticas e causam perda da biodiversidade. Em algumas situações a energia não tem um papel dominante, mas ainda assim é importante: é o caso, por exemplo, da degradação costeira e marinha devida, em parte, a vazamentos de petróleo e outros desastres ambientais” (GOLDENBERG; LUCON, 2011, p. 112).

Ressalta-se ainda que produzir energia a preços competitivos, reduzindo também os impactos ambientais, exige não apenas condições econômicas favoráveis ou naturais mínimas, mas também a opção por estratégias eficazes.

2. ESTADO E POLÍTICA ENERGÉTICA NO BRASIL

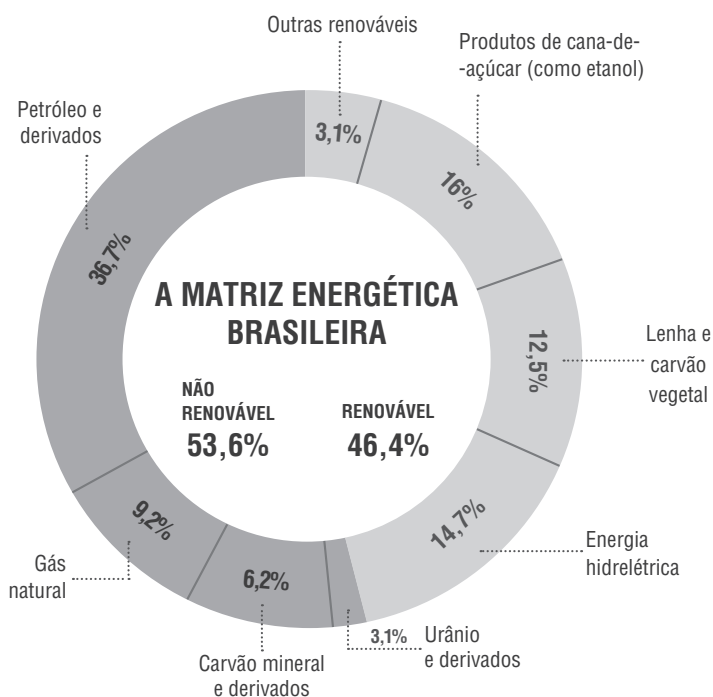
O governo brasileiro tem concentrado seus objetivos no crescimento econômico, neste sentido, políticas públicas devem estar à frente da expansão energética, cabendo ao Estado gerenciar o crescimento, de forma que os interesses sociais sejam prioritários frente ao setor privado. O racionamento de energia elétrica, nos anos de 2001 e 2002, impulsionou a premência do Estado em garantir infra-estrutura para promover o desenvolvimento econômico e social no Brasil, tornando evidente que as demandas à época não estavam sendo supridas, necessitando de viabilizações para atingir os projetos de ampliações futuras.

Em tal conjuntura deu-se, respectivamente, através da promulgação das Leis 10.847/2004 e 10.848/2004, a criação da Empresa de Pesquisa Energética (EPE) e a construção de um novo modelo do setor de energia elétrica. Conciliar a pesquisa, a exploração, o uso e o desenvolvimento dos insumos energéticos em

uma política nacional consolidada e ajustada com as orientações do governo, bem como em sintonia com as necessidades do país, passaram a ter ênfase no novo modelo. As metas principais desse novo modelo estão relacionadas com a garantia da segurança do fornecimento da energia, além do estímulo à modicidade tarifária e à inserção social (Programa Luz para Todos).

Em relação à matriz energética brasileira, estudos empreendidos pela Empresa de Pesquisa Energética (BRASIL, 2008) mostraram que 46,4% da mesma, advém de fontes renováveis (figura abaixo). Este foi o maior índice já atingido, uma vez que os dados da mesma fonte, no ano de 2015, mostram um percentual de 43,5 % para as renováveis (BRASIL, 2015).

Figura 1: Matriz Energética Brasileira



Fonte: empresa de pesquisa energética

Especificamente em relação ao setor elétrico, a predominância da matriz energética de origem renovável é advinda de hidrelétricas. Mesmo assim, o potencial brasileiro na produção de energia por essas fontes ainda não é suficientemente aproveitado, nem tampouco há uma grande diversificação, embora seja observada uma evolução, neste sentido, nos últimos anos. A diversificação se faz imprescindível, tendo em vista que quando há uma crise gerada, por exemplo, por falta de chuvas, a energia torna-se mais cara com a ativação das termelétricas. Além do impacto ao valor tarifário, esta medida causa também impactos negativos no ecossistema.

Ainda sobre o novo modelo criado em 2004, ressalta-se que houve uma desverticalização da ação das empresas, havendo, assim, uma proibição de uma mesma empresa poder controlar e atuar na geração, transmissão e distribuição de energia. Neste novo modelo, também observamos uma convivência de empresas estatais e privadas atuando neste setor, havendo também competição na geração e na comercialização. Os preços no ambiente livre podem ser livremente negociados, podendo ocorrer tanto na geração, como na comercialização. Já no ambiente regulado, é feito por licitação pela menor tarifa e leilão. As sobras, ou *déficits* do balanço energético, são liquidados na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), ou por Mecanismos de Compensação de Sobras e *Déficits* (MCSD) para as distribuidoras.

Duas formas para celebrar contratos de compra e venda de energia elétrica foram também instauradas neste período: a primeira, reservada para empresas geradoras e distribuidoras, denominada de Ambiente de Contratação Regulada (ACR), e a segunda, para empresas geradoras e comercializadoras, bem como para importadores e consumidores livres, intitulada de Ambiente de Contratação Livre (ACL).

Por fim, outro aspecto importante é a Eficiência Energética, que está inserida no Plano Nacional de Energia. A projeção da eficiência no uso da energia compreende dois tipos de progressos, o autônomo e o induzido. O progresso autônomo versa sobre a dinâmica natural de aumento da eficiência e está relacionado tanto a programas e ações de conservação, como por modificação tecnológica. Já o progresso induzido trata do estabelecimento de programas e ações específicas, dirigidos a determinados setores e reverberando políticas públicas.

O tema torna-se interessante, pois as concessionárias de energia elétrica, por exemplo, tem suas receitas advindas da venda de eletricidade, e por isso medidas de eficiência representam, a priori, diminuição dos lucros. E para que os interesses sociais se façam notórios é que surge a importância das diretrizes advindas do Estado, de forma que os estímulos do uso eficiente de energia sejam concretizados, seja através de ações educativas, seja através do investimento em equipamentos e instalações. A legislação, por exemplo, determina que as distribuidoras de eletricidade designem 0,25% de sua receita operacional líquida a programas e ações que fomentem a eficiência energética.

3. O EXEMPLO DA ALEMANHA NA REGULAÇÃO DO USO DAS ENERGIAS RENOVÁVEIS

Como uma nação industrial clássica, a demanda de energia da Alemanha foi principalmente atendida por combustíveis fósseis. Mas nos últimos 15 anos isso vem mudando: atualmente, um quarto do consumo de energia elétrica é fornecido por energia renovável. O principal incentivo para esse desenvolvimento foi a Lei Alemã de Fontes Renováveis de Energia (EEG), que previu a distribuição privilegiada de eletricidade a partir de fontes renováveis de energia e garantias de tarifas fixas de alimentação, que são também os principais conceitos e instrumentos do acordo. Essa lei, adotada em 01/04/2000, teve como principais objetivos apoiar usinas de geração de energias renováveis que, na verdade, não seriam rentáveis, e aumentar a quota dessas energias renováveis por este meio. Essa lei foi alterada em 2004, 2009, 2012 e 2014. Em 2012, mais instrumentos de integração ao mercado foram inseridos e outros estão sendo intensamente discutidos pela classe política alemã na atualidade.

A implementação da lei apresenta aspectos políticos e econômicos. Em primeiro lugar, porque o objetivo principal é o de tornar-se independente do uso dos combustíveis fósseis, pois o Estado Alemão não deve ser influenciado em suas decisões políticas pelos países que exportam combustíveis fósseis. Além disso, sabe-se, é claro, que os combustíveis fósseis irão ficar cada vez mais caros e que a economia precisa de uma solução a longo prazo. Em segundo lugar, a transição para energias renováveis é o caminho para maior sustentabilidade ecológica, desta forma, as emissões de CO₂ podem ser minimizadas.

Essa lei tem um grande impacto sobre a economia de energia. O operador de rede, por exemplo, além de integrar os equipamentos de energias renováveis com a rede de distribuição, tem que comprar a energia renovável produzida de forma privilegiada com uma tarifa fixa. Esse mecanismo proporciona segurança, excelente planejamento e viabilidade financeira para o operador da tecnologia de energia renovável. A duração do feed-in-tarifário é de 20 anos (o que equivale à vida útil das usinas eólicas e painéis fotovoltaicos).

Hoje em dia, o maior problema é o alto custo da EEG: 23.58 bilhões €. Em 2013, tiveram que ser financiados pelo consumidor, o que resultou em adicionais 6,24 € por kWh, a chamada taxa de realocação na conta de energia. Recentemente, muitos políticos reforçaram que os custos para o consumidor não devem subir mais e que os produtores de energias renováveis devem participar de pelo menos alguma competição de mercado. Porém a implementação da energia renovável deve continuar, e a EEG é ainda assim considerada um sucesso. Em 2012, algumas mudanças ocorreram, principalmente, relacionadas com a diminuição das restituições e a implementação de mais instrumentos de integração no mercado. Esta foi uma reação contra os altos custos, e também causou alguns desconfortos para os investidores que são sensíveis a ações de curta-atuação e mudanças no cenário.

Também há discussão acerca da condição privilegiada concedida às indústrias de energias e ferrovias, que são totalmente ou parcialmente liberadas do pagamento das tarifas, o que leva a mais custos para o consumidor privado. Além disso, o sistema fica obviamente abusivo à medida que mais empresas ficam isentas de suas responsabilidades.

A rápida ascensão da energia renovável provoca também uma tensão na rede e nos produtores mais conservadores de energia. A penetração das energias renováveis flutuante representa uma tensão para a rede e, muitas vezes, a energia precisa ser vendida para o mercado externo. Os produtores de energia conservadora têm prejuízos. Como eles não podem alimentar em plena carga, obtêm ineficiência devido à mudança das mesmas.

Três novas grandes mudanças ocorreram na reforma da EEG em 2014, todas relativas aos aspectos de eficiência econômica da integração das energias renováveis à rede. Assim, previu-se o abrandamento do aumento dos custos para os consumidores privados e a consequente redução de subsídios. Também se tornou necessário o controle da expansão das energias renováveis por quantidade e tipo de energia (antes dessa alteração, não havia limite para a

quantidade de energia de fonte renovável que deveria ser instalada). Atualmente, foram determinadas as capacidades máximas por ano. Se este montante for ultrapassado, o chamado “*breathing cap*” (“*atmender Deckel*”) entra em ação, o que significa que os subsídios para as fontes serão reduzidos. Por fim, definiu-se uma exposição da energia renovável a maiores riscos de mercado. Para a energia renovável se tornar mais competitiva, os operadores de novas grandes usinas de energia renovável terão que dispor a eletricidade produzida no mercado por conta própria e não depender mais apenas da compra a tarifas fixas. Ao invés da determinação das tarifas de subsídio ser definida por uma administradora, os subsídios devem, a partir de 2017, ser determinados por propostas. Desta forma, as tarifas devem representar o mercado de forma mais precisa.

Podemos observar que a EEG tem duas fases e está mudando nos últimos anos, de um sistema administrativo com tarifas fixas (primeira fase) para um sistema mais eficaz em termos de custos do mercado que utiliza propostas e outros instrumentos competitivos (segunda fase). Isto deve resolver o problema de custo e expor os operadores de energia renovável a mais riscos econômicos. Pelo controle da expansão das energias renováveis, a ênfase é colocada sobre as tecnologias mais rentáveis e em uma expansão constante, para que as redes possam se adaptar a um melhor desenvolvimento.

Estas alterações da EEG não significam que a lei foi um fracasso, muito pelo contrário. A EEG é a razão para a grande expansão das energias renováveis e da grande redução de custos das tecnologias (ou seja, redução de custos da energia fotovoltaica em 80%). Agora que a tecnologia está competitiva, é pertinente que seja exposta ao mercado. Assim, ambas as fases foram importantes e poderiam ser um exemplo para o Brasil.

4. RESOLUÇÃO NORMATIVA Nº 482/2012 DA ANEEL

No caso do Brasil, embora boa parte da matriz energética do setor elétrico seja advinda de fontes renováveis, o governo não deve se eximir da necessidade de expandir ainda mais o uso dessas fontes, de forma plural e com tecnologias eficientes.

As previsões de consumo elétrico só tendem a aumentar e por isso faz-se necessária a motivação do consumidor na produção de energia, o que se deu com

a Resolução Normativa nº 482/2012 da ANEEL. Sendo assim, após conhecer o modelo alemão, faremos uma breve análise deste diploma normativo, que estatui condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração, distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica, bem como dispõe sobre o sistema de compensação de energia elétrica. Nesse sentido, nos termos do artigo 2º da Resolução, são estabelecidas as seguintes definições:

I. microgeração distribuída: central geradora de energia elétrica, com potência instalada menor ou igual a 100 kW e que utilize fontes com base em energia hidráulica, solar, eólica, biomassa ou cogeração qualificada, conforme regulamentação da ANEEL, conectada na rede de distribuição por meio de instalações de unidades consumidoras;

II. minigeração distribuída: central geradora de energia elétrica, com potência instalada superior a 100 kW e menor ou igual a 1 MW para fontes com base em energia hidráulica, solar, eólica, biomassa ou cogeração qualificada, conforme regulamentação da ANEEL, conectada na rede de distribuição por meio de instalações de unidades consumidoras.

As fontes de energia conjecturadas nesta Resolução Normativa são a solar, eólica, hidráulica, biomassa ou cogeração qualificada. Ressalte-se que a definição de cogeração está no art. 3º, inciso I, da Resolução nº 235/2006 da ANEEL que é o “processo operado numa instalação específica para fins da produção combinada das utilidades calor e energia mecânica, esta geralmente convertida total ou parcialmente em energia elétrica, a partir da energia disponibilizada por uma fonte primária”.

Embora seja da competência da distribuidora a realização dos estudos necessários para a integração da microgeração e minigeração distribuída na rede, sem demais ônus para o consumidor que a deseje instalar, a solicitação de acesso, por este, deve ser formalizada, devendo conter o projeto das instalações de conexão.

Ao consumidor interessado, incumbe responder pelos custos necessários às adequações do sistema de medição da energia produzida. Destaca-se também que ele não será remunerado pela distribuidora, mas terá seu consumo compensado, em um sistema denominado de Sistema de Compensação de Energia Elétrica:

a energia ativa gerada pela sua unidade consumidora compensa o consumo de energia elétrica provida pela distribuidora.

O sistema é desenvolvido de acordo com algumas diretrizes, sendo algumas delas as seguintes: os créditos de energia podem ser compensados quando a energia produzida pelo acessante for maior do que a consumida. A possibilidade de compensar expira em trinta e seis meses após a data do faturamento, não fazendo jus o consumidor a qualquer forma de compensação após o seu vencimento, sendo revertidos em prol da modicidade tarifária; a utilização dos créditos de energia que não forem compensados na própria unidade também podem ser compensados em outras unidades de consumo, porém, elas devem estar devidamente cadastradas para esta finalidade.

A utilização do sistema de compensação de energia elétrica utilizado no Brasil não torna este modelo motivador. Se no lugar do sistema de compensação houvesse uma remuneração para quem produz energia, gerando assim um retorno financeiro garantido, seria mais viável para o produtor.

De acordo com o sistema implantado, fica claro que a aderência ao sistema somente é valorada por aqueles que detêm mais de uma unidade consumidora sob a mesma distribuidora, pois o consumidor é condicionado a pagar pelos custos de indisponibilidade do sistema ou da demanda contratada, mesmo que produza mais energia do que efetivamente consumiu dentro de um ciclo de faturamento. Torna-se difícil o sistema para qualquer interessado, e fica claro que este destina-se não a todos, mas àqueles consumidores de médio e grande porte.

Neste sentido, fica claro que não se pode prever o retorno financeiro, observa-se que o mesmo também não é garantido, nem tampouco certo. A energia excedente produzida pelo consumidor será proporcionada à distribuidora em um momento inicial. O eventual retorno financeiro ocorrerá em um momento futuro, através do sistema de compensação.

A resolução limita ainda o desenvolvimento de novas tecnologias, ao passo que compensa apenas determinados tipos de micro e minigeração, distribuída advindas de determinadas fontes renováveis, visando aqui o menor custo-benefício. Neste pensamento, observa-se que há uma perda quanto à oportunidade de incentivar tecnologias mais eficientes, com o intuito de promover o potencial que as condições do próprio país oferece.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A situação energética do Brasil e da Alemanha é bem diferente. Enquanto a Alemanha como uma nação industrial clássica, é muito dependente dos combustíveis fósseis, o Brasil já cobre sua demanda de eletricidade em cerca de 86,6% com energia renovável e seu consumo de energia primária em cerca de 46,4% de energia renovável. Mesmo assim, ainda existem alguns pontos no Brasil a serem considerados.

Cerca de 80% do consumo de energia é atendido por energia hidrelétrica, mas como existem dificuldades com o fornecimento de energia das usinas hidrelétricas (que produzem mais energia e, portanto, têm um grande impacto sobre a segurança de distribuição), o complexo de usinas deve ser diversificado, utilizando outras energias renováveis. A Alemanha poderia partilhar sua vasta experiência, especialmente sobre energia eólica *offshore*, e pode ser um exemplo para a implementação técnica e do sistema de subsídio.

Se os combustíveis fósseis têm de ser utilizados, especialmente como uma tecnologia de reserva, o Brasil deveria considerar a utilização do gás natural, com uso de calor e energia combinados ou como plantas de ciclo combinado. Esta seria a solução mais prática e ecologicamente viável, pois usinas a gás têm uma maior flexibilidade e podem reagir otimamente com a energia renovável flutuante. O uso de calor e energia combinados garante o mais alto fator de eficiência e, portanto, o uso mais eficiente do combustível.

Como não há redes de transmissões instaladas em todas as regiões do Brasil, a produção descentralizada de energia, como instalação de painéis solares e de biogás, deve ser apoiada. A EEG permitiu também que diversos setores da sociedade possam investir em energias renováveis e assim tornar-se pequenos produtores de energia, descentralizados. Nesse contexto, nos últimos anos surgiram diversas Cooperativas de Energia na Alemanha (973 no total, até 2014).

Tais Cooperativas Sociais de Energia (*Bürgerenergiegenossenschaften*), agregam cidadãos privados que investem juntos em energia renovável para sua área local. Especialmente as cooperativas, que constroem usinas de bioenergia para si, tentam alcançar a autossuficiência energética e organizar o fornecimento de calor e energia próprios, podendo, às vezes, atingir a rede.

Este é um resultado direto da EEG, que permite que os cidadãos privados possam tornar-se produtores de energia, de pequena a grande escala. Desta forma, o fornecimento de energia fica descentralizado, o que significa que se torna menos dependente da indústria de energia e, portanto, aumenta a concorrência. Também as redes de eletricidade podem ser aliviadas, porque a energia é produzida principalmente onde também é consumida. Isso pode ser um aspecto muito interessante para o Brasil, pois nem toda região do Brasil possui fornecimento de energia elétrica.

Como discutimos, a demanda de energia do Brasil vai aumentar no futuro, já que é um país emergente com grande potencial. O Brasil deve desenvolver um plano de como o aumento da demanda de energia no futuro deverá ser atendido e, portanto, um sistema de subsídio, como o alemão, poderia ser considerado. Isso poderá ajudar as pessoas e pequenas comunidades a economizar dinheiro e energia e poderá apoiar o desenvolvimento econômico e energético, especialmente nas regiões onde a energia não chega.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. BDEW. **Erneuerbare Energien und das EEG: Zahlen, Fakten, Grafiken** (2014). Anlagen, installierte Leistung, Stromerzeugung, EEG-Auszahlungen, Marktintegration der Erneuerbaren Energien und regionale Verteilung der EEG-induzierten Zahlungsströme. Disponível em: <[http://www.bdew.de/internet.nsf/id/bdew-publication-erneuerbare-energien-und-das-eeg-zahlen-fakten-grafiken-2014-de/\\$file/Energie-Info_Erneuerbare%20Energien%20und%20das%20EEG%202014_korr%2027.02.2014_final.pdf](http://www.bdew.de/internet.nsf/id/bdew-publication-erneuerbare-energien-und-das-eeg-zahlen-fakten-grafiken-2014-de/$file/Energie-Info_Erneuerbare%20Energien%20und%20das%20EEG%202014_korr%2027.02.2014_final.pdf)>. Acesso em: 25 maio 2015.

BRASIL, Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). Resolução Normativa nº 482 de 17 de abril de 2012. Estabelece as condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica, o sistema de compensação de energia elétrica, e dá outras providências. **Centro de Documentação (CEDOC)**. Disponível em <<http://www.aneel.gov.br/cedoc/ren2012482.pdf>>. Acesso em: 19 fev. 2015.

BRASIL, **Balanco Energético Nacional 2008**: ano base 2007. Rio de Janeiro: EPE, 2008. Disponível em: <https://ben.epe.gov.br/downloads/BEN2007_Versao_Completa.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2016.

BRASIL, **Balanco Energético Nacional 2015**: ano base 2014. Rio de Janeiro: EPE, 2015. Disponível em: <https://ben.epe.gov.br/downloads/Relatorio_Final_BEN_2015.pdf>. Acesso em: 04 mar. 2016

BRASIL. **Mercado de Energia Elétrica**. 2006-2015. Rio de Janeiro: EPE, 2005.

BRASIL, **PNE 2030**. Rio de Janeiro: EPE, 2007. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/PNE/20080111_1.pdf>. Acesso em: 14 maio 2015.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto nº 7.685, de 1º de Março de 2012. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Federal da Alemanha sobre Cooperação no Setor de Energia com foco em Energias Renováveis e Eficiência Energética, firmado em Brasília, em 14 de maio de 2008. **Portal de Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7685.htm>. Acesso em: 13 mar. 2015.

BRASIL, Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei 9.991, de 24 de Julho de 2000. Dispõe sobre realização de investimentos em pesquisa e desenvolvimento e em eficiência energética por parte das empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas do setor de energia elétrica, e dá outras providências. **Portal de Legislação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9991.htm>. Acesso em: 20 mar. 2015.

GOLDENBERG, José; LUCON, Oswaldo. **Energia, Meio Ambiente e Desenvolvimento**. 3. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011.



A (RE)DEFINIÇÃO DO TRATAMENTO
JURÍDICO DA ÁGUA NO SÉCULO XXI: DA
SUA TUTELA COMO UMA NECESSIDADE
HUMANA BÁSICA PARA A SUA
CONFIGURAÇÃO COMO UM NOVO DIREITO

Rogério Portanova

Thaís Dalla Corte

Talia Bárbara Tumelero



INTRODUÇÃO

O direito à água, em âmbito internacional, é considerado pouco regulamentado. As conferências, as decisões judiciais e as disposições legais mais relevantes sobre a matéria, na ordem ambiental mundial, começaram a se desenvolver com maior afinco, somente a partir do século XX. Essas, por sua vez, ganharam força apenas na década de 1990, quando a falta da água passou a atingir alguns países desenvolvidos. Contudo, mesmo diante desse contexto favorável à normatização, não se conseguiu elaborar um Contrato Mundial da Água. Já no século XXI, marcado pela grande mercantilização desse bem (já que ela é essencial não só para o consumo direto, mas também para a produção de bens e a prestação de serviços), outras perspectivas, como o direito humano à água (reconhecido pela ONU em 2010) e o direito da natureza à mesma (que emergiu no Equador, em 2008, e na Bolívia, em 2009) surgem na busca da (re) definição de seu conceito — o qual, a princípio, era sedimentado apenas como uma necessidade humana básica (nos termos do prelecionado nas Conferências de Água, como em Mar Del Plata, 1977, e em Dublin, 1992). Então, esse enfoque jurídico como humano e da natureza, passou a ser denominado de *novo* direito à água. (RIBEIRO, 2008, p. 76–110; PETRELLA, 2002, p. 121; WOLKMER; AUGUSTIN; WOLKMER, 2012, p. 123).

Convém mencionar que o direito à água, apesar de discutido internacionalmente há mais de quatro décadas, até 2010 ainda não possuía, salvo em alguns documentos, como no Comentário Geral n.º 15 do Conselho de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (2002) e em alguns tratados específicos (como aqueles sobre as mulheres, crianças, pessoas portadoras de necessidades especiais, entre outros), previsão expressa como um direito humano. Esse cenário alterou-se com a aprovação da Resolução n.º 64/292, em julho de 2010, pela Assembleia Geral e com a edição da Resolução n.º 15/9, de setembro de 2010, pelo Conselho de Direitos, ambos órgãos da ONU, os quais passaram a declará-lo.

Entretanto, a vinculação jurídica de observância e de aplicabilidade imediata pelos Estados dessas, as quais geram obrigações de respeitar, proteger e implementar o direito humano à água e ao saneamento básico, é amplamente discutida em âmbito internacional, em razão do instrumento adotado para seu reconhecimento como tal — uma resolução — ser considerado somente

uma norma de *soft law*. Dessa forma, os países desenvolvidos alegam serem elas apenas recomendações, declarações políticas. Entretanto, podem-se encontrar organizações e defensores da causa que o reconhecem como cogente, sob o argumento de que as referidas resoluções são interpretações de tratados internacionais (fontes de *hard law* no direito internacional) que já o previam. (THIELBÖRGER, 2014, p. 61; BARLOW, 2012, p. 16).

Já a forma da tutela desse microbem, enunciada pelo constitucionalismo latino-americano, fundamentada na cultura do Bem Viver, como um direito da natureza à água e um direito dela (ou seja, da água) a si mesma, representa novos rumos para a discussão da matéria. Com base numa ética biocêntrica, esses direitos vão além, na sua forma de construção e no seu conteúdo normativo, dos direitos humanos reconhecidos em âmbito internacional. Assim, além de assegurarem os direitos dos homens à mesma, estendem-nos e dão centralidade para a *Pachamama* e para a própria água. Logo, esse é outro viés sobre o acesso à água, o qual, diferente do que se pode compreender em primeira evidência, não exclui o ser humano desse direito, a despeito de retirá-lo do enfoque principal.

Ademais, as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) proíbem, expressamente, a sua privatização, o que ainda não se conseguiu prever em documentos internacionais que tratam do tema (caso das Resoluções acima expostas da ONU). Nesta senda, importa destacar que, apesar desta realidade ainda se encontrar distante da ordem internacional, por estar centrada em outras premissas, como a *deep ecology* e o pluralismo, acaba por permitir a reflexão das crises da água, da justiça em seu acesso e da atuação do Direito em relação à mesma sob outras bases, visando a ampliação da percepção ambiental sobre o tema. (MORAES, 2013, p. 141; WOLKMER; AUGUSTIN; WOLKMER, 2012, p. 124–130).

Nesse contexto, esse artigo, no ramo das Ciências Jurídicas e Sociais, insere-se, entre outras, nas áreas do Direito Hídrico, do Direito Ambiental, do Direito Constitucional e do Direito Ambiental Internacional. Ainda, destaca-se que a presente pesquisa adota uma visão ecocrítica — sistêmica, ecológica e interdisciplinar — sobre o direito à água, pois articula seus elementos aos de outras ciências como, por exemplo, a biológica, a sociológica, a econômica etc., com o escopo de que, além e por intermédio delas, obtenha-se uma melhor compreensão do assunto. Para tanto, em relação ao método de abordagem, adota-se o indutivo.

Dessa forma, é a problemática deste estudo: no século XXI, o direito à água redefiniu-se? A hipótese para ela é de que podem-se verificar mudanças em sua materialização (ainda que essas não estejam finalizadas), em especial frente ao direito humano e ao direito da natureza à água. Assim, objetiva-se avaliar o direito à água perante os recentes acontecimentos, nacionais e internacionais, ocorridos na área. Em relação às técnicas de pesquisa, emprega-se a bibliográfica e a documental. Nesses termos, diante da metodologia exposta, passa-se à investigação da regulamentação do direito à água em âmbito internacional.

1. DA ABUNDÂNCIA À CRISE: O DIREITO À ÁGUA EM ÂMBITO INTERNACIONAL ENQUANTO UMA NECESSIDADE HUMANA BÁSICA

A declaração do direito humano à água é, historicamente, permeada de controvérsias. Nesse contexto, podem-se encontrar menções ao direito à água em poucas declarações de conferências¹ e de fóruns² sobre o meio ambiente e sobre os recursos hídricos. Entretanto, até a Rio + 20 (2012),³ o reconhecimento

1 Principais conferências internacionais de águas: Mar Del Plata (1977), Dublin (1992), Noordwijk (1994), Paris (1998) e Boon (2001). Convém mencionar que as Conferências Internacionais sobre Meio Ambiente promovidas pela ONU, como Estocolmo (1972), Eco-92 (1992), Rio+10 (2002), Rio +20 (2012), entre outras, também possuem disposições sobre a água. (RIBEIRO, 2008, p. 75–106).

2 O Fórum Mundial da Água (FMA) é um evento de iniciativa do Conselho Mundial da Água, um órgão independente, caracterizado como um *stakeholder* (parte interessada), sendo realizado de três em três anos, desde 1997, encontrando-se em sua oitava edição. Contudo, críticas são feitas aos FMAs, nos seguintes termos: “[...] teoricamente, eles existem para facilitar o diálogo entre os vários depositários e proporcionar uma administração mais sustentável dos recursos de água. Mas, um olhar mais minucioso revela que eles promovem a privatização e a exportação de recursos e serviços de água por meio de vínculos estreitos com corporações de água e instituições financeiras globais”. (BARLOW, 2015, p. 37–40).

3 Em 2012, novamente no Rio de Janeiro (Brasil), promoveu-se a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (CNUDS), denominada, também, de Rio +20, que é considerado o maior evento já realizado pelas Nações Unidas, na temática ambiental. Ao seu término, entre outros, houve a publicação do documento “O Futuro que Queremos”, que, assim como durante o evento, tratou, expressamente, de questões relacionadas à água. Vários assuntos sobre ela foram abordados, como a importância do saneamento básico em sua gestão, a governança hídrica etc., mas aquele que ganhou maior destaque foi o direito humano à água. Convém salientar que o processo para a inclusão do direito humano de acesso à água e ao saneamento básico, na declaração final não foi nada fácil. Correu-se o risco dele não constar na declaração final, pois na sua minuta, esboço do documento

do direito à água em seus textos era objeto de polêmica, sendo definida, de forma simplista, como o enunciado na Declaração de Mar Del Plata (1977)⁴ e no texto final da Declaração de Dublin (1992): uma necessidade humana básica. A mesma situação é a encontrada em tratados, em decisões de cortes e em resoluções internacionais,⁵ os quais, ressalvados exceções, somente a partir de 2010 passaram a admitir, de forma expressa (sem mais precisar, então, seu entendimento ser realizado via derivação/inferência), a existência de um direito humano à água no século XXI. Entretanto, as Resoluções da ONU sobre o direito à água, elaboradas para sanar essa lacuna, também não são adotadas pacificamente pelos Estados, em razão da sua fonte, em tese, não ser vinculativa.

A derivação (dedução ou inferência) do direito humano à água é realizada, há muitos anos, de outros direitos previstos em importantes documentos internacionais, como da Declaração Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) (1948) e dos Pactos de Direitos Humanos (Civis e Políticos; Econômicos, Sociais e Culturais (1966)), ambos adotados pela Organização das Nações Unidas (ONU).

Nesses termos, explica-se que na Declaração Internacional de Direitos Humanos (A/RES/217), proclamada pela Assembleia da ONU em 10 de dezembro de 1948, a qual é um marco na história jurídica mundial por delinear os direitos humanos básicos e prever sua proteção universal, o direito à água não foi estabelecido expressamente. Há um motivo para isso: na época não havia uma grande preocupação internacional com a escassez de água, principalmente pelos países desenvolvidos, pois as reservas hídricas ainda eram abundantes. Logo, “se nela existe um direito à água, ele tem que ser inferido” (o que é feito

realizado antes da conferência, ele não estava presente. A própria Relatora Especial da ONU para o Direito à Água e ao Saneamento, Catarina de Albuquerque, manifestou-se pedindo que tal posicionamento (omissivo) fosse revisto e que os Estados se mobilizassem para a sua inclusão no texto oficial da conferência. Assim, os movimentos sociais, em todos os espaços da Rio+20, pressionaram os Estados pelo cumprimento da Resolução da ONU 64/292, aprovada no dia 28 de julho de 2010, o que acabou acontecendo, sendo acrescentados os itens 119 a 124 sobre o tema, na Declaração final da Conferência. Inclusive, foi nesse evento, em razão dessa mobilização, que se declarou o dia 28 de julho como o Dia Internacional da Luta Pelo Direito à Água.

4 Foi a Declaração de Mar del Plata que reconheceu, pela primeira vez, a água como um direito. É a redação do dispositivo sobre ele: “Todos os povos, seja qual for o seu estágio de desenvolvimento e as suas condições sociais e econômicas, têm direito a ter acesso à água potável em quantidade e qualidade igual às suas necessidades básicas” (ONU, 2011).

5 Neste trabalho, por delimitação do tema, não serão analisadas as convenções e os tratados referentes aos cursos de água transfronteiriços.

a partir do artigo 25, 1, da referida Declaração, que dispõe sobre um padrão de vida adequado). (BRZEZINSKI, 2012, p. 157).

Já, no Pacto de Direitos Civis e Políticos (que representa a primeira dimensão de direitos fundamentais), aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 16 de dezembro de 1966, o direito à água também não se encontra explícito, sendo, normalmente, deduzido do direito à vida, previsto no parágrafo 1º de seu artigo 6º. Entretanto, alega-se que essa derivação é insuficiente, pois o “direito à água parece não se encaixar na noção de liberdade civil, prevista por esse Pacto, campo em que o Estado deve se abster de intervir”.

Nessa senda, o direito à água passou a ser relacionado também “[...] a direitos que dependem de uma provisão de bens e serviços necessários para a vida humana”, os quais são previstos no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (segunda dimensão de direitos fundamentais). Portanto, nos artigos 11 e 12 do mencionado documento, buscou-se a inferência do direito humano à água, já que eles descrevem os direitos a um nível de vida adequado e ao maior nível possível de saúde física e mental (BRZEZINSKI, 2012, p. 158).

Nesse contexto, para os defensores da derivação do direito humano à água da Carta Universal, ele é considerado “[...] um elemento integrante de outros direitos reconhecidos, já que, sem ela, muitos dos outros direitos declarados em instrumentos internacionais não teriam sentido, nem efeito” (BRZEZINSKI, 2012, p. 158).

Por outro lado, pode-se encontrar referências expressas (ou diretas) ao direito humano à água em tratados, em observação geral e em resoluções da ONU. Há uma série de tratados internacionais (*hard law*) que reconhecem o direito humano à água. Entretanto, critica-se que esses assim o fazem apenas a alguns grupos específicos.⁶ O primeiro deles foi a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, de dezembro de 1979, a qual obriga os Estados signatários (atualmente, em número de 185, sendo o Brasil um deles), a garantirem às mulheres residentes nas zonas rurais o direito

6 Explica-se que: “Os Estados que ratificaram esses tratados, aceitaram-nos como juridicamente obrigatórios. Esses reconhecimentos são autossuficientes: o direito à água não é, apenas, implícito, mas sim, explicitamente reconhecido por eles. No entanto, todos esses tratados são limitados a determinadas pessoas. Logo, os detentores dos direitos mencionados são apenas as mulheres, apenas as crianças, apenas os detentos etc. Nenhuma dessas declarações, em sua natureza, é abrangente. Elas não se aplicam igualmente a todos os seres humanos. Nenhum deles, por si só, acaba sendo considerado como a declaração de um real direito humano à água. Esse direito, por definição, tem que ser aplicável a todos os seres humanos” (THIELBÖRGER, 2014, p. 58).

de gozar de condições de vida adequadas, particularmente em relação ao abastecimento de água (ONU, 2011).

Outro tratado de direitos humanos, o qual foi um dos mais ratificados pelos países (inclusive pelo Brasil, em 1990), que prevê o direito à água, é a Convenção sobre os Direitos das Crianças, de novembro de 1989. Nele, os Estados Partes obrigam-se a implementar os direitos das crianças à saúde, tomando as medidas necessárias para o combate de doenças e da desnutrição, mediante o fornecimento de água potável. Já a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de dezembro de 2006, foi o primeiro tratado de direitos humanos ratificado no século XXI, o qual, também, possui disposição sobre o direito à água, ao definir o direito das pessoas com deficiência a um nível de vida adequado, nos termos de seu artigo 28, 2, *a* (ONU, 2011).

Nesse contexto, refere-se que “o direito humano à água não é facilmente encontrado em tratados internacionais”. Assim, convém ser analisada a Observação Geral n.º 15 (E/C.12/2002/11), adotada em 2002 e publicada em 2003 na 29ª sessão do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, que é uma interpretação do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), na qual o direito à água encontra-se expresso. Apesar de outros comentários do referido órgão já terem anteriormente tangenciado, em seus textos, disposições sobre direito à água, o n.º 15 é considerado o mais relevante na análise da matéria, pois o confirma.

Assim, essa observação ficou reconhecida por elaborar o conteúdo normativo do direito à água, enquadrando-o em dois artigos do Pacto, o 11 (sobre um nível de vida adequado) e o 12 (sobre o maior nível possível de saúde). Ainda, delimitou os seguintes princípios como aplicáveis a ele: disponibilidade, qualidade (ou segurança), acessibilidade financeira, acessibilidade física e aceitabilidade⁷. Por fim, ela também estipulou obrigações básicas aos Estados (que devem ser garantidas por eles e que possuem efeito imediato) — de respeitar, de proteger e de implementar — em relação ao direito à água, bem como definiu que tipos de ações constituem violações suas (THIELBÖRGER, 2014, p. 61).

Nessa perspectiva, há, ainda, diversas resoluções da ONU que tratam do direito à água, sendo que, em 2010, editaram-se duas específicas sobre o direito humano à

7 Ao se tratar do direito ao saneamento básico atrelado ao direito à água, acrescem-se dois princípios ao seu conteúdo normativo: dignidade e privacidade.

mesma, visando findar as inferências interpretativas e dúvidas que pairavam sobre a existência dele. A partir de então, começou a se formatar, em âmbito internacional, uma redefinição do tratamento jurídico da água no século XXI.

2. A REDEFINIÇÃO DO TRATAMENTO JURÍDICO DA ÁGUA NO SÉCULO XXI: O NOVO DIREITO À ÁGUA

As crises da água e os interesses do mercado sobre ela, no século XXI, intensificaram-se. Diante desse cenário, o seu reconhecimento jurídico como apenas uma necessidade básica — e, portanto, não propriamente como um direito humano — demandou por uma readequação de sua tutela, a fim de que os Estados assumissem obrigações para assegurar aos homens acesso à água e ao saneamento básico (satisfazendo, assim, a relação indissociável entre quantidade e qualidade hídrica).

Nesse contexto, em 2010, a ONU editou Resoluções específicas reconhecendo o direito humano à água, as quais passaram a ser discutidas quanto à sua vinculação jurídica em relação aos países. Porém, ainda antes dessa discussão, Equador e Bolívia se anteciparam à ONU, ao reformarem seus diplomas constitucionais, respectivamente em 2008 e 2009, dispondo neles sobre o direito fundamental à água e sobre o direito da *Pachamama* (Equador) e da Mãe Terra (Bolívia) à mesma. Surge, então, o *novo direito*⁸ à água: um direito humano e um direito da natureza. É o que se passa a analisar detalhadamente.

8 Sobre os novos direitos, convém explicar: [...] o surgimento e a existência dos 'novos' direitos são exigências contínuas e particulares da própria coletividade diante de novas condições de vida e das crescentes prioridades impostas socialmente. Ainda que os chamados 'novos' direitos nem sempre sejam inteiramente 'novos', na verdade, por vezes, o 'novo' é o modo de obter direitos que não passam mais pelas vias tradicionais — legislativa e judicial —, mas provém de um processo de lutas específicas e conquista das identidades coletivas plurais para serem reconhecidos pelo Estado ou pela ordem pública constituída. Assim, a conceituação de 'novos' direitos deve ser compreendida como a *afirmação contínua e a materialização pontual de necessidades individuais (pessoais), coletivas (grupos) e metaindividuais (difusas) que emergem informalmente de toda e qualquer ação social, advindas de práticas conflituosas ou cooperativas, estando ou não previstas ou contidas na legislação estatal positiva, mas que acabam se instituindo formalmente.* (WOLKMER, 2003, p. 19–20).

2.1. O direito humano à água no século XXI: é ele juridicamente vinculante aos Estados?

Apesar de, desde 1999⁹, resoluções tratarem, ainda que não exclusivamente, do direito à água, foi somente no dia 28 de julho de 2010 que a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas reconheceu, de maneira formal, o direito humano à água e ao saneamento, mediante a aprovação da Resolução 64/292¹⁰. Por ser totalmente dedicadas a ele, é intitulada propriamente como “o direito humano à água e ao saneamento”. Em linhas gerais, sua redação dispõe que a água potável limpa e o saneamento são essenciais para a concretização de todos os demais direitos humanos. Diante desse contexto, a Resolução incentiva os Estados e as organizações internacionais, com especial atenção aos países em desenvolvimento, a destinarem recursos financeiros para o desenvolvimento de capacidades e de tecnologias com a finalidade de promover a todos o acesso à água segura, limpa e a custos razoáveis, bem como ao saneamento básico. Sem dúvida, ela é um importante marco na história jurídica da proteção ambiental da água¹¹ (ONU, 2011).

9 A título ilustrativo, convém mencionar que em dezembro de 1999, a Assembleia Geral das Nações Unidas firmou a Resolução 54/175 sobre o direito ao desenvolvimento, a qual reconheceu os direitos à alimentação e à água potável como direitos humanos fundamentais. Entretanto, assim como outras Resoluções editadas pela ONU, ela, apesar de abarcá-lo, não é um documento exclusivo sobre o direito humano à água. (ONU, 2011).

10 A proposta de tal resolução foi introduzida na 108^a sessão Plenária da Assembleia Geral das Nações Unidas, mediante representação do embaixador boliviano, Pablo Sólon. Ressalta-se que a manifestação da Bolívia, nesse sentido, está relacionada ao seu contexto histórico de lutas contra a privatização de seus serviços de água e de saneamento básico, os quais foram marcados pelo episódio, mundialmente conhecido, *Guerra del Agua* (com duração, em suas duas fases, de 1998 a 2003). (ONU, 2011).

11 Com a aprovação das Resoluções da ONU, em 2010, sobre o direito humano à água e ao saneamento básico, entende-se que: “O acesso à água limpa é agora um direito legal em vez de uma caridade ou mercadoria, e os indivíduos e os grupos podem cobrar isso de seus governos. O direito à água evita a discriminação deliberada contra comunidades vulneráveis e marginalizadas e seu abandono por governos ou autoridades locais que poderiam, de algum modo, agir para excluir tais comunidades que são vistas como indesejáveis. As comunidades empobrecidas podem assumir um papel maior na tomada de decisões porque uma implicação da resolução é a de que os governos têm de consultar as comunidades afetadas pela entrega do serviço de água e promover a conservação dos recursos de água locais. Os governos e a comunidade internacional podem ser responsabilizados agora e as instituições de direitos humanos da ONU podem monitorar a implementação dos seus compromissos e apontar publicamente quando eles não forem cumpridos”. (BARLOW, 2015, p. 41).

A Resolução n.º 64/292 foi aprovada por 122 votos favoráveis de países e nenhum contra¹². Houve apenas 41 abstenções¹³ (as quais, ressalta-se, não se confundem com votos que negam seu reconhecimento) e 29 ausências. Convém referir que, atualmente, são 192 os Estados membros da Assembleia Geral da ONU; portanto, a sua votação afirmativa foi muito expressiva, totalizando quase dois terços do total deles. Destaque-se ainda que o Brasil¹⁴ se manifestou de forma positiva à Resolução n.º 64/292, por meio de sua representante permanente à época na Organização das Nações Unidas, Maria Luiza Ribeiro Viotti (ONU, 2011).

Contudo, mesmo diante de tantas manifestações anuentes, questiona-se a força vinculativa desse instrumento (resolução) para os Estados e as implicações de sua internalização para os ordenamentos jurídicos dos países favoráveis à mesma. Enquanto a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas declara a obrigatoriedade e a necessidade da resolução ser seguida na prática pelos Estados (sob dois fundamentos: da *opinio juris* ou o de que a resolução representa a interpretação de tratados internacionais, fontes vinculativas de direito internacional, que já o previam, os quais foram destacados no item 1 deste trabalho), por outro lado, a grande maioria dos Estados (em especial, aqueles que se abstiveram) defende que ela é uma fonte de *soft law*, portanto não vinculante e sem execução direta. (BARLOW, 2015, p. 32–45; THIELBÖRGER, 2014, p. 60–71).

Para esclarecer e aprofundar essa questão, o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou em sua 15ª sessão, em setembro de 2010, a Resolução 15/9 (A/HRC/RES/15/9), que atrela o acesso à água potável e ao saneamento básico a

12 Votaram de maneira favorável: Afeganistão, Alemanha, Angola, Argélia, Argentina, Bangladesh, Bélgica, Bolívia, Brasil, Chile, China, Colômbia, Egito, França, Índia, Irã, Iraque, Líbano, Líbia, Noruega, Paraguai, Peru, Portugal, Rússia, Sudão, Suíça, Uruguai, Venezuela, entre outros. (ONU, 2011).

13 Já, entre os Estados que se abstiveram de votar, encontram-se: Austrália, Áustria, Canadá, Etiópia, Estados Unidos, Holanda, Israel, Japão, Nova Zelândia, Reino Unido, Suécia, Turquia etc. (ONU, 2011).

14 Enquanto *no Brasil*, através de um exercício hermenêutico, extrai-se da Constituição da República Federativa de 1988 um direito fundamental à água e edita-se a Lei de Águas (1997), bem como, mais recentemente, elabora-se o Plano Nacional de Recursos Hídricos (2006) e vota-se favorável à Resolução n.º 64/292 da ONU, de julho de 2010 (sobre o direito humano à água), *verifica-se que políticas correlatas a ela, como a florestal (Lei n.º 12.651/12), regredem e, ainda, que o país, em encontros internacionais, como no 6º Fórum Mundial da Água (2012), atua de forma desencontrada, negando-se a reconhecer, em documento final do evento, a água enquanto um direito humano*. Ademais, num caso de injustiça hídrica e ecológica em ocorrência na região sudeste do Brasil, o do Sistema Cantareira/SP, não se menciona e não se atua considerando a água como um direito humano-fundamental.

outro conjunto de direitos relacionados a esta categoria — como o direito à saúde física e mental, bem como com o direito à vida e à dignidade humana, entre outros (conforme dispõe seu artigo 3º) — existentes em tratados e pactos já ratificados pelos países membros, buscando garantir cumprimento imediato por parte dos signatários deles¹⁵. Logo, “o Conselho avançou mais que a Assembleia Geral”. A edição dessa resolução, adotada sem votação, teve por objetivo afirmar que “os direitos à água e ao saneamento fazem parte do direito internacional sendo legalmente vinculativos para os Estados”. Assim, apesar da controvérsia existente sobre o tema, pode-se defendê-los como judiciais e executivos (THIELBÖRGER, 2014, p. 60–61; BARLOW, 2015, p. 40; ONU, 2011).

Já no que concerne ao conteúdo da Resolução em comento, é objeto de polêmica o previsto em seu artigo 7º,¹⁶ interpretado como permissivo/incentivador à privatização dos serviços de água e de saneamento, uma vez que autoriza a execução deles por atores não estatais, o que é preocupante diante de todas as injustiças já cometidas pelas corporações neste setor. Inclusive, a Resolução vai, ao prever tal disposição, na contramão da tendência mundial de (re) municipalização dos serviços hídricos no século XXI. Ademais, necessita-se refletir cautelosamente se há uma compatibilização possível entre a gestão privada das águas e a sua implementação enquanto um direito humano — sendo que essa questão, por ser sensível, ainda não é muito enfrentada pela doutrina.

15 Os opositores sobre a vinculação da Resolução n.º 64/292 do Conselho de Direitos Humanos referem que: “enquanto entre os representantes da Assembleia Geral da ONU encontram-se presentes todos os Estados e todos eles têm direito a voto, no Conselho de Direitos Humanos, a sua configuração institucional é diferente, dispondo de, apenas, 47 membros. Logo, aceitar resoluções do Conselho como diretamente aplicáveis pode significar coagir um Estado a aceitar resoluções como juridicamente vinculativas sobre eles, sendo que, pelas quais (ou contra as quais), não tiveram a oportunidade de votar, o que viola o princípio do consentimento livre, entre outros [...]. Todas estas declarações foram elaboradas para o reconhecimento de um direito à água. Muitas delas têm excelente valor político. Elas sugerem o reconhecimento do direito de maneira explícita, identificando-o como um direito autônomo. Elas também assumiram o direito de ser um direito de todos os seres humanos, independentemente do sexo, raça ou *status* socioeconômico, tornando-se um direito abrangente. No entanto, todas elas compartilham de uma falha sob a lei internacional: são de natureza não juridicamente vinculativa sobre os Estados. São afirmações políticas, declarações de intenção, apelos globais. Isto não é para minimizar esses reconhecimentos. Muitos deles são conquistas políticas importantes. No entanto, elas devem ser consideradas, em si mesmas, inadequadas para ser a única fonte legal para o direito à água” (THIELBÖRGER, 2014, p. 60–61).

16 É a redação do artigo 7º da Resolução A/RES/64/292 da ONU: “7. Reconoce que los Estados, de conformidad con sus leyes, reglamentos y políticas públicas, pueden optar por hacer participar a actores no estatales en el suministro de agua potable segura y servicios de saneamiento y, con independencia del modo de suministro, deben velar por la transparencia, la no discriminación y la rendición de cuentas” (ONU, 2011).

Convém mencionar que outras Resoluções posteriores a essas foram formuladas por órgãos da ONU, continuando a tratar a água e o saneamento básico como humanos. São os casos da Resolução n.º 18/11, de outubro de 2011, editada pelo Conselho de Direitos Humanos sobre “o direito à água potável e ao saneamento” (18/1), da Resolução n.º 64/24, de maio de 2011, elaborada pela Assembleia Mundial da Saúde sobre a “água potável, saneamento e saúde”, etc. Contudo, deve-se considerar que, quando se trata do direito à água, não se deve enfocar apenas a questão humana, mas precisa-se também primar pelo próprio meio ambiente, o qual, assim como o homem, necessita dela para sua “vida”¹⁷. Assim, demanda-se por uma redefinição do tratamento jurídico da água como, até mesmo, um direito da natureza. É nesse sentido que países latino-americanos (Equador e Bolívia) passaram a reconhecer em seus diplomas constitucionais, além do direito fundamental à água, o direito da *Pachamama* (Equador) e da *Madre Tierra* (Bolívia) à mesma.

2.2. O direito da natureza à água no Novo Constitucionalismo Latino-Americano: as perspectivas equatoriana e boliviana

O novo constitucionalismo Latino-Americano, em linhas gerais, caracteriza-se por estabelecer a cultura do Bem viver, a qual tem por escopo a reformulação da relação do ser humano com a Mãe Terra. Em decorrência dele, inclusive, acaba-se por reconhecer à mesma valores intrínsecos e direitos. Inspirado na cosmovisão andina, plural em sujeitos e em realidades, altera-se profundamente o modo como o homem percebe e relaciona-se com a vida em todas as suas formas (inclusive, com a sua).

Ainda, deve-se atentar para o fato de que a Mãe Terra (*Pachamama*) é, nesse contexto, considerada um ser vivo. Segundo essa cultura, busca-se romper com “[...] as visões clássicas de desenvolvimento associadas ao crescimento econômico ilimitado e ao antropocentrismo”, pois são depredatórias, contrárias

17 O ser humano possui direito de acessar a água. Acontece que a natureza também precisa acessá-la para realizar diversos de seus serviços e funções ecossistêmicas, a fim de sustentar a vida no planeta. O meio ambiente, assim, auxilia na armazenagem da água no solo através da infiltração, impede, quando florestado, o desassoreamento etc. Logo, o homem precisa da água, bem como necessita que a natureza possa “acessá-la” para que o *habitat* seja mantido em equilíbrio.

ao equilíbrio do todo (de maneira sistêmica) — ou seja, à harmonia com a natureza, com os outros e consigo mesmo (MORAES, 2013, p. 191; WOLKMER; AUGUSTIN; WOLKMER, 2012, p. 123).

Além da natureza, os próprios elementos (seres) que a compõem (como a água), pela cultura do Bem Viver, passam a ser titulares de direitos. A água, em especial, além de ser vinculada à natureza, é considerada fonte de vida. Ela é concebida propriamente como um ser vivo, já que permite a continuidade da vida. Ademais, entende-se que é o ciclo hídrico o responsável por “[...] integrar os seres vivos à natureza; ainda, ele interage em todos os ecossistemas, permitindo a articulação entre a natureza e as sociedades com diferentes formas de desenvolvimento”.

Logo, “sob a perspectiva das Ciências Jurídicas e Sociais, desloca-se o eixo do ser humano, em órbita do qual gravitava e ainda gravita a ideia de direitos, para a Mãe Terra (natureza)” e seus elementos. Explica-se que “o indivíduo não é o único sujeito de direitos e obrigações” como o era na modernidade; dessa forma, deixa-se de ter “direitos exclusivamente individuais”. Logo, essa perspectiva vai além do conceito que a (pós-) modernidade confere aos direitos humanos e, portanto, é mais ampla que o próprio direito humano à água (MORAES, 2013, p. 192; WOLKMER; AUGUSTIN; WOLKMER, 2012, p. 123–127).

Nesse sentido, a Constituição do Equador (2008) declara o direito da natureza e o direito (humano) à água como fundamentais. Nela, o Estado comprometeu-se, pautado no *Sumak Kawsay*, num papel estratégico “de condutor dos interesses da *Pachamama*”, em conjunto com os povos originários e os cidadãos, a defender o patrimônio natural e a promover um modelo de desenvolvimento público-comunitário que supere a lógica do mercado na busca de uma “soberania plural”.

A gestão da água, portanto, insere-se nesse controle estatal e social. Em seu corpo, reconhece-se a água como “um patrimônio de todos os seres vivos”. Há sobre ela, apenas, um direito de usufruto (e não de propriedade); logo, sua utilização, como um direito natural, é admitida, porém sem ser possível a sua dominialidade. Nessa senda, veta-se a sua privatização (diferentemente do que é admitido pelas Resoluções da ONU de 2010 que reconheceram o direito humano à água). Ainda, “o texto constitucional relaciona a água com todos os direitos humanos e também com os direitos da natureza” (WOLKMER; AUGUSTIN; WOLKMER, 2012, p. 127–134).

Da mesma forma, é com base no Bem viver (*Suma Qumaña*) que a Bolívia positivou “a visão da água como fonte de vida, como ser vivo e sagrado, e como direito de todos os seres humanos” em sua Constituição Política (e em outros documentos, como em seu plano nacional de desenvolvimento).

No que tange ao tratamento jurídico das águas no constitucionalismo da Bolívia, ele emerge da cosmovisão que os povos indígenas possuem delas: “um elemento articulador de vida e da sobrevivência das culturas; sendo um elemento vital, para toda a natureza e toda a humanidade”. Conforme suas disposições comunitárias, plurinacionais e contra-hegemônicas, os recursos naturais são considerados patrimônios comuns. A água, nesse sentido, é declarada um direito humano-fundamental. Expressa-se, ainda, que todos têm direito de acesso à mesma, à alimentação e ao saneamento. Assim, no corpo de sua Carta Política, encontra-se um capítulo específico (5º) sobre os recursos hídricos (inserto no Título II, Parte IV)¹⁸. Contudo, convém ressaltar que, no caso da Bolívia, em contraste com o Equador, a nova Constituição não reconhece os direitos da natureza; ela apenas se refere a *Madre Tierra* (MAMANI, 2010, p. 61–62).

Apesar da importância desse enfoque ambiental de um direito da natureza à água desenvolvido pelo Equador e pela Bolívia, ele ainda não é amplamente reconhecido no Direito Internacional, no qual o próprio direito humano à água possui dificuldades de ser efetivado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, constatou-se que o direito humano à água, em sua definição, ainda precisa ser melhorado, pois está muito arraigado — apesar da ONU ter aumentado o espectro de sua incidência e buscar a obrigatoriedade de sua observância pelos Estados — no acesso individual à mesma (ao invés

18 Conforme previsões dele, cabe ao Estado promover o uso e o acesso à água com base em princípios de solidariedade, de complementaridade, de reciprocidade, de equidade, de diversidade, de sustentabilidade, entre outros. No mesmo contexto, em sua redação, prevê-se seu uso, prioritariamente, para a vida. Ainda, declarada sob a soberania do povo, estabelece-se que ela não pode ser privatizada. Menciona-se que os recursos hídricos em todos os estados, superficiais e subterrâneos, são estratégicos e não podem ser objeto de apropriação pelo mercado. Nessa senda, refere-se, também, que seus serviços estão sujeitos à concessão (MAMANI, 2010, p. 61–62).

de, por exemplo, prever uma forma sistêmica que reconheça a importância ecossistêmica e cultural dela) e na possibilidade da privatização dos sistemas de prestação de serviços hídricos. Nesse sentido, “avança-se” (no sentido de que se verificam importantes mudanças, ainda que teóricas), nos últimos anos, na tutela das águas em âmbito internacional; entretanto, ainda há muitas lutas para serem travadas e ganhas para que se implemente, efetivamente, um direito humano à água.

Por outro lado, à frente das discussões em ocorrência na ONU, o constitucionalismo Latino-Americano equatoriano e boliviano declara um novo direito à água: “o uso e o benefício à mesma não só como um patrimônio da sociedade (direito fundamental), mas como um componente essencial da própria natureza (direito da natureza)” (GUDYNAS, 2010, p. 56). Logo, essa perspectiva vai além, na sua forma de construção e no seu conteúdo normativo, do direito humano à água reconhecido em âmbito internacional, pois além de assegurarem os direitos dos homens, essas novas perspectivas estendem-nos e dão centralidade à *Pachamama* e à própria água. Ademais, as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009) proíbem, expressamente, a sua privatização, o que ainda não se conseguiu estabelecer em documentos internacionais.

Nesses termos, em resposta ao problema proposto na introdução deste estudo, afirma-se a hipótese inicialmente elaborada. Porém, salienta-se que a redefinição do tratamento jurídico da água está apenas em curso, precisando de melhoramentos e, principalmente, de implementação, a fim de que se concretize verdadeiramente um novo direito à mesma.

REFERÊNCIAS

ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL. **Constitución Política del Estado de Plurinacional de Bolívia**. 2009. Disponível em: <<http://www.harmonywithnatureun.org/content/documents/159Bolivia%20Consitucion.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL. **Constitución de La República del Ecuador**. 2008. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2015.

BARLOW, Maude. Water. In: SULTANA, Farhana; LOFTUS, Alex (Ed.). **The right to water: politics, governance and social struggles**. Nova Iorque: Earthscan, 2012. p. 15–17.

BARLOW, Maude. **Água futuro azul: Como proteger a água potável para o futuro das pessoas e do planeta para sempre**. São Paulo: M. books, 2015.

BRZEZINSKI, Maria Lúcia de Navarro Lins. **Direito internacional da água doce: fontes, regimes jurídicos e efetividade**. Curitiba: Juruá, 2012.

COMITÊ DE DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS DAS NAÇÕES UNIDAS. **Comentário geral n. 15**. 2002. Disponível em: <[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/\\$FILE/G0340229.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/0/a5458d1d1bbd713fc1256cc400389e94/$FILE/G0340229.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2015.

GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. **Tabula Rasa**, Bogotá, n. 13, p. 45–71, jul./dez. 2010.

MAMANI, Fernando Huanacuni. **Buen Vivir/Vivir Bien: filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas**. Lima: CAOI, 2010.

MORAES, Germana de Oliveira. O constitucionalismo ecocêntrico na América Latina, o bem viver e a nova visão das águas. **Revista da faculdade de direito**, Fortaleza, v. 34, n. 1, p. 123–155, jan./jun. 2013.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

ONU. **O direito humano à água e ao saneamento**. 2011. Disponível em: <http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_por.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2015.

ONU. **Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos**. 1966. Disponível em: <<http://bioeticaediplomacia.org/wp-content/uploads/2013/10/Pacto-Internacional-sobre-Direitos-Civis-e-Pol%C3%ADticos.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

ONU. **Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966. Disponível em: <<http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/>>

pacto_internacional_direitos_economicos_sociais_culturais.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2015.

ONU. **Resolución aprobada por el Consejo de Derechos Humanos 15/9:** Los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento. 2010. Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/166/36/PDF/G1016636.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

ONU. **Resolution adopted by the General Assembly on 28 July 2010: 64/292.** The human right to water and sanitation. 2010. Disponível em: <http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292>. Acesso em: 11 jan. 2015.

PETRELLA, Riccardo. **O manifesto da água:** Argumentos para um contrato mundial. Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

RIBEIRO, Wagner Costa. **Geografia política da água.** São Paulo: Annablume, 2008.

THIELBÖRGER, Pierre. **The right(s) to water:** the multi-level governance of a unique human right. Bochum: Springer, 2014.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil:** Natureza e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 15–48.

WOLKMER, Antônio Carlos; AUGUSTIN, Sérgio; WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher. O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina. **Interthesis**, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 123–155, jan./jun. 2012.

COLETA SELETIVA E COPA DO
MUNDO EM FORTALEZA: ASPECTOS
LEGAIS E DE SUSTENTABILIDADE

Mônica Mota Tassigny

Antônio Jackson Alcântara Frota

Leonardo José Peixoto Leal



INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar aspectos legais e de sustentabilidade da coleta seletiva em Fortaleza, principalmente no período de realização da Copa do Mundo nesta Cidade Sede (jun/jul de 2014). Nesse evento, a coleta foi realizada por membros das Associações/Cooperativas de Catadores de Resíduos Sólidos do Município de Fortaleza (100 catadores) que recolheram mais de 45 toneladas de resíduos recicláveis, com o apoio legal e logístico da Secretaria Municipal de Urbanização e Meio Ambiente (SEUMA).

Na pesquisa em tela, foi utilizada abordagem qualitativa, com análise de natureza explicativa, fundamentada em pesquisa bibliográfica, documental e de campo, tendo por foco da investigação, aspectos legais da coleta seletiva e da atuação sustentável dos catadores, que participaram da coleta no período de realização de jogos em Fortaleza.

Aplicou-se, ainda, entrevista semiestruturada ao responsável pela implantação do programa de coleta seletiva em Fortaleza, bem como com cinco Diretores das Associações cadastradas no programa de coleta seletiva durante o período indicado. As entrevistas foram conduzidas pelos próprios autores, que compareceram ao local previamente agendado com os entrevistados.

A relevância desta investigação vem da constatação de que urge legitimar práticas de sustentabilidade, sobretudo, a partir das associações/cooperativas de catadores, investindo na crescente conscientização da importância do trabalho deste agente para a sociedade em geral.

Concluiu-se que Fortaleza começou a viver um contínuo processo de conscientização socioambiental, embora ainda aquém das necessidades de implantação de políticas permanentes, amparado por estratégias legais e de iniciativas que surgiram do Poder Público, que tem, não só favorecido a legitimação da ideia de sustentabilidade no cuidado com o meio ambiente, como também tem reflexos no fortalecimento e na valorização do trabalho dos catadores.

1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E LEGAL DA COLETA SELETIVA

O art. 5º da Constituição Federal de 1988 traz um rol expresso de direitos e garantias fundamentais, assim considerados pelo legislador constituinte. Embora a proteção ao meio ambiente não conste expressamente como um inciso do referido artigo, é possível sua consideração enquanto direito fundamental, primeiro por sua magnitude de abrangência e importância e, ainda, por conta no constante no parágrafo 2º, que assim dispõe:

§2º — Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

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

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

Desse modo, o descarte de resíduos é elemento de fundamental importância para preservação do meio ambiente, que é diretamente atingido pelo volume excessivo de elementos descartados de maneira inadequada, prejudicando biomas, vegetações, animais e todo o equilíbrio de um sistema alta e complexamente integrado.

Internacionalmente, a criação e aplicabilidade dos diversos programas de coletas seletivas seguem o documento denominado Agenda 21 Global, que normatiza as diretrizes para a eficácia da coleta seletiva, que resultou da Conferência ECO ou Rio-92.

A gênese da Agenda 21 ocorreu em 1987, com a elaboração de um relatório denominado *Brundtland* — ‘Nosso Futuro Comum’ — pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU. Em 1992, 179 lideranças nacionais, aproximadamente, aceitaram adotar a Agenda 21 para o desenvolvimento de uma conduta preservacionista. No Brasil, foi

criada, em 1997, a Agenda 21 brasileira, que tem como finalidade inserir na realidade nacional as estratégias da sustentabilidade, evocada pela orientação internacional da Agenda 21.

O controle efetivo da geração, do armazenamento, do tratamento, da reciclagem e reutilização, do transporte, da recuperação e do depósito dos resíduos perigosos é de extrema importância para a saúde do homem, a proteção do meio ambiente, o manejo dos recursos naturais e o desenvolvimento sustentável (...).

A partir desse marco de normatização, surgiram várias normas federais, estaduais e municipais. A Agenda 21 apresenta quatro áreas principais de programas, que estão voltadas à questão de resíduos: Redução ao mínimo dos resíduos; Aumento ao máximo da reutilização e reciclagem ambientalmente saudáveis dos resíduos; Promoção do depósito e tratamento ambientalmente saudável dos resíduos; Ampliação do alcance dos serviços que se ocupam dos resíduos (AGENDA 21, Cap. 21.5).

No contexto das políticas públicas no Brasil, para a normatização dos resíduos sólidos, surgiu, em 2003, o decreto 11, assinado pelo Presidente da República à época, sendo referido instrumento normativo responsável pela criação do Comitê Interministerial da Inclusão Social de Catadores de Lixo, dispondo sobre sua organização e funcionamento. Este Decreto foi posteriormente revogado pelo Decreto 7.405 de 23 de dezembro de 2010 que criou o programa Pró-Catador e reformulou a regulamentação anteriormente existente.

Em 2006, foi publicado o Decreto de nº 5.940/06, que instituiu a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da administração pública federal, direta e indireta, desde sua fonte geradora, destinando seus resíduos para as associações e cooperativas dos catadores de materiais recicláveis. Essa lei está contemplada no artigo 84, inciso VI e linha 'a' da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

A Lei de nº 11.445/07 (BRASIL, 2007) estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Esta lei alterou as leis de nº 6.766 de 19 de dezembro de 1979; 8.036, de 11 de maio de 1990; 8.666 de 21 de junho de 1993; 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; bem como revogou a lei de nº 6.528 de 11 de maio de 1978. Também regulamentou os titulares que poderão delegar, organizar, regular, fiscalizar e prestar serviços que atendam às necessidades da população brasileira. Finalmente, também regulamentou a regionalização do serviço

público de saneamento básico, constituído por determinado município, ou por um consórcio de municípios.

Outra norma federal é o decreto de nº 6.087/07 (BRASIL, 2007), da Presidência da República — Casa Civil — Subchefia para assuntos jurídicos, que alterou os artigos 5º, 15 e 21 do Decreto nº 99.658/90, que regulamenta o reaproveitamento, a movimentação, a alienação e o desfazimento de material, ou seja, a doação de bens públicos, ou seu desfazimento, passando por um rígido controle e sempre devendo atender a causas de interesse social, além de incentivar a recuperação dos bens e reutilização em outros locais de interesse público, principalmente quando se tratar de material.

O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) estabelece ainda algumas resoluções sobre o que é pertinente ao gerenciamento dos resíduos sólidos em solo nacional. Assim, por exemplo, a Resolução CONAMA de n.º 275/01 estabelece o código de cores para melhor identificar os coletores e transportadores, além de informar sobre as campanhas específicas para a operacionalização da coleta seletiva do lixo.

Entre as resoluções relevantes, destaque-se: a Resolução CONAMA 258/99, que normatizou o destino final de pneus inservíveis; a Resolução CONAMA 257/99, que destina a disposição final de pilhas e baterias; a Resolução CONAMA 05/93, que estabelece uma orientação de gerenciamentos dos resíduos sólidos, tendo sua origem em áreas de saúde, portos, aeroportos, terminais ferroviários e rodoviários; a Resolução CONAMA 308/02, que dispõe sobre o licenciamento ambiental de deposição final do lixo em municípios de pequeno porte.

A legislação brasileira que versa sobre limpeza urbana, gestão e manejo de resíduos sólidos é definida pela política nacional de saneamento básico, Lei de nº 11.445, de 2007, integrada aos planos municipais de saneamento e à política nacional de resíduos sólidos pela Lei nº 12.305, de 2010 e Decreto nº 7.404, de 2010, estabelecendo um marco programático para o país (BESEN e JACOBI, 2010).

No âmbito estadual, algumas unidades da federação têm formalizadas suas legislações referentes ao gerenciamento dos resíduos sólido, no Estado do Ceará, isso se deu por meio da Lei de nº 13.103/2001, que versa sobre a classificação e natureza dos resíduos sólidos, os objetivos da política estadual de resíduos sólidos, o levantamento de diretrizes, os instrumentos de planejamento, certificados, de auditorias, de incentivos fiscais, de educação ambiental, de ação administrativa, de divulgação e fiscalização. Essa lei evoca,

ainda, a parceria integrada entre os municípios para a política de gestão de resíduos sólidos.

A lei estadual citada incentiva a formulação de programas municipais de coleta seletiva, referida no artigo 17 do capítulo III, dos resíduos urbanos, parágrafo Único: “A coleta dos resíduos urbanos se dará de forma preferencialmente seletiva, devendo o gerador separar previamente os resíduos úmidos ou compostáveis, dos recicláveis ou secos”.

Segundo o Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos de Fortaleza do Estado do Ceará — Relatório IV, novembro de 2012, a partir da lei federal de nº 12.305, de 02 de agosto de 2010, os municípios tomam a responsabilidade de alcançar a universalização dos serviços de limpeza urbana, o manejo de resíduos sólidos e a prestação do serviço com eficácia, a fim de proteger o meio ambiente e evitar danos à saúde pública (SANETAL, 2012).

A Prefeitura Municipal de Fortaleza, com base na Lei nº 12.305/2010 e no Decreto de nº 7.404/2010, integra ao Plano Municipal de Saneamento Básico a Lei nº 11.445/2007 e o Decreto nº 7.217/2010 para atuação municipal. Uma particularidade da legislação municipal de Fortaleza é o estabelecimento, pela Lei nº 8.236/1998, de uma taxa de resíduos sólidos.

Na legislação do município de Fortaleza consta a criação de uma autarquia com a função de regular, controlar e fiscalizar: a Autarquia de Regulação, Fiscalização e Controle dos Serviços Públicos de Saneamento Ambiental (ACFOR), criada pela lei municipal de nº 8.869/2004. Criou-se também a lei municipal nº 8.621/2002, que estabelece o Fundo Municipal de Limpeza Urbana (FUMLIMP, 2012), instituindo normas para a realização dos serviços de limpeza urbana.

Fortaleza possui uma legislação para a gestão dos resíduos sólidos, fundamentada na lei de nº 8.408, de 24 de dezembro de 1999, que legisla sobre a responsabilidade e o manejo dos resíduos em grande quantidade. Além disso, a gestão de resíduos no município deve conformidade com o decreto de nº 10.696, de 02 de fevereiro de 2000, que estabelece a execução dos serviços na área de resíduos sólidos urbanos; o decreto de nº 11.260, de 30 de setembro de 2002, que regulamenta a disposição de *containers* em vias ou logradouros públicos; o decreto de nº 11.633, de 18 de maio de 2004, que estabelece a missão da Secretaria de Urbanização e Meio Ambiente (SEUMA), de analisar o Plano Gestor de Resíduos Sólidos do Município; e o decreto de nº 11.646, de 31 de maio de 2004, que alterou o decreto de nº 10.696, de 02 de fevereiro de 2000, sobre a execução do serviço de gerenciamento dos resíduos sólidos urbanos.

2. ASPECTOS LEGAIS DA IMPLANTAÇÃO DA COLETA SELETIVA EM FORTALEZA-CE

Fortaleza, a capital cearense, tem 2.452.185 habitantes (IBGE, 2010), destacando-se pelo aumento populacional e o crescente polo de industrialização. Apesar dessa realidade em fase de expansão, a cidade ainda convive com quadros de miséria.

A sustentabilidade dos grandes centros urbanos passa, também, pelo estímulo à reciclagem e pelo incentivo da coleta seletiva consciente e participativa, questão na qual a cidade de Fortaleza começa a se organizar de forma proativa, tendo em vista os esforços de organização e extinção de terrenos baldios que, no passado, aglutinavam todos os resíduos desprezados pela população, sem critérios de reaproveitamento, o que só aumentava a agressão ao meio ambiente.

Entre 1997 e 1998, com a crescente institucionalização do setor industrial de reciclagem no Estado do Ceará, foi criado o Sindicato das Empresas de Reciclagem de Resíduos Sólidos Domésticos e Industriais do Estado do Ceará (SINDIVERDE), como apoio da Federação das Indústrias do Ceará (FIEC) e do Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas do Estado do Ceará (SEBRAE-CE), uma espécie de sindicato patronal.

De 2000 a 2004, Fortaleza começou a viver um contínuo processo de conscientização socioambiental, amparado por estratégias que surgiram do setor privado. Porém, o fator limitador do avanço da institucionalização de um programa de coleta seletiva se deu diante da falta de continuidade da gestão municipal. Constatou-se, com a mudança partidária de alguns gestores, que os projetos são descontinuados, implicando um retrocesso à questão socioambiental do município (GRADVOHL, 2010).

De 2004 a 2007, a ideia de modelos sustentáveis de coleta seletiva começou a tomar maior proporcionalidade ladeada por uma noção ética, socioambiental, econômica e, a partir de 2007, o Governo Federal instituiu, para toda a nação, a chamada Universalização do Saneamento Básico, pela lei de n.º 11.445, consolidando as agendas nacional, estadual e municipal, no que se refere à limpeza urbana e ao manejo de resíduos sólidos.

Em 2010, o Presidente da República sancionou a Lei de nº 12.305, que formalizou a Política Nacional de Resíduos Sólidos, obrigando o poder público e o setor privado a definirem algumas responsabilidades compartilhadas.

Este marco legislativo tem fundamental importância na formulação de políticas públicas de descarte e tratamento de resíduos sólidos no país, visando minimizar os impactos negativos da grande quantidade de resíduos gerada e, principalmente, do tratamento inadequado conferido a esses resíduos. A necessidade de conferir um tratamento prioritário a esse problema é enfatizada por Cacilda Rocha, Alfredo Moura Junior e Karine Magalhães (2012, p. 02):

A utilização de produtos industrializados pela sociedade moderna tem levado a um contínuo crescimento na extração de bens naturais constituindo um dos pilares da atual crise ambiental (PORTILHO, 2005a; NORONHA, 2006). Mudanças dos paradigmas que remetem a ilimitada capacidade suporte da Terra são necessárias, onde a noção dos valores dos recursos naturais pelo homem precisa ser alterada (ADÃO, 2005). Reflexo desta crise é a crescente geração de Resíduos Sólidos (RS), apontada pelos ambientalistas como grave problema da atualidade, volumes absurdos são produzidos diariamente trazendo esgotamento dos aterros sanitários e poluição, agravantes da disposição inadequada (COHEN, 2003). O manejo inadequado repercute em todas as esferas sociais, comprometendo a qualidade da água, solo, ar, vegetação e estabelecimentos humanos.

Referida legislação conta com definição bastante ampla acerca do que consistem os resíduos sólidos, permitindo, desse modo, o enquadramento da maioria dos elementos provenientes do descarte do consumo humano nessa definição, conforme o art. 3º, XVI da Lei:

XVI — resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível.

Nesse contexto o tratamento dos resíduos produzidos pelo homem passou a ser, por expressa determinação legal, uma prioridade nacional, com uma

visão voltada tanto para a produção de bem-estar no presente, como para, e principalmente, a efetivação da determinação constitucional de preservar o meio ambiente para as futuras gerações.

Diante dessa nova realidade, a gestão municipal de Fortaleza, a partir de 2012, começou a construção do Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, encomendando 04 relatórios sobre o assunto, datados: Relatório I — Diagnóstico, em 06 de março de 2012; Relatório II — Cenários, em 05 de abril de 2012; Relatório III — Versão Preliminar do Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos de Fortaleza (PMGIRS) e, por fim, o Relatório IV- versão final do Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos (PMGIRS). Esses relatórios são a base para o programa de coleta seletiva adotado no município de Fortaleza e foram construídos pela Engenharia e Consultoria em Saneamento e Meio Ambiente de Florianópolis (SANETAL, 2012), com contrato firmado em 07 de dezembro de 2011.

A cidade de Fortaleza, atualmente, é apontada com 98,75% de coleta de resíduos domiciliares (IBGE, 2010), o que se refere apenas à coleta porta a porta pela empresa de coleta urbana. Entretanto, no que se refere aos resíduos selecionados, faz-se necessária a observação da efetivação dos projetos do programa de coleta seletiva de Fortaleza.

3. COPA DO MUNDO DE 2014 E EFETIVIDADE DE PRÁTICA DE COLETA SUSTENTÁVEL EM FORTALEZA

A Copa do Mundo da FIFA de 2014 foi sediada no Brasil. Em todas as edições a entidade estabelece critérios de exigência para escolha do país que sediará o evento. Normalmente é grande a expectativa de países pela oportunidade de ser uma sede, pois o evento, de proporções mundiais, atrai investimentos, facilita obras de infraestrutura nas cidades sedes, estimula a economia e o turismo¹, apesar de todos os problemas de corrupção que a imprensa contemporânea anuncia.

1 Segundo dados do Portal da Copa, apenas no município de Fortaleza, estima-se a visita da média de 350 mil turistas no período e uma injeção na economia na base dos R\$ 700 milhões de reais.

Nessa edição do Brasil², a copa ocorreu entre 12 de junho e 13 de julho de 2014, tendo sido realizada em 12 (doze) cidades sedes: Manaus; Fortaleza; Recife; Natal; Salvador; Belo Horizonte; Brasília; Cuiabá; Rio de Janeiro; São Paulo; Curitiba e Porto Alegre. Em Fortaleza, foram disputados 6 (seis) jogos, todos no estádio de futebol denominado “Arena Castelão”. A seleção brasileira de futebol jogou na cidade em duas oportunidades, a primeira na fase de grupos e a segunda pelas quartas de final.

Além dos jogos do estádio, como ação oficial da organização do evento foi montada a chamada “Arena Fifa Fan Fest”, local designado para transmissão por telão de todos os jogos do evento esportivo, além da realização de shows com artistas locais e nacionais. O referido espaço foi montado no aterro da Praia de Iracema.

De acordo com dados da organização do evento,³ tanto no estádio Arena Castelão como na FIFA Fan Fest foi realizada coleta seletiva com a participação de 100 (cem) catadores da Rede de Catadores e Catadoras de Resíduos Sólidos Recicláveis do Estado do Ceará, divididos em dois turnos, o primeiro das 15h às 20h e o segundo das 20h até o encerramento da Fifa Fan Fest.

Houve grande adesão do público à FIFA Fan Fest que contabilizou a presença de 496.253 pessoas durante todos os dias do evento. A quantidade de lixo reciclável coletado no entorno da Arena Castelão e da FIFA Fan Fest, até o dia 30 de junho de 2014, foi a seguinte: Arena — 364.650 Kg e Fan Fest — 146.880 Kg.

Os 100 catadores foram capacitados e coordenados pela Prefeitura de Fortaleza, por meio da Secretaria Municipal de Urbanismo e Meio Ambiente (Seuma) e coletaram mais de 45 toneladas de resíduos recicláveis durante os eventos da Copa. Os catadores atuaram no entorno da Arena Castelão e no FIFA Fan Fest. Nos seis dias de jogos realizados no Castelão e nos 26 dias de Fan Fest, circularam pelos dois espaços mais de um milhão de pessoas. A quantidade de material reciclado arrecadado é considerada um sucesso por todos que participaram da inédita iniciativa, que faz parte do “Programa Reciclando Atitudes na Copa

2 As informações atinentes ao evento da Copa do Mundo da FIFA de 2014 foram extraídas do portal eletrônico oficial do governo brasileiro: <<http://www.copa2014.gov.br/>>

3 Os dados foram coletados diretamente com as Secretarias Municipal e Estadual, especialmente criadas para a organização, a preparação e a gestão do evento. Além das informações coletadas no ambiente físico das secretarias, algumas foram obtidas através de seus portais eletrônicos.

FIFA 2014”, desenvolvido e gerenciado pela Célula de Educação Ambiental da Coordenadoria de Políticas Ambientais da Seuma.

A ação foi possível devido à parceria entre Seuma, Ministério do Meio Ambiente e Cooperativa/Associações de Catadores de Materiais Recicláveis de Fortaleza e Região Metropolitana, que resultou num convênio de R\$ 494 mil para cobrir as despesas da limpeza do entorno do Castelão e Aterro da Praia de Iracema, dentro e fora da Arena Fan Fest. Os objetivos do trabalho foram, sobretudo, a valorização do catador, a promoção da coleta seletiva de resíduos e a reciclagem durante os eventos do Mundial.

Resguardados por Equipamentos de Proteção Individual e com diárias e transporte assegurados especialmente para eles, os profissionais asseguraram que os resíduos gerados nos eventos da Copa em Fortaleza fossem destinados adequadamente. Todo o material coletado foi levado ao Centro de Triagem do Bom Sucesso, pesado e doado à Cooperativa de Catadores de Materiais Recicláveis de Fortaleza e Região Metropolitana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sustentabilidade dos grandes centros urbanos passa, também, pelo estímulo à reciclagem e incentivo da coleta seletiva consciente e participativa, questão na qual a cidade de Fortaleza começa a se organizar de forma proativa, tendo em vista os esforços de organização e extinção de terrenos baldios que, no passado, aglutinavam todos os resíduos desprezados pela população, sem critérios de reaproveitamento,

A experiência bem sucedida na coleta, no período da Copa do Mundo, em Fortaleza, reforça princípios da sustentabilidade, não só do ponto de vista legal, mas corrobora em favor de uma consciência que coloca, na mesma hierarquia de valor e importância, aspectos de cunho ambiental e social, não só perante nova atitude com frente ao descarte de resíduos, potentes disseminadores de doenças e gases, que só aumentam a agressão ao meio ambiente, mas, principalmente, na valorização do trabalho dos catadores, que, em geral, são mão de obra rejeitada pela sociedade.

Pode-se afirmar que Fortaleza apenas começou a viver um contínuo processo de conscientização socioambiental, amparado por aspectos legais, mas também

por estratégias que surgiram dos setores público e privado e, sobretudo, pelas práticas sustentáveis empreendidas pelas redes de catadores.

Na dimensão legal, as perspectivas sustentáveis das associações/cooperativas; o aprimoramento da política interna da associação pelo grupo gestor; o aumento, ainda que tímido, das parcerias entre as redes de catadores, Poder Público e indústrias; o surgimento de nova organização das associações dentro de galpões de triagem, superando o individualismo institucional e unindo experiências em vista do crescimento em torno da atividade. A experiência da Copa do Mundo trouxe, assim, maior fortalecimento da Rede de Catadores em Fortaleza e, conseqüentemente, atuou positivamente na legitimação de práticas sustentáveis.

É evidente que essa situação em específico não pode ser tomada como parâmetro para se concluir que há uma real e concreta política de resíduos sólidos no município de Fortaleza, tratando-se, evidentemente, de um evento pontual, com tempo determinado e de grande visibilidade mundial. Mais importante que a atuação no evento específico, é acompanhar as políticas públicas municipais e estaduais voltadas para essa questão, sendo necessária a realização de pesquisas e estudos futuros, a fim de seguir investigando esse tema que toca diretamente a toda sociedade.

REFERÊNCIAS

ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 8849**: Apresentação de projetos de aterros controlados de resíduos urbanos. Rio de Janeiro, 1989. Disponível em: <<http://licenciadorambiental.com.br/wp-content/uploads/2015/01/Nbr-8.849-NB-844-Apresentac%C3%A3o-de-Projetos-de-Aterros-Controlados-RSU.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

ABNT. **NBR 10.004**. Resíduos Sólidos — Classificação. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <<http://www.videverde.com.br/docs/NBR-n-10004-2004.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

ABNT. **NBR 10.005**: Resíduos Sólidos — Classificação. Rio de Janeiro, 2004a. Disponível em: <<http://wp.ufpel.edu.br/residuos/files/2014/04/ABNT-NBR-10005-Lixiviacao-de-Residuos.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

ABNT. **NBR 10.006**: Resíduos Sólidos — Classificação. Rio de Janeiro, 2004b. Disponível em: <<http://www.ecosystem.com.br/wp-content/uploads/2014/03/NBR-10006.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

ABNT. **NBR 10.007**: Resíduos Sólidos — Classificação. Rio de Janeiro, 2004c. Disponível em: <<http://wp.ufpel.edu.br/residuos/files/2014/04/nbr-10007-amostragem-de-resc3adduos-sc3b3lidos.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

ABRE. Associação Brasileira de Embalagens. Disponível em: <<http://www.abre.org.br>>. 2008. Acesso em: 12 fev. 2015.

ANVISA. **RDC n. 306/04**. Dispõe sobre o Regulamento Técnico para o gerenciamento de resíduos de serviços de saúde. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/10d6dd00474597439fb6df3fbc4c6735/RDC+N%C2%BA+306,+DE+7+DE+DEZEMBRO+DE+2004.pdf?MOD=AJPERES>>. 2008. Acesso em: 12 fev. 2015.

BESEN, Gina Rizpah; JACOBI, Pedro Roberto. Gestão de Resíduos Sólidos em São Paulo: desafios da sustentabilidade. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 25, n. 71, p. 135–158, jan./abr. 2011.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 19 jan. 2015.

BRASIL. **Portal da Copa**. Disponível em: <<http://www.copa2014.gov.br/>>. Acesso em: 01 jun. 2015.

BRASIL. **Lei n. 6.528/78**. Dispõe sobre as tarifas dos serviços públicos de saneamento básico, e dá outras providências. (revogada). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6528.htm>. Acesso em: 19 jan. 2015.

BRASIL. **Lei n. 6.766/79**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L6766.htm>. Acesso em: 19 jan. 2015.

BRASIL. **Decreto n. 99.658/90**. Regulamenta, no âmbito da Administração Pública Federal, o reaproveitamento, a movimentação, a alienação e outras

formas de desfazimento de material. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/D99658.htm>. Acesso em: 19 jan. 2015.

BRASIL. **Lei n. 8.036/90**. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em: 19 jan. 2015.

BRASIL. **Lei n. 8.666/93**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 19 jan. 2015.

BRASIL. **Lei n. 8.987/95**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987cons.htm>. Acesso em: 19 jan. 2015.

BRASIL. **Decreto n. 11/03**. Cria o Comitê Interministerial da Inclusão Social de Catadores de Lixo (revogado). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/dnn/2003/Dnn9975.htm>. Acesso em: 19 jan. 2015.

BRASIL. **Decreto n. 5.940/06**. Institui a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta, na fonte geradora, e a sua destinação às associações e cooperativas dos catadores de materiais recicláveis, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5940.htm>. Acesso em: 19 jan. 2015.

BRASIL. **Lei n. 11.445/07**. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis n^{os} 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei n^o 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/11445.htm>. Acesso em: 19 jan. 2015.

BRASIL. **Lei de n. 12.305/10**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei n^o 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras

providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/112305.htm>. Acesso em: 19 jan. 2015.

BRASIL. **Decreto n. 7.404/10**. Regulamenta a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7404.htm>. Acesso em: 19 jan. 2015.

BRASIL. **Decreto n. 7.405/10**. Institui o Programa Pró-Catador, denomina Comitê Interministerial para Inclusão Social e Econômica dos Catadores de Materiais Reutilizáveis e Recicláveis o Comitê Interministerial da Inclusão Social de Catadores de Lixo criado pelo Decreto de 11 de setembro de 2003, dispõe sobre sua organização e funcionamento, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7405.htm#art11>. Acesso em: 19 jan. 2015.

CEARÁ (Estado). **Lei n. 13.103/01**. Institui a Política Estadual de Resíduos Sólidos. Disponível em: <http://antigo.semace.ce.gov.br/integracao/biblioteca/legislacao/conteudo_legislacao.asp?cd=53 htm>. Acesso em: 19 jan. 2015.

CONAMA. Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução n. 5/93**. Dispõe sobre o gerenciamento de resíduos sólidos gerados nos portos, aeroportos, terminais ferroviários e rodoviários. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=130>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

CONAMA. **Resolução n. 257/99**. Regulamenta o descarte de pilhas e baterias (revogada). Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res99/res25799.html>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

CONAMA. **Resolução n. 258/99**. Dispõe sobre o reaproveitamento de pneumáticos inservíveis. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res99/res25899.html>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

CONAMA. **Resolução n. 275/01**. Estabelece código de cores para diferentes tipos de resíduos em coleta seletiva. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=273>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

CONAMA. **Resolução n. 308/02**. Licenciamento Ambiental de sistemas de disposição final dos resíduos sólidos urbanos gerados em municípios de pequeno porte. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=330>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

CONAMA. **Resolução n. 358/05**. Dispõe sobre o tratamento e a disposição final dos resíduos dos serviços de saúde e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=462>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

FEAM. Federação Estadual do Meio Ambiente. **Orientações Básicas**: Para operações de usina de triagem e compostagem de lixo. Disponível em: <<http://www.feam.br/images/stories/arquivos/Usina2.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

GRADVOHL, Albert. **Fortaleza** — 15 anos à procura da Coleta Seletiva de Lixo. Fortaleza: Prograph, 2010.

IBAM. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente. **Gestão Integrada de Resíduos Sólidos**: Manual Gerenciamento Integrado de Resíduos Sólidos. Disponível em: <<http://www.resol.com.br/cartilha4/manual.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2000**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/pnsb/pnsb.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

IBGE. **Pesquisa Nacional de Saneamento Básico 2008**. Disponível em <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/condicaodevida/pnsb2008/PNSB_2008.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2015.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Agenda 21**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/agenda21.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

ROCHA, Cacilda Michele Cardoso; MOURA JUNIOR, Alfredo Matos; MAGALHÃES, Karine Matos. Gestão de Resíduos Sólidos: percepção ambiental de universitários em uma Instituição de Ensino Superior de Brasília. **Revista Eletrônica do Mestrado de Educação Ambiental**, Rio Grande, v. 29, p. 1–12, jul./dez. 2012. Disponível em: <<http://www.seer.furg.br/remea/article/viewFile/2962/1905>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

SANETAL. Engenharia e Consultoria do Saneamento e Meio Ambiente. **Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos de Fortaleza 2012**. Disponível em: <http://www.fortaleza.ce.gov.br/sites/default/files/acfor/arquivos_conteudos/pmgirs-contribuicoes_e_complementacoes.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2015.

SANETAL. **Relatório IV**. Disponível em: <<http://www.fortaleza.ce.gov.br/sites/default/files/pmgirs-final-3011.pdf>>. Acesso em: 19 jan. 2015.

A REVITALIZAÇÃO DO TOMBAMENTO COMO
INSTRUMENTO JURÍDICO DE PRESERVAÇÃO
DO PATRIMÔNIO CULTURAL A PARTIR
DA REGULAMENTAÇÃO DO INSTITUTO
DA TRANSFERÊNCIA DO DIREITO DE
CONSTRUIR PELO ESTATUTO DA CIDADE

Francisco Luciano Lima Rodrigues



INTRODUÇÃO

O instituto do Tombamento, como instrumento de preservação do patrimônio cultural, que na sua formulação constante do Decreto-Lei nº 25/1937, instituído durante o Estado Novo, cuidava tão somente dos bens vinculados *a fatos memoráveis da História do Brasil ou àqueles de excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico*, sofreu considerável alteração a partir da vigência da Constituição Federal de 1988, quando a ordem constitucional admitiu que o patrimônio cultural brasileiro seria formado por *bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira*.

Somaram-se a estas mudanças conceituais a respeito do patrimônio cultural, a regulamentação do art. 182 da Constituição Federal, por meio da Lei nº 10.257/2001, com a edição do denominado Estatuto da Cidade, que instituiu diversos instrumentos jurídicos de política urbana, tanto de ordem tributária, como de ordem urbanística propriamente dita, facilitando a materialização de instrumentos jurídicos de preservação do patrimônio cultural, especialmente o patrimônio cultural material, como o tombamento, cujo maior contraponto a sua aplicação residia na possibilidade da perda, pelo proprietário, da fruição econômica da coisa tombada.

A previsão legal de institutos como a outorga onerosa do direito de construir, a transferência do direito de construir e a possibilidade do exercício do direito de preempção pela entidade federativa interessada na preservação de bem com valor cultural, viabilizou a desmistificação do tombamento como um instrumento jurídico atentatório à faculdade do proprietário de exercer as prerrogativas inerentes à propriedade.

Pretende este ensaio, portanto, contribuir, a partir da observação da evolução do conceito de patrimônio cultural no Brasil, para a discussão a respeito da importância do instituto do Tombamento como instrumento de proteção do patrimônio cultural, fortalecido pela utilização de instrumentos jurídicos, de política urbana contidos no Estatuto da Cidade- especificamente o instituto da transferência do direito de construir, abordando uma visão geral do Estatuto de Cidade, seguindo-se de uma verificação sobre o direito de construir,- passando pela análise da competência constitucional com relação à matéria, para,

finalmente, concluir pelo fortalecimento do Tombamento como instrumento de preservação do patrimônio cultural.

1. O INSTITUTO DO TOMBAMENTO

A expressão tombamento advém do direito português e tem significação de inventariar, arrolar ou inscrever nos arquivos do TOMBO. A história portuguesa conta que a palavra TOMBO foi utilizada por Dom Fernando, em 1375 para designar uma das torres da muralha que cercava Lisboa, tendo esta torre a função de guardar documentos.

Tombamento, no entendimento de Antônio A. de Queiroz Telles (1992, p. 17), equivale a colocar sob o abrigo e a tutela pública os bens que, pelas suas características históricas, artísticas, naturais e arqueológicas, mereçam integrar o patrimônio cultural do país.

José Cretella Júnior (1986, p. 510) assevera que, se tomar é inscrever, inventariar, cadastrar, tombamento é a operação material da inscrição do bem no livro público respectivo.

Em definição mais precisa, penetrando na natureza jurídica do instituto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1990, p. 286), esclarece que tombamento é a intervenção ordenadora concreta do Estado na propriedade privada, limitativa de exercício de direitos de utilização e de disposição gratuita, permanente e indelegável, destinada à preservação, sob regime especial de cuidados, dos bens de valor histórico, arqueológico, artístico ou paisagístico.

Maria Sylvia Zanella di Pietro (2000, p. 131) assegura que tombamento é a forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, assim considerado pela legislação ordinária.

Diógenes Gasparini (1993, p. 451) sem adentrar a natureza jurídica do tombamento, o define como sendo a submissão de certo bem, público ou particular, a um regime especial de uso, gozo, disposição ou destruição em razão de seu valor histórico, paisagístico, arqueológico, científico ou cultural.

Qualquer tentativa de conceituação do instituto do Tombamento contém, necessariamente, a expressão preservação. Vale ressaltar, para uma melhor conceituação do instituto, a diferença entre o vocábulo preservação e a

expressão tombamento, inclusive sob o ponto de vista jurídico. O Estado tem a obrigação de, juntamente com a comunidade, segundo preceitua o artigo 216, parágrafo 1º da Constituição Federal, envidar esforços, por todos os meios de acautelamento e preservação, para proteger o patrimônio cultural brasileiro.

Observe-se pela disposição constitucional, que o legislador refere-se à preservação de forma genérica, induzindo ao entendimento de que o Estado deverá utilizar todas as formas possíveis juridicamente para garantir a integridade do patrimônio cultural brasileiro.

Com esta afirmativa, vê-se que há diferença entre as expressões preservação e tombamento, muitas vezes utilizadas como sinônimos.

Pode-se afirmar que preservação é um gênero, do qual são espécies o tombamento e todas as outras formas pelas quais o Estado garante a integridade do patrimônio cultural. Dentre os instrumentos de preservação há a Lei Federal n.º 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação.

Acerca da diferenciação entre tombamento e preservação, afirma Rabello de Castro (1991, p. 76) que a preservação é gênero e que por ele se pode compreender toda e qualquer ação do Estado que vise conservar a memória de fatos ou valores culturais de uma nação. Assevera, ainda, Rabello de Castro, que há uma grande diversidade de formas jurídicas assemelhadas que, restringindo o direito de propriedade, acabam por proteger o bem cultural direta ou indiretamente e que tombamento é apenas umas dessas formas legais. A lei o delimita, estabelecendo os lindes do exercício desse poder de polícia da administração, dispondo sobre seu conteúdo, seu procedimento e, a partir daí, estabelecendo os efeitos jurídicos que lhe são específicos.

De um lado, há o interesse, ou, por melhor dizer, o poder-dever do Estado de salvaguardar os bens que constituem a memória nacional, preservando-os e enriquecendo-os, sem quebra de sua configuração originária; e, de outro, os direitos dos indivíduos ou das pessoas jurídicas que venham a ser privadas, sem indenização prévia, da livre disponibilidade de um bem móvel ou imóvel, o qual, uma vez tombado, tem seu uso limitado por normas imperativas, cuja vigência importa em significativa restrição ao direito de propriedade que a Constituição assegura.

Por fim, observa-se que a construção de um conceito de tombamento, excluindo-se a sua natureza jurídica, terá que abordar, sem dúvida, a sua

fundamentação constitucional e a pretensão de resguardar a memória histórico-cultural de um povo.

2. O ESTATUTO DA CIDADE E OS INSTRUMENTOS DE POLÍTICA URBANA

O Estatuto da Cidade enumera em seu artigo 4.º, inciso V, os instrumentos jurídicos e políticos utilizados para viabilizar uma política urbana adequada ao desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana.

Dentre os instrumentos jurídicos designados pelo Estatuto da Cidade estão a outorga e transferência do direito de construir e de preempção, que são fundamentais para a execução de uma política urbana que favoreça a proteção do patrimônio cultural.

Antes de tratar dos instrumentos de política urbana, cuja importância diz respeito diretamente à preservação do patrimônio cultural, faz-se necessário tratar do direito de construir, cujo fundamento é o próprio direito de propriedade, conceituado no artigo 1228 do Código Civil nos seguintes termos: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.

A regra contida no citado artigo do Código Civil adequa-se ao conceito moderno de propriedade, pelo qual a sua proteção e reconhecimento advêm do atendimento, por parte do proprietário, da função social.

A Constituição Federal em seu artigo 5.º, incisos XXII e XXIII, assegura como direito fundamental a propriedade privada, submetendo-a ao cumprimento da função social, aspecto que determina à propriedade, para o seu exercício, a sua adequação às normas de direito público que protegem os direitos da coletividade, impondo limitações de ordem privada e de ordem pública. As primeiras são oriundas da vontade das partes, e não da vontade coletiva, sendo materializadas, por exemplo, nas cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade. As outras, de ordem pública, são ocasionadas pela imposição da lei.

Dentre as limitações ao direito de propriedade contidas no Código Civil, estão as relativas ao direito de vizinhança, regras de ordem pública, que visam regulamentar o exercício do direito de propriedade no que possa

refletir sobre o direito do proprietário vizinho causando-lhe, por exemplo, prejuízo à saúde. Inclui-se no direito de vizinhança o direito de construir, nos seguintes termos: “Art. 1299 do Código Civil: O proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”.

Observe-se que o legislador facultando o direito de construir ao proprietário, submeteu-o ao respeito aos direitos dos vizinhos e aos ordenamentos administrativos, sendo possível se verificar que o direito de construir, contido nas regras do direito de vizinhança, diz respeito ao direito civil e as outras condutas que dizem respeito à construção, também de ordem pública, relacionam-se ao direito urbanístico.

A Lei n.º 10.257/01 regulamentando os artigos 182 e 183 da Constituição Federal definiu o direito de construir como um instrumento de política urbana, possibilitando a criação de solo, uma aspiração antiga da doutrina, definindo o Município como gestor do solo criado e, mais especialmente, destacando este instrumento jurídico, pela sua possibilidade de transferência, como uma solução prática para a efetivação do tombamento, por exemplo.

Tem-se, portanto, a partir da Constituição Federal de 1988, que condicionou a proteção estatal da propriedade ao atendimento da sua função social e, ainda, concedeu ao Município a prerrogativa de impor restrições à propriedade a partir do Plano Diretor, um novo conceito do direito de construir, bem diferente das regras de proibição ao mau uso da propriedade, favorecendo, assim, o entendimento de que o direito de construir, ditado pelo plano diretor urbanístico, tem como escopo adequar o exercício do direito de propriedade às regras de atendimento da função social e, na forma do artigo 182, caput, da Constituição Federal, ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

2.1. Competência para legislar sobre o direito de construir

A repartição de competência é pressuposto necessário para a autonomia da entidade política. O mecanismo de distribuição de competência é realizado, em regra, tendo como parâmetro o princípio da predominância do interesse.

A Constituição vigente distribui suas competências da seguinte forma: a) competência material, subdividida em duas formas, exclusiva e comum (ou cumulativa); b) competência legislativa, que se subdivide em exclusiva, privativa, concorrente e suplementar.

No tocante à competência legislativa da União, tem-se a competência privativa para emitir normas de direito civil e a competência concorrente juntamente com os Estados e o Distrito Federal para elaborar regras de direito urbanístico.

As regras relativas à prerrogativa de exercício da propriedade na construção, como forma de regulamentar a relação de vizinhos, é matéria de direito civil e, dessa forma, competência exclusiva da União, conforme disposto no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.

Quando se trata de regras sobre o exercício do direito de construir, regulamentadas em proveito do pleno desenvolvimento das funções das cidades e com a finalidade de garantir o bem-estar de seus habitantes, têm-se regras de direito urbanístico e, assim, competência concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal na forma do artigo 24, inciso I, da Constituição Federal.

A competência concorrente, estatuída no artigo 22 da Carta Política, tem como característica a prerrogativa da União para estabelecer normas gerais, sem a exclusão da possibilidade de expedição por parte dos Estados de regras complementares, desde que compatíveis com as normas gerais, restando ao Município a competência suplementar à legislação federal e estadual, no que couber, por força do artigo 30, inciso II, da Constituição Federal, apesar de não constar no rol das pessoas políticas descritas no artigo 24 da mesma Carta.

Traçada a distribuição das competências, passa-se à análise do aspecto da competência para expedição de normas relativas ao direito de construir, verificando-se que a competência será privativa da União quando se tratar de regras relativas ao direito de construir, parte integrante das relações de vizinhança, e que decorre do exercício do direito de propriedade, sendo, portanto, matéria de direito civil.

O direito de construir, quando relacionado a limitações impostas pelo poder público em face da adequação do exercício do direito de propriedade ao plano diretor, estaria incluído nas regras de direito urbanístico, ou seja, decorrente da competência concorrente atribuída à União, aos Estados e ao Distrito Federal, na forma do artigo 24 da Carta Constitucional.

Vê-se, portanto, que a competência para legislar sobre o direito de construir como norma de direito urbanístico seria da União, quanto às regras gerais, cabendo aos Estados e ao Distrito Federal as normas suplementares, tendo sido fundado nesta competência que a União editou a Lei n.º 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), que regulamentou o artigo 182 da Constituição Federal, tornando eficaz a norma constitucional que regulamentava a política urbana, instituindo instrumentos políticos e jurídicos para a sua implementação e, ainda, apresentando as diretrizes básicas da política urbana, cuja aplicação é imprescindível, exigindo do Município a expedição de normas legais que incluam, no âmbito de sua atuação, os instrumentos jurídicos apresentados pelo Estatuto da Cidade como essenciais à viabilização de uma política adequada às necessidades de cada município.

2.2. O Direito de construir no Estatuto da Cidade

O Estatuto da Cidade, editado por meio da Lei n.º 10.257/2001 faz duas referências ao direito de construir. A primeira no artigo 28, quando possibilita a outorga onerosa do direito de construir e a segunda, no artigo 35, quando oferece a possibilidade da transferência do direito de construir para ser alienado ou exercido em outro local diferente do imóvel.

As duas hipóteses do exercício do direito de construir fora do imóvel são exceções ao princípio de que o direito de construir esteja fundamentado no direito de propriedade e dele seja inerente.

A análise da possibilidade de transferência do direito de construir pode ser considerada como possibilidade jurídica a partir do fato de que na Lei n.º 10.257/2001 o legislador instituiu e regulamentou o direito de superfície, destacando-o do direito de propriedade, elevando-o à qualidade de direito real.

O que de mais importante se pode verificar pela inclusão do direito de superfície dentre os instrumentos jurídicos de implementação da política urbana é a possibilidade de se ter uma construção em solo alheio.

A respeito da possibilidade de transferência ou de outorga onerosa do direito de construir não se pode perder de vista que a utilização destes instrumentos de política urbana necessita de sua provisão no plano diretor ou na legislação urbanística da cidade, visto que o disposto na Lei n.º 10.257/2001 traz apenas

regras gerais e que não são aplicáveis ao município sem a existência de diploma legal municipal.

2.3. Transferência do direito de construir

A transferência do direito de construir pode ser definida como a prerrogativa do proprietário de imóvel urbano, privado ou público, de exercer em outro lugar, ou ainda de alienar, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística específica, desde que o imóvel de sua propriedade seja necessário para fins de interesse público, como na hipótese, por exemplo, de preservação do patrimônio cultural.

O instrumento jurídico da política cultural denominado de transferência do direito de construir está contido no artigo 35 da Lei n.º 10.257/2001.

Há diferenciações entre o instrumento da outorga onerosa do direito de construir e a transferência do direito de construir. No primeiro, o interesse é do particular que deseja vender o seu direito de construir ao município por não ter interesse em utilizá-lo e, por outro lado, o interesse do beneficiário em adquirir o direito de construir além do seu coeficiente de aproveitamento. Nesta hipótese, não existem circunstâncias específicas que façam ser do interesse do município a aquisição do direito de construir do particular. O interesse é do administrado, que deseja utilizar-se de coeficiente de aproveitamento superior ao permitido pelo plano diretor. No segundo, a transferência de direito de construir se dará como forma de ressarcimento ou incentivo à participação do administrado nas hipóteses da necessidade de utilizar o imóvel para a promoção de interesses coletivos.

Assim, pode-se afirmar que, na outorga onerosa do direito de construir, o interesse é do particular que, mediante pagamento do dinheiro, bens ou serviços poderá, na forma do plano diretor, exercer seu direito de construir com coeficiente de aproveitamento diferenciado. Ao contrário, na transferência do direito de construir o interesse protegido primordialmente é o interesse público.

Dentre as hipóteses de transferência do direito de construir destaca-se, com relevo especial, a do proprietário de imóvel de interesse do patrimônio cultural que poderá utilizar-se do seu direito de construir, dentro do coeficiente de aproveitamento estabelecido, em outro local ou, ainda, alienar este direito, mediante escritura pública.

A apresentação deste instrumento jurídico de política urbana deverá, com certeza, favorecer a resolução de um problema crucial na aplicação dos instrumentos de proteção do patrimônio cultural, como no caso do tombamento.

Nesta forma de preservação — o tombamento — o maior e mais intrigante aspecto de sua utilização é a indenização do proprietário pela inviabilidade da utilização econômica do bem tombado.

O tombamento do imóvel de interesse do patrimônio cultural tem natureza jurídica de limitação administrativa ao direito de propriedade. Dessa forma, pode-se entender que, sendo a limitação administrativa uma imposição genérica e não indenizável, se afastaria a possibilidade de indenização. No entanto, na prática, tem-se visto que, muitas vezes, o tombamento leva à impossibilidade da utilização econômica do imóvel e, conseqüentemente, como qualquer ato da administração pública que lesione o particular, poderá ser passível de indenização.

A transferência do direito de construir será solução jurídica para a efetivação do tombamento como instrumento de proteção do patrimônio cultural.

O proprietário do imóvel de interesse do patrimônio cultural terá a possibilidade de ser ressarcido do prejuízo alegado pelo tombamento, visto que poderá utilizar o coeficiente de aproveitamento em outro imóvel ou, ainda, alienar seu direito de construir.

Um aspecto extremamente importante no instrumento jurídico da transferência do direito de construir é o contido no artigo 35, parágrafo 1.º da Lei n.º 10.257/2001, que estabelece a possibilidade da concessão de tal prerrogativa ao proprietário que doar parte do seu imóvel para os fins previstos no caput do referido artigo. Esta hipótese favorece, no caso prático, aos imóveis de grande área nos quais estejam situadas construções de interesse do patrimônio cultural. Nesse caso, poderá ser facultada ao proprietário do imóvel a transferência do direito de construir apenas da parte onde esteja inserido o bem de interesse do patrimônio cultural. Poderão existir, de forma harmônica, a preservação do patrimônio cultural e a utilização do conteúdo econômico da propriedade.

No entanto, este instrumento de política urbana — transferência do direito de construir — somente alcançará a sua utilidade, visto estar contido em diploma legal que estabelece apenas regras gerais, quando a vontade política do município for compatível com a importância da preservação do patrimônio cultural.

A determinação política do município em regulamentar, por meio de lei municipal, o instituto da transferência do direito de construir, é possível dentro da autonomia municipal, sem ferimento a repartição constitucional de

competências, quando se tratar de objetos cujo interesse de preservação seja eminentemente local e para preservar a identidade cultural do município.

Por fim, a transferência do direito de construir poderá ser a solução eficiente para a efetivação do tombamento com o afastamento da alegação de prejuízos e a cessação das condutas criminosas de destruição das obras, muitas vezes às escondidas, outras com a participação omissiva do poder público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tombamento dos bens imóveis, em especial, tinha como obstáculo, quase intransponível, a questão da indenização dos bens tombados em face da perda, pelo proprietário, da possibilidade de usufruir o seu conteúdo econômico.

Este óbice, longe ser um argumento jurídico sustentável, vinha encontrando ressonância na jurisprudência brasileira, apesar da esmagadora maioria dos estudiosos entenderem o tombamento como uma limitação ao direito de propriedade e, desta forma, desprovido da necessidade de indenização.

A instituição pelo Estatuto da Cidade do instrumento jurídico-urbanístico da transferência do direito de construir favorece, sem sombra de dúvida, a efetivação do tombamento, por permitir, ao proprietário do imóvel tombado, que possa usufruir economicamente da coisa, transferindo o seu direito de construir, separado do direito de propriedade, para um terceiro ou, até mesmo, utilizando-o em imóvel próprio em outra zona urbana.

Este instrumento, no entanto, apesar da sua enorme serventia como mecanismo de efetivação do tombamento, somente poderá ser materializado a partir da inclusão, pelo município, em seu ordenamento jurídico, com base em sua autonomia de ente federado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1937.** Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. **Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 10 fev. 2015.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 13 fev. 2015.

BRASIL. **Lei n. 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 em: 13 fev. 2015.

CASTRO, Sônia Rabelo de. **O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento.** Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Direito administrativo.** 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

TELLES, Antônio A. de Queiroz. **Tombamento e seu regime jurídico.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.



O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL
DO DIREITO À ÁGUA NO BRASIL

Alberto de Moraes Papaléo Paes

Aleph Hassan Costa Amin



INTRODUÇÃO

O final da segunda guerra mundial marca a necessidade de reconstrução da Alemanha e de sua Teoria do Direito que, até aquele momento, sofrera um acontecimento apropriante (*erlebnis*) da concepção Kelseniana de Direito. A Teoria Pura do Direito (2006) influenciara a produção da Constituição de *Weimar* e, conseqüentemente, a idealização de um sistema legalista que excluía a gnose de sua aplicação/discussão. Com a falência de tal sistema, surge a necessidade de re colocação de uma Teoria dos Valores frente à ciência jurídica e, de outra sorte, a criação de uma nova Constituição da Alemanha que ficou conhecida como *Grundgesetz*, ou, Lei Fundamental (ou para alguns, Lei Fundamental de Bonn). Por uma opção intencional do constituinte originário tal texto elencou um rol de direitos que constaram num capítulo inicial e introdutório intitulado de “*die grundrechte*” (dos direitos fundamentais). Este fato marca o início da discussão sobre os Direitos Fundamentais.

Tal construção histórica leva diversos teóricos do direito a procurarem uma justificativa para a existência destes direitos que possuem *prima facie* um caráter (estranhamente) constitucional e, ao mesmo tempo, supraconstitucional. Por algum motivo que escapava aos olhos dos teóricos modernos, a natureza controversa dos Direitos Fundamentais levou muitos brilhantes juristas a diferenciá-los dos Direitos Humanos, mas buscando uma justificativa de conexão entre os dois (SARLET, 2007, p. 22). De outra sorte, havia aqueles que sustentavam a ideia de que os Direitos Fundamentais seriam apenas formalmente (estruturalmente) elevados a tal categoria por uma disposição da própria Constituição, daí dizer que somente seriam fundamentais aqueles os quais a própria Constituição previu, restando aos outros direitos o caráter de disposição constitucional periférica (ALEXY, 2008).

Pretendendo realizar um corte epistêmico nesta pesquisa, em que pese a alocação do contexto em que ela se desenvolve, torna-se salutar observar que aquele quem fornece uma tese arrojada e, possivelmente, a mais completa sobre o tema é o professor Robert Alexy (2008) em sua Tese de Doutorado intitulada de “Teoria dos Direitos Fundamentais. Partindo da premissa da justificativa axiológica de tais direitos (e portanto abandonando a justificativa formal) coloca-se em cheque a tensão entre eles e os Direitos Humanos para a

fundamentação interna do Direito à Água como um Direito Fundamental. Para tanto, é importante anotar para os seguintes desenvolvimentos:

- a) a regulamentação da Organização das Nações Unidas sobre a tutela do Direito à Água; e
- b) a disposição deste direito no ordenamento jurídico brasileiro.

É forçoso comentar que para o tópico “a)” a regulamentação da ONU possui força vinculante apenas aos países que participam e reconhecem a validade deste direito. Em que pese o Brasil fazer parte deste órgão o Congresso Nacional não reconheceu formalmente tal direito. Desse modo, pretende-se buscar a justificação do Direito à Água como materialmente constitucional, portanto, norma de direito fundamental atribuída. Para tanto o tópico “b)” se torna essencial, ou seja, como o direito à Água, está posto dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Trocando em miúdos, a principal indagação da pesquisa é: Pode o Direito à Água ser justificado como fundamental internamente pelo ordenamento jurídico brasileiro?

Este trabalho será dividido em duas partes, como forma de responder ao problema de pesquisa enquanto premissa central. No primeiro tópico, pretende-se abordar a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy (2008), como forma de subsidiar a possibilidade de justificação interna do Direito à Água como Fundamental. No segundo momento, pretende-se abordar, justamente, a disposição do Direito à Água no ordenamento jurídico brasileiro a fim de fundamentá-lo a partir da compreensão estabelecida no primeiro tópico para então produzir as considerações finais sobre tal percurso. Pela quantidade de páginas dispostas pelo editorial não pretendemos esgotar todos os assuntos afetos ao tema, tornando-se nossa pesquisa apenas um ensaio que visa introduzir ao problema e instigar os estudiosos do tema.

1. A TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Humanos são reconhecidos como base para a construção de um Estado Democrático de Direito por serem inerentes à natureza humana e, por este motivo, são alicerces para o desenvolvimento de uma sociedade digna.

Este discurso abstrato, muitas vezes, não cita quais seriam estes direitos e quais implicações a garantia e o reconhecimento trariam para o caso concreto¹.

Diante destes problemas e complexidade e, principalmente, da indeterminação cognitiva que envolve o conceito de direitos humanos, preferiu-se trabalhar com a concepção e o conceito de direitos fundamentais, para abordar o tema dentro da realidade do ordenamento jurídico brasileiro.

Ao escolher os direitos fundamentais, não se subtrai a importância do reconhecimento do direito humano à água. Pelo contrário, a diretriz da ONU, que afirma que a água assim como o saneamento são direitos humanos básicos, fortalece a necessidade de entender a água como bem indispensável à vida, o que amplia o valor do estudo, sob a ótica dos direitos fundamentais.

Assim, este preceito serve de guia no processo de identificação e reconhecimento da norma que declara o acesso à água direito fundamental dentro do sistema jurídico brasileiro, já que a atividade interpretativa que culminará nesta conclusão tem como preconceito a não abordagem da água como simples mercadoria regida pelos princípios do mercado.

Neste contexto, Alexy (2008, p. 34–35) acredita ser possível que um direito humano possa se converter em um direito fundamental, dentro de um determinado ordenamento jurídico, desde que ele incorpore uma positividade jurídica que o torne válido neste sistema. A Declaração Universal dos Direitos Humanos designa que os ideais ali dispostos devem ser seguidos por todos os povos e nações. Por esta razão, Alexy (2008, p. 41) afirma que os direitos do homem evidenciam inicialmente duas qualidades fundamentais: são um ideal universal.

Os direitos fundamentais, por sua vez, também podem ser considerados ideais, mas são ideais reconhecidos dentro de um sistema jurídico, vistos como

1 Apesar da complexidade empírica, que trata da dificuldade de pôr em prática os direitos humanos, não seria certo afirmar de forma absoluta que estes direitos não teriam aplicabilidade no caso concreto. Em termos exemplificativos, vale destacar a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Ximenes Lopes x Brasil*. Damião Ximenes Lopes era portador de deficiência mental e, em outubro de 1999, foi internado na Casa de Repouso Guararapes, centro de saúde vinculado ao Sistema Único de Saúde. Dias após a internação, o paciente faleceu com sintomas de tortura, refletindo as condições degradantes de hospitalização da casa de repouso. A família recorreu à justiça. Entretanto, apenas obteve descaso do Estado. Por esta razão, recorreu à Corte para que o Brasil investigasse devidamente o caso e indenizasse a família. Em 2006, o país foi condenado pela Corte por não respeitar o direito humano à vida e à integridade física ao se abster de supervisionar e garantir o correto funcionamento da casa de repouso e por ser omissa na investigação dos culpados.

garantias de determinada ordem constitucional na qual se sustenta um Estado, já que tratar de direitos fundamentais é tratar de Constituição, pois sem esta não haveriam aqueles (CANOTILHO, 2003, p. 377).

Faz-se necessário entender que os direitos fundamentais também são direitos do homem. Porém, enquanto estes são válidos para todos os povos e em todos os tempos, o que os atribui uma dimensão jusnaturalista-universalista, aqueles são direitos jurídicos institucionalmente positivados e garantidos e limitados espaço-temporalmente (CANOTILHO, 2003, p. 393).

Reitera Bandieri (2011, p. 230) que, ao falar em direitos fundamentais, faz-se referência a direitos inerentes ao ser humano, direitos que são prévios à organização social e política. Seriam, desta forma, os direitos humanos em sua máxima plenitude, reconhecidos e positivados em uma constituição nacional.

Assim, a positivação destes direitos é imprescindível para a eficácia dentro de uma ordem jurídica, no caso deste trabalho, a brasileira. Canotilho (2003, p. 377) afirma que sem esta positivação jurídica, estes direitos do homem seriam apenas aspirações, ideais, esperanças ou mera retórica política.

De acordo com Tremps (2004, p. 11), ao se referir à expressão Direitos Fundamentais e seu conceito, é possível expressar toda a potencialidade jurídica de uma Constituição. Assim, os direitos reconhecidos constitucionalmente como fundamentais podem ser mais bem analisados, segundo uma perspectiva concreta de um ordenamento jurídico estatal, sendo direitos subjetivos que conferem status jurídico a uma pessoa, transmitindo juridicamente, assim, os princípios e os valores de uma sociedade (TREMPS, 2004, p. 10).

Kloepfer (2011, p. 245) acredita que a afirmação dos Direitos Fundamentais como âmago de qualquer constituição intitulada como democrática mostra que é possível conceber e justificar o Estado primeiramente na perspectiva dos cidadãos, ou seja, o Estado deve existir para os cidadãos, não o contrário.

Estes direitos constituem o fundamento para a convivência em paz e a busca pela justiça dentro de uma sociedade organizada e servem de parâmetro para interpretação e aplicação de outros direitos (ALCALÁ, 2003, p. 85).

Assim, os direitos fundamentais se tornaram o limite entre o Estado e a sociedade, garantindo aos indivíduos uma atuação livre de qualquer oposição do Estado, tendo suas decisões moldadas de acordo com a subjetividade de cada um, não tendo que se prender a normas delimitadoras das liberdades individuais.

Os direitos fundamentais desenvolvem um conceito de Estado que deve ser organizado com o objetivo de proteção aos cidadãos, através da positivação

daqueles em uma constituição que limita juridicamente e subordina a esta proteção os poderes do Estado (NOVAIS, 2003, p. 18).

Não podem, porém, ser compreendidos apenas como limitadores do poder do Estado, mas sim como direitos que devem ser disseminados na sociedade e incorporados na vida jurídica de cada cidadão (ALCALÁ, 2003, p. 78).

Os direitos fundamentais podem ser analisados sob dois pontos de vista: formal e material. O primeiro pode ser estudado dentro de dois parâmetros: direitos fundamentais, todos os direitos e garantias criados e modificados pelo instrumento constitucional, ou seja, o legislador define quais direitos são fundamentais; no segundo parâmetro, tem-se a existência dos direitos fundamentais *a priori*, os quais receberam proteção especial da Constituição, sendo considerados imutáveis ou tendo seu processo de modificação dificultado, através de procedimentos mais rigorosos (BONAVIDES, 2004, p. 561).

Sob o ponto de vista material, os direitos fundamentais variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos (BONAVIDES, 2004, p. 561). Assim, objetiva-se mostrar que, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, o direito à água pode ser considerado fundamental.

2. O DIREITO À ÁGUA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Como é do saber de qualquer ser humano, a água desempenha papel fundamental para sua sobrevivência, não somente por compor quase 70% do corpo humano (CLARKE; KING, 2005, p.3), mas também por ser responsável por prover sua alimentação, sendo utilizada em grande escala na agricultura para produção de alimentos. Destarte, o acesso à água é de extrema importância para que se almeje viver dignamente.

Neste sentido, percebe-se que os direitos fundamentais concretizam-se somente quando há a solidificação de direitos e garantias necessários para oferecer as mínimas condições de sobrevivência e quando a sociedade toma consciência da importância desses direitos para protegê-la e suprir suas necessidades. Para Ihering (2004, p. 49), isso ocorre pelo fato de a reação do indivíduo e do Estado só se intensificar quando estes se veem “diante de uma ameaça concreta às suas condições peculiares de vida”.

Este mesmo raciocínio pode ser utilizado quando se discute a utilização de água pela humanidade. Em decorrência da sua abundância e da sua disponibilidade gratuita, criou-se a falsa premissa de que a água seria um bem infinito, tendo sido, por muito tempo, tratada como bem de uso livre. Por este uso desenfreado, o acesso a este recurso em muitos lugares está comprometido.

O direito de acesso à água baseia-se no acesso suficiente de água, em termos de qualidade e quantidade, capaz de satisfazer as necessidades básicas humanas, sem deixar de lado sua destinação econômica (SCANLON; CASSAR; NEMES, 2003, p. 118).

Reconhecer o acesso à água como direito fundamental é aceitar que a boa gestão dos recursos hídricos é necessária para garantir que as pessoas tenham o mínimo para satisfazer suas carências pessoais e proteger este direito para as gerações futuras. É, também, vetor para concretização de outros direitos, como a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, destacam Villar e Rodrigues Junior (2006) que sem o acesso equitativo a uma quantidade mínima de água potável, os outros direitos estabelecidos se tornam inalcançáveis, como, por exemplo, o direito a um nível de vida adequado para a saúde e o bem-estar, assim como os direitos civis e políticos.

Enquanto alguns países implementam o processo de dessalinização da água do mar, como, por exemplo, os países da península arábica, cuja dificuldade eleva o preço pelo uso da água, realidade de uma população de 150 milhões de habitantes em termos mundiais (CAMDESSUS; BADRÉ; CHÉRET; TENIERE-BUCHOT, 2005, p. 44–45), o Brasil tem uma das maiores reservas de água doce do mundo, localizada na Região Amazônica, o que acentua a necessidade de todas as formas de proteção, incluída a jurídica, deste recurso natural.

Neste sentido, o direito fundamental de acesso à água não foi explicitamente reconhecido na Constituição Federal de 1988², mas não significa que ele

2 A água está presente em quase todas as atividades do homem e este tem consciência da sua importância para sua sobrevivência. O direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado e a construção da dignidade da pessoa humana passam pela proteção da quantidade e qualidade dos recursos hídricos. Então, não é necessário que o direito à água esteja positivado como fundamental para que assim seja aceito, pois o §2º do art. 5º da CF/88 diz que os direitos e garantias individuais ali expostos não excluem outros que estejam relacionados com os princípios aceitos pela Constituição. Tem-se, assim, que o acesso à água é um dos vetores para que os princípios norteadores deste Estado Democrático de Direito sejam alcançados. Dentro desta nova mentalidade, a qual sabe que o direito à água deve

não exista³. O legislador constitucional não inseriu dentro da Constituição dispositivos que indiquem que a água seja primordial, não a inserindo no rol de direitos fundamentais. Porém, o direito fundamental de acesso à água está implícito em vários direitos declarados e protegidos pelo texto constitucional.

Entretanto, não seria correto dizer que tal afirmação basta para compreender e delimitar o assunto. O fato de o acesso à água estar relacionado à concretização de outros direitos considerados fundamentais não quer dizer que, conclusivamente, também seja um direito fundamental. O direito é uma prática argumentativa (MATTOS NETO, 2010, p. 172), por isso, necessita de critérios que tornem esta argumentação legítima.

É preciso saber se a sistemática constitucional permite uma interpretação neste sentido, pois quando a Constituição Federal garante o direito à vida, deve-se ter certeza de que os instrumentos para concretização deste direito também

ser amplamente protegido, para garantir a vida das presentes e futuras gerações, se encaixa o Projeto de Emenda Constitucional n. 39/2007. A PEC tem como autor o então deputado federal Raimundo Gomes de Matos, pelo PSDB/CE, e tem como objetivo incluir a água dentro dos direitos sociais dispostos no texto constitucional, o que mudaria o caput. do art. 6º da CF/88, que passaria a ter a seguinte redação: Art. 6º. “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a água, o lazer, a segurança, a previdência, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (grifo nosso). A PEC n. 39/2007 justifica a posição de inserir a água dentro dos direitos sociais da seguinte forma: “A água é um bem imprescindível e insubstituível e, exatamente por isso, é considerada um bem natural. Ninguém pode ser privado do acesso à água sob pena de ser violentado em sua natureza. O não acesso à água põe em risco o direito fundamental à integridade física, à saúde e à vida. Da mesma forma como se reconhece o direito à alimentação, à moradia, ao lazer, à saúde, à educação, o acesso à água potável e de boa qualidade, também, é um direito fundamental porque está intimamente relacionada com o direito à vida. O direito à água é, portanto, um direito humano. Reconhecer a água como um direito humano fundamental implica que o Estado deva ser responsabilizado pelo seu provimento para toda a população. E implica, também, que o acesso à água não pode estar sujeito às estritas regras de mercado, mas à lógica do direito. A água deve, então, ser, antes de tudo, considerada um bem social e não um bem econômico, porque como bem econômico ela é passível de transações comerciais e o preço praticado poderia se constituir em barreira à utilização desse bem essencial pelos mais pobres ou onerar, significativamente, os orçamentos familiares, comprometendo, assim, a qualidade de vida das pessoas. [...] Em face do exposto, parece-nos muito clara a importância da água para a vida, para a saúde, para o bem-estar e para o desenvolvimento da pessoa humana”.

- 3 A Constituição da Bolívia, por exemplo, promulgada em 2008, reconhece expressamente o direito fundamental de acesso à água potável, assim como o saneamento básico, vedando a privatização ou a concessão. Neste contexto, vale ressaltar também a Constituição do Equador, promulgada em 2008, que no art. 12 declara expressamente que o direito ao acesso à água potável é um direito humano fundamental irrenunciável e patrimônio nacional estratégico de uso público e essencial à vida (FACHIN; DA SILVA, 2010, p. 77).

podem ser considerados fundamentais, ou seja, se têm natureza de norma de direito fundamental (ALEXY, 2008).

Assim, o art. 5º da Constituição garante a inviolabilidade do direito à vida. A fundamentalidade deste direito é incontestável, já que os critérios material e formal são facilmente vislumbrados. Mas quais instrumentos garantem a inviolabilidade deste direito?

Responder a esta pergunta pode levar alguns minutos de reflexão e mesmo assim talvez não seja possível encontrar uma resposta precisa. A indeterminação revela que esta norma de direito fundamental é aberta estruturalmente, pois há dúvida se a garantia da inviolabilidade do direito à vida é feita por meio de ação ou abstenção estatal (ALEXY, 2008, p. 71). Entre os instrumentos de ação estatal, pode-se citar como exemplo o acesso à água.

Ao falar da inviolabilidade do direito à vida, é imprescindível que o acesso à água seja garantido, ficando claro que se está diante de uma norma, mas seria esta norma de direito fundamental? Muitos poderiam responder negativamente⁴, posto que o acesso à água não está entre os direitos fundamentais expressos no texto constitucional.

Porém, a garantia do acesso à água guarda mais que uma relação casual com o direito à vida, aquele é fundamental para que este possa ser concretizado. Este tipo de relação é definida por Alexy (2008, p. 72) como relação de refinamento. Assim, seria possível afirmar que a norma de direito fundamental que dispõe sobre a inviolabilidade do direito à vida contém o acesso à água.

Este tipo de normas não é estabelecido diretamente pelo texto constitucional, mas são atribuídos a normas constitucionais que lá estão dispostas. Segundo Alexy (2008, p. 73), estas normas devem ser chamadas de normas de direito fundamental atribuídas.

4 Dimitri e Martins (2009, p. 47–52) acreditam que seja errado o pensamento que não atrela os direitos fundamentais à força formal da constituição. Segundo os autores, estes direitos devem ser definidos tomando como base a força formal que decorre da forma de positividade estabelecida na própria constituição. Neste sentido, afirmam que um direito só existe juridicamente a partir de sua positividade e que ele vale para os direitos fundamentais. Falar em direitos não positivos, segundo os autores, seria apenas uma reivindicação política que não permite vinculação ao âmbito jurídico. Este posicionamento parte de uma interpretação restritiva dos direitos fundamentais ao texto estabelecido na constituição, o que não estaria de acordo com uma teoria dos direitos fundamentais. Alexy (2008) fala que estes direitos são mandados de otimização e devem ser realizados na maior medida possível. A opinião dos citados autores limita esta otimização ao que expressamente está disposto no texto constitucional. Por esta razão, sustentar esta visão limitaria a eficácia e o alcance dos direitos fundamentais, o que vai de encontro à própria natureza destes direitos.

Sarlet (2009, p. 78) admite a existência, segundo o conceito material de constituição, de normas que, por seu conteúdo e substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição, mesmo que não seja expressamente. Diz, então, que a Constituição Federal prevê esta possibilidade no art. 5º, parágrafo 2º, o que resulta num conceito materialmente aberto dos direitos fundamentais.

A Constituição, ao aceitar como fundamentais direitos decorrentes do regime e dos princípios, consagra a existência de direitos fundamentais não escritos, implícitos, que podem ser deduzidos por via de ato interpretativo, tendo como base direitos constantes no catálogo (SARLET, 2009, p. 85).

Entre estes direitos implícitos ou direitos fundamentais em sentido material, Sarlet (2009, p. 90) cita como exemplos alguns que encontraram aceitação na esfera doutrinária e jurisprudencial, como o direito à resistência, à desobediência civil, à identidade genética da pessoa humana, garantias do sigilo fiscal e bancário. Trata-se, então, de extrair do texto constitucional o que nele já está contido.

Para Alcalá (2003, p. 94) é possível que a constituição contenha um direito que não tenha sido previamente disposto, mas para que ele possa ser considerado fundamental, é imprescindível que esteja de acordo com os fundamentos e os valores, e não seja contrário a direitos já expressos no texto constitucional.

Este processo de equiparação dos direitos implícitos a normas de direito fundamental é uma operação hermenêutica que deve ter como base o direito constitucional positivo vigente e que guarde em seu conteúdo e importância critérios similares com os esculpido no texto constitucional.

Desta forma, fica claro que a norma de direito fundamental atribuída necessita de uma argumentação ao direito expresso que a sustente, posto que, segundo Alexy (2008, p. 76), uma norma só pode ser fundamental quando houver uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais.

No caso do acesso à água, este direito pode ser deduzido do direito à vida, por haver uma relação de refinamento entre eles, mas não é apenas com este direito que existe esta relação. Como estudado no primeiro e segundo capítulo deste trabalho, a água tem valores que perpassam o econômico, social e ambiental, decorrente da sua multiplicidade de usos.

Assim, sua importância não está relacionada apenas ao direito à vida. Isto significa dizer que a fundamentalidade do acesso à água pode ser explicada por outros direitos fundamentais expressos na Constituição. Neste contexto, D'Issep (2010, p. 71) defina a água como um verdadeiro catalisador de direitos.

Tendo como base o conceito de norma fundamental atribuída, é possível dizer que o acesso à água é uma norma de direito fundamental por guardar relação de refinamento com o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à igualdade etc.

Ao tomar consciência de que o processo hermenêutico constitucional pode ser conduzido abertamente, abarcando todos os atores políticos e sociais⁵ (HÄBERLE, 2002, p. 12–13) que sofrem a influência de determinado ordenamento constitucional, a fim de concretizar a construção de um Estado Democrático de Direito, percebe-se que a interpretação constitucional, neste sentido, não pode restringir os direitos fundamentais.

Dizer que os direitos fundamentais estejam limitados àqueles explicitamente dispostos no texto constitucional seria limitar sua compreensão àquilo que o Poder Constituinte Originário entendeu como fundamental. Como visto, a hermenêutica constitucional não segue este raciocínio, já que a abertura deste processo permite uma melhor compreensão destes direitos para que o bem-estar geral e o interesse público sejam alcançados.

Reconhecer a existência da norma de direito fundamental de acesso à água, mesmo que não expressamente, é entender que a própria constituição, no parágrafo 2º do art. 5º, reconheceu a abertura para sua interpretação na busca de valores e direitos implícitos no seu texto.

A Constituição permite esta abertura de interpretação, pois delega à sociedade como um todo a tarefa de encontrar dentro de seu texto direitos que não foram *a priori* dispostos, mas que ali estão presentes, e à medida que esta sociedade melhor compreende preceitos como liberdade individuais, direitos sociais etc., estes naturalmente serão revelados.

O direito fundamental ao acesso à água é norma presente na constituição. Ao se entender a importância deste direito, deste bem ambiental, por meio dos valores que a ela estão atrelados, chega-se à conclusão de que a Constituição previu este direito, mas incumbiu a nós, seus intérpretes, de reconhecê-lo.

5 Vale ressaltar que Häberle reconhece a autoridade da jurisdição constitucional para declarar, em última instância, o sentido das regras e princípios inscritos na Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de conclusão é possível anotar as seguintes expressões como resultado da pesquisa:

- a) Os Direitos Fundamentais, na estrutura fornecida por Robert Alexy, não se esgotam nas disposições constitucionais sobre a disciplina nela elencadas, podendo se tornar:
 - i. Princípios Jurídicos como mandamentos de otimização das regras, ou;
 - ii. Normas de Direito Fundamental atribuídas decorrentes da relação de refinamento feita pelos Tribunais;
- b) Adotando a posição de que não há expressamente menção à Água enquanto um Direito Fundamental, sua fundamentalidade poderia decorrer das duas proposições no tópico anterior, pelo que se tornou válida a hipótese de que ela deve ser tratada como norma de direito fundamental atribuída;
- c) Nesse caso, a Relação de Refinamento da norma de direito fundamental atribuída teria como ponto de partida a atuação do Poder Judiciário que seria o ente capaz de criar regras que contenham a previsão de que a proteção à Água decorre da tutela do Direito à Vida.

Nestas breves notas estão as contribuições deste trabalho para a comunidade científica e jurídica que se mostra muito relevante frente ao cenário crescente de escassez de água no mundo e, mais especificamente no Brasil. Com tais questionamentos o Poder Público seria capaz de criar políticas condizentes com a realidade social do país e dessa forma tratar de maneira mais séria a questão da distribuição e fiscalização dos recursos hídricos. Este é o objetivo mediato da pesquisa que ainda se demonstra incipiente, mas espera-se, desde já que este trabalho possa ser continuado e perpetuado pela tradição jurídica.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto, Nogueira. **Teoría y Dogmática de Los Derechos Fundamentales**. Cidade do México. UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO. 2003.

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

BANDIERI, LuisMaría. **Derechos Fundamentales y Deberes Fundamentales?** In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Org.). **Direitos, deveres, e garantias fundamentais**. Salvador: Jus PODIVM, 2011. p. 211-244.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. atualizada São Paulo: Malheiros, 2004.

CAMDESSUS, Michel; BADRÉ, Bertrand; CHÉRET, Ivan; TENIERE-BUCHOT, Pierre-Frédéric. **Oito Milhões de Mortos por Ano**. Um escândalo Mundial. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLARKE, Robin; KING, Jannet. **O Atlas da água**. São Paulo: Publifolha. 2005

DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Água juridicamente sustentável**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FACHIN, Zulmar; DA SILVA, Deise Marcelino. **Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão**. Campinas: Millennium, 2010.

HÄBERLE, 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 Antônio Fabris Editor, 2002.

KLOEPFER, Michael. Os direitos fundamentais da Lei Fundamental: sucesso, fraquezas, tarefas para o futuro. In LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Org.). **Direitos, Deveres, E Garantias Fundamentais**. Salvador: JusPODIVM. 2011. p. 245–260.

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MATTOS NETO, Antônio José de. Levando a Amazônia a Sério. In: MATTOS NETO, Antônio José de (Org.). **Estado Democrático de Direito e Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva. 2010.p.167-178.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003

SARLET, Ingo Wolfgan. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCANLON, John; CASSAR, Angela; NEMES, Noémi. Water as a humanright? In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.). **Direito, Água e Vida**. Law, Waterandthe web oflife. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.p. 117-164.

TREMPS, Pablo Pérez. **Los Derechos Fundamentales**. Quito: Corporación Editora Nacional, 2004.

VILLAR, Pilar Carloina; Rodrigues JUNIOR, Gilberto Souza. **O direito humano a água**. 2006. Disponível em: <<http://www.cori.unicamp.br/CT2006/trabalhos/O%20DIREITO%20HUMANO%20a%20aGUA.doc>>. Acesso em: 11 ago. 2008.



O DIREITO FUNDAMENTAL À TERRA DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL

José Valente Neto

Os ricos se convencem de que a vida deles segue um rastro celeste que o poder do dinheiro lhes abre naturalmente. (BARBERY, 2008, p. 115)



INTRODUÇÃO

O último censo realizado no Brasil, em 2010, informa que a população indígena é composta por 897.000 (oitocentos e noventa e sete mil) habitantes. Neste conjunto, há 305 (trezentos e cinco) etnias, as quais falam 274 (duzentos e setenta e quatro) línguas (IBGE, 2010).

Partindo-se da premissa de que o contingente de aborígenes, no início do século XVI, era muito expressivo, a cifra assume um caráter instigante.¹ O número traduz um aumento significativo em comparação com pesquisas anteriores; em 1993, 250.000 (duzentos e cinquenta mil) pessoas se declararam índios (IBGE, 1993). Apesar das melhorias verificadas nos índices de mortalidade infantil, a estatística resulta, em grande medida, da reafirmação da sua identidade cultural.

Trata-se de artigo cujo objetivo é analisar a efetividade do direito fundamental à terra dos povos indígenas no Brasil. O título, propositalmente, divorcia-se da nomenclatura utilizada pelo legislador constituinte originário, o qual restringiu o direito das populações autóctones à posse permanente sobre as terras tradicionalmente ocupadas.²

Para a análise empírica do grau de consecução das normas constitucionais correlatas, adotou-se como parâmetro a liminar concedida no Mandado de Segurança 28.567/DF, do Supremo Tribunal Federal, medida responsável pela suspensão dos efeitos de decreto presidencial publicado em 21 de dezembro de 2009. O ato administrativo suspenso havia homologado a demarcação da terra indígena arroio-korá, cujos beneficiários eram os índios guarani-kaiowá, em Mato Grosso do Sul.

Dividido em três tópicos, o ensaio principia-se com um paralelo entre os direitos humanos e os direitos fundamentais. Em seguida, aborda-se a terra

1 Há também uma falta de dados que não decorre nem da incompreensão nem do preconceito, mas da dificuldade de sua obtenção. Não se sabe, por exemplo, quantos índios existiam no território abrangido pelo que é hoje o Brasil e o Paraguai, quando os portugueses chegaram ao Novo Mundo. Os cálculos oscilam entre números tão variados como 2 milhões para todo o território e cerca de 5 milhões só para a Amazônia brasileira. (FAUSTO, 2012, p. 36)

2 CF/88: Art. 231, §2º. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. (BRASIL, 1988)

como direito fundamental dos povos indígenas no Brasil. No último item, foram exploradas as peculiaridades do processo de demarcação das terras indígenas.

A metodologia empregada consistiu, fundamentalmente, na leitura de livros e periódicos. Concluiu-se que o Estado brasileiro ainda se encontra vulnerável à severas críticas quando o eixo de discussão repousa sobre os direitos dos povos indígenas.

1. OS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS: BREVE SÍNTESE

Apesar da inexistência de um consenso acerca da distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, a doutrina majoritária opina pela heterogeneidade dos conceitos. Nesta perspectiva, os direitos humanos consistem nos direitos que se encontram contemplados nos tratados e convenções internacionais. Por outro lado, os direitos fundamentais são os direitos consagrados na Constituição de determinado Estado.

Os primeiros operam no plano supranacional (internacional). Averso ao relativismo, os direitos humanos buscam um fundamento universal, válido para todos os povos e em todos os espaços. Os segundos, circunscritos a um catálogo de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos pela instância interna de poder de um Estado, possuem um conteúdo variável conforme as peculiaridades de cada ente político. No mesmo sentido, Ana Maria D'Ávila Lopes (2011, p. 11) leciona que:

Direitos humanos são os princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos, enquanto os direitos fundamentais são os direitos da pessoa (física ou jurídica) constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporalmente.

A celeuma se encerra, todavia, quando se analisa a premissa dos direitos humanos e fundamentais: promover e proteger o princípio da dignidade da pessoa humana. Embora positivados em planos distintos, ambos almejam a difusão dos direitos referentes à liberdade e igualdade. Para Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 37–38):

Ainda que consagrada a concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, não menos verdadeira é a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e a da filosofia, legou-nos algumas das idéias-chave (*sic*) que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de “pré-história” dos direitos fundamentais. De modo especial, os valores da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão.

Com efeito, “o valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem” (LAFER, 2006, p. 118). De fato, a dignidade da pessoa humana funciona como referencial ético a filtrar a aplicação das regras e dos princípios do constitucionalismo contemporâneo. Em célebre passagem, Immanuel Kant (2009, p. 82) aduz que

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade. O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento [*Affektionspreis*]; aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade.

Como protagonista da Constituição Federal, a dignidade irradia seu conteúdo por todo o sistema jurídico, fundamentando-o. Segundo assevera Flávia Piovesan (2011a, p. 83), “a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade”. Em razão da sua envergadura, não se trata de direito. É um atributo axiológico inerente a todo ser humano, sem distinções de quaisquer espécies. A dignidade

da pessoa humana se expande por todo o arcabouço constitucional, de forma que uma interpretação somente é legítima se porventura concebida sob os seus auspícios.

1.1. Características dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais ostentam peculiaridades que os singularizam perante outras categorias de direitos. As características que gozam do prestígio da doutrina majoritária são a universalidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a historicidade, a irrenunciabilidade e a limitabilidade.

A universalidade traduz a vinculação intrínseca dos direitos fundamentais ao valor liberdade e, principalmente, à dignidade da pessoa humana. Saliente-se, contudo, a antonímia entre universalidade e uniformidade. São universais no sentido de que, não obstante o contexto cultural inerente a cada modelo de sociedade, deve existir um núcleo mínimo de proteção e promoção da dignidade humana. Conforme o magistério de Paulo Bonavides (2008, p. 562):

A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzirá sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana. A universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre Declaração dos Direitos do Homem de 1789.

A inalienabilidade manifesta-se na carência de conteúdo patrimonial dos direitos fundamentais. Em virtude de se encontrarem à margem da disposição de seu titular, eles são intransferíveis e inegociáveis. Ademais, em face da impossibilidade de serem alcançados pelo fenômeno da prescrição, os direitos fundamentais podem ser objeto de pretensão judicial a qualquer momento.

Em relação à historicidade, os direitos fundamentais são o produto da simbiose de fatores sociopolíticos que se desenvolvem em determinada comunidade. Nesta conjuntura, eles são mutáveis, haja vista que “são fruto de processos históricos e da evolução das ideias e dos valores que acompanham tais processos”. (SAMPAIO, 2004, p. 107) Em suma: “os direitos fundamentais são históricos não apenas por serem normas criadas pela sociedade que regulam,

mas por refletirem a concepção de dignidade humana que essa sociedade possui” (LOPES, 2001, p. 37).

A irrenunciabilidade significa que, apesar da possibilidade de não exercício, ao titular do direito fundamental não se estende a faculdade de renúncia.

Por conseguinte, os direitos fundamentais são limitados por outros direitos consagrados na Constituição Federal. Assim sendo, eles não podem ser considerados direitos absolutos, ilimitados, aplicáveis em quaisquer situações. Pelo contrário, eles devem guardar compatibilidade com os princípios constitucionais e com o rol de direitos elencados no ordenamento jurídico.

1.2. Dimensões dos direitos fundamentais

Karel Vasak, em conferência realizada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo (*França*), defendeu a ideia de que a evolução dos direitos humanos e fundamentais poderia ser compreendida a partir da identificação de três gerações (*dimensões*) de direitos.

Portanto, a doutrina clássica, com base na teoria dimensional dos direitos fundamentais, classifica os direitos fundamentais em três dimensões, as quais se notabilizam por serem quantitativas e qualitativas. Uma dimensão anterior não sucumbe com o advento da posterior, circunstância que confirma “sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno ‘Direito Internacional dos Direitos Humanos’” (TRINDADE, 1997, p. 25).

Inaugurando o constitucionalismo ocidental, os direitos fundamentais de primeira dimensão correspondem aos direitos civis e políticos, os direitos vinculados ao valor liberdade. Estas categorias são herança do pensamento liberal-burguês do século XVIII e da eclosão da Revolução Francesa de 1789, a qual adotou como lema a tríade: liberdade, igualdade e fraternidade. Neste particular, possuem feição negativa, individualista; isto é, são direitos do indivíduo perante o Estado.

Eles funcionam como direitos de defesa, uma vez que os poderes públicos são impelidos a uma abstenção. Esta limitação do poder do Estado em benefício das liberdades individuais consistiu em uma das principais reivindicações da burguesia. Neste âmbito, advogou-se a tese de que uma sociedade harmônica reclamava a presença de membros iguais e livres. São exemplos desta relação:

os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e pelos direitos de participação política, tais como o direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a Democracia (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2012, p. 260).

A Revolução Industrial trouxe consigo complexos problemas de cunho social e econômico. Para a consecução da justiça social restou insuficiente, por óbvio, a mera consagração formal da igualdade e liberdade. Atrelados ao sentido de igualdade material, os direitos sociais, econômicos e culturais compõem os direitos de segunda dimensão.

Para tanto, o Estado, com o desiderato de reduzir as desigualdades, adotou uma agenda de prestações. Este elenco de direitos, “mais do que uma obrigação de *non facere* traduzem-se numa obrigação de *facere*: uma atividade positiva, uma *ação* por parte dos poderes públicos” (QUEIROZ, 2009, p. 372). No contexto cosmopolita do segundo pós-guerra, Flávia Piovesan (2011b, p. 41) adverte que:

A Declaração de 1948 vem a inovar ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

A terceira dimensão, caracterizada pelos direitos de fraternidade e solidariedade, promove uma alteração na titularidade dos direitos fundamentais. Enquanto os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, em

princípio, são concebidos como direitos de titularidade individual, esta coleção de direitos se sobressai pela titularidade transindividual, coletiva ou difusa. “O destinatário é o homem em termos de gênero humano, enfocado sob um prisma coletivo” (AGRA, 2012, p. 159).

No contexto do desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos fundamentais, inserem-se neste conjunto o direito à paz, à proteção dos consumidores, ao meio ambiente equilibrado, ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, à proteção dos hipossuficientes e ao patrimônio histórico, artístico e cultural. Estes direitos, conforme arrematam Ingo Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (2012, p. 262), foram gerados, “dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências”.

Ressalte-se que há estudiosos que defendem a existência da quarta, quinta e, até mesmo, da sexta dimensão dos direitos fundamentais. A quarta dimensão contempla os direitos à democracia, informação e pluralismo. Em seguida, a quinta dimensão abrange os direitos da bioética. No tocante aos direitos de sexta dimensão, também pautados pela ética, resulta na defesa dos direitos dos animais.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À TERRA DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL

A história dos direitos fundamentais é a descrição da luta pela sua efetividade. Sob tal ótica, não importa a natureza dos direitos, “se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados” (BOBBIO, 2004, p. 25).

Com mais razão, a busca pelo reconhecimento do direito fundamental à terra dos povos indígenas sempre teve como obstáculo os interesses e as conveniências políticas e econômicas das elites que determinaram as regras de condução do Estado. O advento da República e a criação de entidades públicas de proteção dos índios, a exemplo do Serviço de Proteção ao Índio — SPI, em 1910, e da FUNAI, em 1967, não inibiram substancialmente a lógica dos

detentores do poder. Neste diapasão, João Pacheco de Oliveira (2012, p. 371) ensina que:

Apesar das expectativas de que as terras indígenas correspondam às concepções nativas desse espaço, os processos de estabelecimento de territórios levadas a cabo pelo Estado nacional são efeito de um feixe de propostas, legislações, interesses e estratégias de território que raramente expressam a representação fidedigna do que os grupos indígenas concebem como o próprio território.

A Constituição Federal de 1988 surgiu como contraponto ao passado ao reconhecer os direitos étnicos, ao ampliar a noção de “povo” para “povos”, a exemplo dos quilombolas e dos índios.³ O documento não apenas consagrou, de forma inédita, um capítulo específico sobre os direitos indígenas, como rompeu com a perspectiva preconceituosa do integracionismo.

Por intermédio de tal pensamento, os direitos dos povos indígenas, concebidos como direitos especiais temporários, estavam condenados ao perecimento. Para Daniela Ikawa (2010, p. 517), “o enfoque culturalista implicou a percepção de hierarquias entre culturas que alocava a cultura indígena como inferior a uma cultura nacional e que propunha a homogeneização cultural por meio da integração daquela nesta última”.

Em outras palavras, esta doutrina advogava a tese de que os direitos das populações ameríndias deveriam desaparecer à medida que se expandisse o processo de aculturação pela comunidade nacional. Partidários desta ideologia, o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) e o Código Civil de 1916 estabeleceram que os silvícolas, enquanto isolados da cultura ocidental, seriam pessoas relativamente incapazes e, nesta condição, não poderiam exprimir suas próprias opiniões, decidir sobre os seus destinos (BRASIL, 1916). Consoante a reflexão de Ana Valéria Araújo (2006, p. 220):

Todas as Constituições do período republicano brasileiro, com exceção da de 1891, que não continha qualquer menção aos povos indígenas, se

3 Não é preciso muito esforço para concluir que nem mesmo essa pequena proteção aos quilombolas foi suficientemente observada pelos poderes instituídos. Longe estamos de assegurar-lhes condições para sua preservação como grupamento humano e como parte integrante e fundamental da sociedade nacional. Os interesses desses grupamentos humanos não têm qualquer proteção e o mesmo pode ser dito dos demais grupos descendentes dos escravos. (HENRIQUES FILHO, 2011, p. 149).

limitavam a reconhecer aos índios o direito de posse sobre os territórios por eles ocupados. Antes delas, uma análise da legislação colonial até o chamado indigenismo do século XIX, nos permite entender as idéias das elites desses períodos e o seu impacto na legislação atual. Da conversão da questão indígena, tida como questão de mão-de-obra, a uma questão de terras, passando pela discussão sobre a humanidade dos índios — contraposta a idéias que vão desde o questionamento sobre a existência ou não de almas, até análises científicas sobre eles perdidos entre homens e macacos, e digressões filosóficas sobre a bestialidade, a ausência de autodomesticação e a animalidade dos índios — tudo tinha implicações para a política indigenista.

De forma antagônica a esta visão discriminatória de que os índios seriam seres primitivos, em 1988, a Assembleia Nacional Constituinte assegurou o direito à diferença dos povos indígenas. De vulneráveis ao tempo, os direitos passaram a ser permanentes e coletivos, destacando-se, entre eles, o direito à sua organização social, às suas línguas, crenças e tradições, aos seus costumes e, principalmente, os direitos originários e imprescritíveis sobre as terras que tradicionalmente ocupam, consideradas inalienáveis e imprescritíveis.⁴ Segundo a análise de Ana Maria D'Ávila Lopes e Karine Rodrigues Mattos (2006, p. 233):

A exclusão dos índios brasileiros do exercício dos seus direitos, especialmente do direito à terra, ficou evidenciada com a análise histórica da política indigenista adotada desde os tempos da colonização portuguesa, tornando-se clara a necessidade de uma mudança de paradigmas que seja coerente com o nosso atual regime democrático, que demanda o respeito à dignidade e a igualdade de todos os seres humanos. A omissão estatal na sua tarefa de demarcação das terras indígenas constitui uma grave afronta aos direitos dessas comunidades, pois, além de gerar insegurança jurídica sobre quais são as terras que devem ser protegidas, coloca em risco a sobrevivência da própria cultura indígena brasileira, que depende diretamente da terra para sua existência.

4 CF/88, Art. 231, *caput*: São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Art. 231, §4º: As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis (BRASIL, 1988).

O direito à terra insere-se, portanto, na categoria de direito fundamental coletivo dos povos indígenas. “De fato, a mais constante reivindicação indígena sempre foi o respeito às suas terras” (SOUZA FILHO, 2010, p. 483). Somente por intermédio do seu reconhecimento e efetivo exercício será possível o gozo dos demais direitos estabelecidos pelo legislador constituinte. Nesta perspectiva, o direito à terra é *conditio sine qua non* para a efetividade dos demais direitos indígenas.

2.1. Terras tradicionalmente ocupadas: direitos originários?

Os índios, juntamente com os negros, foram torturados e dizimados pelos colonizadores europeus. As atrocidades cometidas pelos portugueses, principalmente, consistiram em um verdadeiro holocausto colonial. Conforme a narrativa de Euclides da Cunha (2000, p. 78), “o Brasil era a terra do exílio; vasto presídio com que se amedrontavam os heréticos e os relapsos, todos os passíveis do *morra per ello* da sombria justiça daqueles tempos”.

Viajantes e cronistas, em atividade subversiva, tentaram induzir a Europa sobre a liberdade dos índios. Em detrimento desta fábula, Afonso Arinos de Melo Franco (2000, p. 228) enaltece que os índios “conheceram muitas vezes a opressão e a tirania”. Não há dúvidas de que, no período colonial, a questão indígena é observada sob o prisma da escravidão. “É notável que essa foi a época em que mais livre e criativamente se discutiram o direito de escravizar os índios e a justiça de se apossar de seus territórios” (CUNHA, 2011, p. 280–281).

Pode-se afirmar que, no plano formal, se procurou proteger alguns direitos e interesses indígenas. Neste afã, muitos decretos, alvarás, cartas régias e leis foram expedidos. Para Dalmo de Abreu Dallari (1981, p. 45), “uma ordenação de 1º de abril de 1680 mandava respeitar os direitos dos indígenas, ‘primeiros ocupantes e donos naturais destas terras’, como dizia a Ordenação”.

Por outro lado, quando as circunstâncias políticas indicavam o contrário, muitos obstáculos foram opostos, sem qualquer cerimônia. Tratando da singularidade do século XIX para a compreensão da história do Brasil, Manuela Carneiro da Cunha (1992, p. 133) entende que:

O século XIX é um século heterogêneo, o único que conheceu três regimes políticos: embora dois terços do período se passem no Império,

ele começa ainda na Colônia e termina na República Velha. Inicia-se em pleno tráfico negreiro e termina com o início das grandes vagas de imigrantes livres. É, como se sabe, um período de tensão entre oligarquias locais e surtos de centralização do poder. É também um século em que o Brasil, à sua maneira, se moderniza: à sua maneira, porque o poder e os privilégios pouco mudam.

Conforme aduz Jacob Gorender (2010, p. 516), “as leis pombalinas de 1755 e 1758 aboliram a escravidão de indígenas, porém seu cumprimento não foi totalmente efetivo”⁵. Quando o sentido da regra era proporcionar benefícios aos povos indígenas, explicam Hilário Rosa e Tales Castelo Branco (2011, p. 214) que:

No entanto, nunca será demais lembrar que estes dispositivos não tiveram qualquer eficácia, nenhum sentido prático. Ficaram no papel e nas intenções porque não havia vontade política na Metrópole para implementá-los. É bem verdade que muito se tem falado daquele Alvará Régio de 01.04.1680 como o ponto de partida para o direito indígena brasileiro. Entretanto, não se deve exagerar neste sentido, pois aquele decantado alvará tinha validade apenas para os índios do Pará e Maranhão. Só mais tarde, por um outro Alvará Régio, de 1755, ele se aplicaria a todo o Brasil. No entanto, logo que aqui chegou a família real portuguesa, fugindo do vendaval napoleônico, em 1808, D. João VI tornou-o letra morta, instituindo entre nós o princípio da “guerra justa”,

5 Como esclarece Lucy Paixão Linhares (1998, p. 129–130): “Os aldeamentos e missões eram estabelecidos em terras do Império, concessões do governo, que tinham inclusive objetivos outros que não o da preservação do modo de vida indígena. Durante o período do governo do Marquês de Pombal (1750-1777), apesar da sua posição a respeito do papel que deveriam desempenhar os índios na colonização e na garantia das fronteiras brasileiras para Portugal, nada foi feito no sentido de resguardar o seu direito às terras que habitavam. Ao contrário, a pressa em transformá-los em brasileiros era tanta que nessa época muitos aldeamentos foram convertidos em povoações e vilas indistintas das demais unidades da divisão administrativa da colônia. (...) A Carta Régia de 1798 extinguiu os aldeamentos indígenas, tornando livre a exploração dos recursos naturais ali existentes. Durante o reinado de D. João VI no Brasil, ocorre a declaração de guerras de extermínio às tribos que opunham resistência à incorporação de suas terras à colonização (Bahia, 1806; Botocudos em Minas, 1808; Kaingang em São Paulo, 1808) e, embora eventualmente se reservasse aos índios algumas léguas de terras (ver Relatórios de Presidentes de Províncias), a política oficial não admitia, como decorrência da ocupação indígena, o seu direito à terra. Para o reconhecimento do direito a seus aldeamentos era necessário que estas terras fossem doadas através de alvarás e cartas régias, sendo destinadas a seu usufruto, enquanto o governo não lhes concedesse pleno gozo, dependendo isso do seu estado de civilização (ou seja, da sua conversão à cidadania brasileira)”.

pelo qual se poderiam escravizar os índios em conflito com os colonos, expropriando-os de suas terras, arrancando-os do seu *habitat*, anulando todos os avanços no sentido de um incipiente direito indígena.

Tanto a Constituição de 1824 como a de 1891, a primeira sob a égide da República, não fizeram qualquer referência à questão indígena. Optaram pela completa omissão. Somente a partir da Constituição de 1934 o direito indígena foi previsto na seara constitucional. Assegurou-se o respeito à posse das terras permanentemente ocupadas pelos índios, cuja alienação encontrava-se vedada. A Carta outorgada de 1967, por sua vez, prescreveu que eram de domínio da União as terras ocupadas pelos silvícolas.

Como marco na trajetória dos direitos indígenas, a Constituição de 1988 reconheceu o indigenato, isto é, os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens (art. 231, *caput*). Entretanto, já nos debates da Assembleia Constituinte, surgiram as discussões sobre a natureza dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas: se antecedentes ou subsequentes a qualquer ato administrativo por parte do Estado.

A doutrina majoritária, com razão, argumenta que os direitos originários precedem o próprio Estado. Esta tese reforça o fato de que os povos indígenas foram literalmente espoliados em todos os sentidos, sejam materiais ou sentimentais. A segunda corrente, por outro viés, sustenta que o direito dos índios à terra vincula-se a uma prestação do Estado, qual seja, o processo administrativo de demarcação de terras indígenas. O Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2010) filiou-se ao primeiro entendimento:

Direitos originários. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente reconhecidos, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se torna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de originários, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Ato, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§6º do art. 231 da CF).

Nesse cenário teve papel crucial a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, de 1989, a qual reconhece a autoidentificação como critério para a classificação dos grupos étnicos. Conforme estipula o seu art. 1º, 2, (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011, p. 15), “a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser tida como critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as disposições desta Convenção”.

Ao cotejar os termos “terras tradicionalmente ocupadas”, estabelecido pela Constituição Federal, e “territórios”, descrito na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, Deborah Duprat (2012, p. 392) conclui que “em ambos os casos a proteção jurídica não se limita ao espaço geográfico da ocupação, alcançando todo o ambiente de que se faz uso tradicional e, inclusive, sua potencialidade de abrigar gerações futuras”. Em compasso com esta interpretação, Alfredo Wagner Berno de Almeida (2012, p. 386–388) observa que:

O texto da Convenção, além de fundamentar-se na autodefinição dos agentes sociais, reconhece de maneira explícita a usurpação de terras desde o domínio colonial, bem como admite casos de expulsão e deslocamento compulsório, ampliando o espectro dos agentes sociais envolvidos, ao falar em povos não exatamente em sinonímia com populações tradicionais [...]. No caso da formação histórica brasileira, pode-se dizer que o dispositivo abre horizontes para o reconhecimento de múltiplas situações sociais que abarcam uma diversidade de agrupamentos tornados invisíveis pelas pretensões oficiais de homogeneização jurídica da categoria povo desde o período colonial. A pluralidade implícita na noção de povos torna públicas diferenças e, ao mesmo tempo, chama a atenção para territorialidades específicas que têm existência efetiva no significado de território nacional. Ela aponta para agrupamentos constituídos no momento atual ou que, historicamente, contrapuseram-se ao modelo agrário exportador, apoiado no monopólio da terra, na escravidão e em outras formas de imobilização da força de trabalho.

O conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios é alheio à ideia de imemorialidade. De modo diverso, a tradicionalidade revela o sentido de temporariedade, de ocupação efetiva, haja vista que a Constituição Federal não reclama “a imemorialidade da ocupação, ou seja, a presença indígena contínua

desde épocas tão remotas que se perdem na memória” (ANJOS FILHO, 2011, p. 937). Esta regressão ao século XVI consistiria em uma exigência teratológica. As terras reservadas ao usufruto exclusivo dos povos indígenas reportam-se ao modo especial de como os índios interagem com suas terras, utilizando-as conforme seus usos, costumes e tradições.

2.2. O processo de demarcação das terras indígenas e o Mandado de Segurança 28.567/DF

O processo de demarcação das terras indígenas no Brasil, disciplinado pelo Decreto nº 1.775/1996, ressalta o caráter declaratório do procedimento administrativo. Estabelece o seu art. 2º, §10, inciso I (BRASIL, 1996), que o Ministro da Justiça, após aprovados os trabalhos de identificação a cargo do órgão indigenista federal, declarará, mediante portaria, os limites da terra indígena, determinando a sua demarcação.

O Mandado de Segurança 28.567/DF, apreciado em sede de liminar, suspendeu o decreto do Presidente da República que declarava a posse indígena de área localizada no Município de Paranhos/MS, denominada Arrorio-Korá. Nesta região encontram-se as propriedades objeto do litígio: Fazendas São Judas Tadeu, Porto Domingos e Potreiro-Corá. Os impetrantes, três fazendeiros, alegaram invasão dos índios Guarani-Kaiowá em 2001⁶.

Em 19 de janeiro de 2010, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Gilmar Ferreira Mendes, acolheu o pedido de liminar. Em um primeiro momento, o acórdão restringiu-se a afirmar a plausibilidade dos argumentos

6 A demanda contemplou os seguintes fundamentos: i) Os imóveis foram transferidos, há décadas, pelo Estado de Mato Grosso do Sul para o domínio privado; ii) O ato seria inconstitucional, pois o Presidente da República não possui legitimidade para a demarcação, sendo esta exclusiva do Congresso Nacional (CF, art. 49, XVI); iii) Violação aos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, pois não tiveram a oportunidade de se manifestarem previamente; iv) É insuficiente o reconhecimento administrativo da área como indígena, sendo imprescindível o pronunciamento judicial; v) Conforme jurisprudência do STF, terras tradicionalmente indígenas seriam somente aquelas efetivamente habitadas por grupos indígenas quando da promulgação da CF/1988; vi). O estudo antropológico seria falho, pois unilateralmente produzido pela Funai e vii) Em relação ao periculum in mora, como o decreto determina o prazo de 30 dias, contados da homologação da terra indígena, para o registro do imóvel em nome da União, a demora na concessão da liminar implicaria a perda definitiva da propriedade.

relacionados à violação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. Este capítulo da decisão, carente de justificação, viola o art. 93, IX, da Constituição, segundo o qual todos os julgamentos deverão ser fundamentados, sob pena de nulidade.

Além disso, acatou-se o raciocínio de que o registro dos imóveis é da década de 1920, muito anterior à data de 5 de outubro de 1988, fixada como marco temporal de ocupação pela jurisprudência do STF. Este pensamento depõe contra o indigenato, uma vez que a Constituição Federal, diversamente de qualquer espécie de outorga, reconheceu os direitos originários dos povos indígenas.

Em sequência, quando ao quesito do *periculum in mora*, o julgador decidiu que o requisito parece evidente. Para tanto, deduziu que a qualquer momento poderá a União proceder ao registro no cartório imobiliário, com a consequente transferência definitiva de propriedade. Ocorre, todavia, que o próprio decreto prevê a possibilidade de indenização para quem eventualmente possua algum título indicativo, pelo menos em tese, de propriedade (art. 2º, §8º). Frise-se que o Decreto nº 1.775/1996 foi declarado constitucional pelo STF no Mandado de Segurança nº 24.045/DF (BRASIL, 2005), cujo relator foi o Min. Joaquim Barbosa.

A lentidão dos processos de demarcação das terras indígenas, acompanhadas das suspensões de decretos, além de postergarem a proteção das terras, geram insegurança jurídica para a comunidade indígena. “A importância da demarcação é inquestionável na medida em que não apenas irá garantir a proteção das terras como meio de sustento, mas também como preservação da própria cultura indígena”. (LOPES; MATTOS, 2006, p. 232). Neste sentido, a crítica contundente de Rinaldo Arruda (2002, p. 137):

Se nos lembrarmos que, embora sob estatuto legal e orientações diversas, a demarcação das terras indígenas é uma meta institucional pelo menos desde a fundação do SPI em 1910, fica evidente a sobreposição de outros interesses do Estado e da sociedade brasileira, cuja política global em relação aos povos indígenas se orientava pela integração por assimilação à sociedade envolvente com a conseqüente (*sic*) dissolução das especificidades culturais. De fato, as condições práticas, para o reconhecimento total das terras indígenas nunca existiram, já que os planos de desenvolvimento do Governo Federal e dos poderes regionais sempre se sobrepuseram aos interesses e direitos indígenas, assim como

a iniciativa privada sempre encontrou canais de pressão e influência suficientes para permitir a não observância desses direitos.

Atualmente, o agronegócio, juntamente com as usinas hidrelétricas e a mineração, funcionam como os principais obstáculos à efetivação dos direitos referentes às terras tradicionalmente ocupadas dos povos indígenas. Neste particular, Ellen Meiksins Wood (2002, p. 198, tradução nossa) aponta que, “como o capitalismo se espalha de forma mais ampla e penetra mais profundamente em todos os aspectos da vida social e do ambiente natural, suas contradições estão cada vez mais fugindo a todos os nossos esforços para controlá-las”⁷. Estes impasses são produtos dos interesses de grupos empresariais que almejam, a qualquer custo, o monopólio da terra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito fundamental à terra dos povos indígenas ainda se insere no mosaico dos direitos a serem implementados⁸. A linha do progresso não pode ser aferida por indicadores estabelecidos pelo Produto Interno Bruto. Valores como respeito aos direitos humanos, justiça social e sustentabilidade ambiental devem fazer parte da agenda do legítimo progresso de uma nação.

A questão indígena faz parte, inexoravelmente, do futuro geopolítico do Brasil. A Assembleia Nacional Constituinte, apesar dos complexos embates, conseguiu formalizar os direitos originários dos povos indígenas. Com efeito, trata-se de um texto moderno, prestigiado, inclusive, por movimentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Entretanto, a efetivação desses direitos, em virtude dos interesses políticos e econômicos que se ramificam

7 No original: “As capitalism spreads more widely and penetrates more deeply into every aspect of social life and the natural environment, its contradictions are increasingly escaping all our efforts to control them”.

8 A despeito da precariedade dos dados quantitativos disponíveis, pode-se asseverar que os resultados de sua aplicação pelos órgãos oficiais são inexpressivos, sobretudo no que tange às terras indígenas, às comunidades remanescentes de quilombos e às áreas extrativistas [...]. No caso destas, ainda não há nenhuma reserva extrativista regularizada fundiariamente, ao passo que o percentual de áreas assim declaradas não chega a 5% das áreas onde há babaquais, castanhais e seringais. No que respeita às terras indígenas, existem ao menos 145 processos administrativos em tramitação, acrescidos de 44 terras a serem demarcadas e outras 23 em processo de homologação, o que corresponde a mais de um terço delas sem qualquer regularização e intrusadas de maneira efetiva. (ALMEIDA, 2012, p. 383–384)

nas estruturas de poder, ainda é uma incógnita. O desafio é grande, mas a esperança é enorme.

Na mitologia, os deuses condenaram Sísifo a empurrar incessantemente uma rocha até o cimo de uma montanha, de onde tornava a cair. Pensaram que não há castigo mais terrível do que o trabalho inútil e sem perspectiva. Por outro lado, o apenado sempre ergueu a rocha. “É preciso imaginar Sísifo feliz” (CAMUS, 2010, p.141). É fundamental o respeito às diferenças e o cultivo da tolerância.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Terras tradicionalmente ocupadas. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. (Coord.). **Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Rio de Janeiro/Brasília: Contra Capa/Laced/Associação Brasileira de Antropologia, 2012. p. 375–390.

ANJOS FILHO, Robério Nunes. O Supremo Tribunal Federal e os direitos dos povos indígenas. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel. (Coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 911–954.

ARAÚJO, Ana Valéria. Povos indígenas e igualdade étnico-racial. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas Martins de. (Coord.). **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Brasília: SEPPIR, 2006. p. 217–255.

ARRUDA, Rinaldo. Territórios indígenas no Brasil: aspectos jurídicos e socioculturais. In: LIMA, Antônio Carlos de Souza; BARROSO-HOFFMANN, Maria. (Org.). **Etnodesenvolvimento e políticas públicas: bases para uma nova política indigenista**. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/Laced, 2002. p. 131–157.

BARBERY, Muriel. **A elegância do ouriço**. Tradução de Rosa Freire d’ Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: CAMPANHOLE, Hilton Lobo; CAMPANHOLE, Adriano. **Constituições do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 5–227.

BRASIL. **Decreto n. 1.775**, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Presidência da República, Brasília, 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 20 abr. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 24.045-DF**. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Diário da Justiça, Brasília, 05ago. 2005, p. 6.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 28.567-DF**/ Medida liminar. Rel^a. Min^a. Ellen Gracie. Diário da Justiça, Brasília, 19jan. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388-RR**. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. Diário da Justiça, Brasília, 25 set. 2009, p. 229.

CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**. Tradução de Ari Roitman e Paulina Watch. Rio de Janeiro; São Paulo: Record, 2010.

CUNHA, Euclides da. **Os sertões: campanha de Canudos**. 39. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora; Publifolha, 2000.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Índios como tema do pensamento social no Brasil. In: BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia Moritz. (Org.). **Agenda brasileira: temas de uma sociedade em mudança**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 278–291.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org.). **História dos índios no Brasil**. 2. ed.

São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: Fapesp, 1992. p. 133–154.

DALLARI, Dalmo. Direitos sobre terras indígenas. In: VIDAL, Lux; CALDARELLI, Carlos Eduardo; TORAL, André A.; RICARDO, Helena Fany; PICCHETTI, Maria Clara; MARQUES, Lygia. (Coord.). **A questão da terra indígena**. São Paulo: Global, 1981. p.45-47.

DUPRAT, Deborah. Territórios tradicionais e o direito produzido pelos Estados nacionais. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. (Coord.). **Antropologia e direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Rio de Janeiro/Brasília: Contra Capa/Laced/Associação Brasileira de Antropologia, 2012. p. 391–394.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 14. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **O índio brasileiro e a revolução francesa: as origens brasileiras da teoria da bondade natural**. 3. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 2000.

GORENDER, Jacob. **O escravismo colonial**. 4. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2010.

HENRIQUES FILHO, Tarcísio. Quilombola: a legislação e o processo de construção de identidade de um grupo social negro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 48, n.192, p. 147–170, out./dez. 2011.

IKAWA, Daniela. Direito dos povos indígenas. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 497–524.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo demográfico 1993**. Rio de Janeiro: IBGE, 1994.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo demográfico 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2009.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

LINHARES, Lucy Paixão. Ação discriminatória: terras indígenas como terras públicas. In: OLIVEIRA, João Pacheco de. (Org.). **Indigenismo e territorialização**: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1998. p. 125–151.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A era dos direitos de Bobbio: entre a historicidade e a atemporalidade. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 48, n. 192, p. 7–19, out./dez. 2011.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; MATTOS, Karine Rodrigues. O direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil — Colônia ao Estado Democrático de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Ano 43, n. 170, p. 221–234, abr./jun. 2006.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Terras indígenas. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. (Coord.). **Antropologia e direito**: temas antropológicos para estudos jurídicos. Rio de Janeiro/Brasília: Contra Capa/Laced/Associação Brasileira de Antropologia, 2012. p. 369–374.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO [OIT]. **Convenção sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Organização Internacional do Trabalho [Convenção 169]. 27 jun. 1989. Brasília: OIT, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011b.

QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional**: as instituições do Estado democrático e constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra, 2009.

ROSA, Hilário; BRANCO, Tales Castelo. Direito dos índios à terra no passado e na atualidade brasileira: gênese do indigenato. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. (Org.). **Grupos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 213–231.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito de ser povo. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 475–495.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. v. 1.

WOOD, Ellen Meiksins. **The origin of capitalism**: a longer view. New York: Verso, 2002.



Constitucional



ALGUNS ASPECTOS SOBRE PROPRIEDADE INTELLECTUAL E MEDICAMENTOS

Aquilino Paulo Antunes

Introdução; 1. Perspectiva económica e tipologia relevante dos direitos de propriedade intelectual; 1.1. A informação enquanto *bem público*; 1.2. A necessidade de intervenção do Estado; 1.3. Modos de protecção da informação resultante de I&D; 1.4. Tipos de direitos de propriedade industrial relevantes na área do medicamento; 2. Prazos de protecção de dados e de comercialização; 2.1. Considerações gerais; 2.2. O regime geral de protecção de dados e de comercialização de medicamentos; 2.3. Regime especial de protecção de dados n.º 1 — Medicamentos órfãos; 2.4. Regime especial de protecção de dados n.º 2 — Medicamentos para uma indicação pediátrica; 3. Patentes e Certificados Complementares de Protecção: 3.1. Considerações gerais; 3.2. Patentes; 3.3. Certificados Complementares de Protecção; 4. Marcas: 4.1. Considerações gerais; 4.2. Relevância das marcas para os medicamentos; 4.3. Breve parêntesis sobre importações paralelas; 5. Os litígios entre medicamentos de referência e genéricos em matéria de direitos de propriedade industrial: 5.1. Considerações gerais; 5.2. Génese; 5.3. A Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro; 6. Breve referência ao Tribunal Unificado de Patentes e aos problemas que suscita para o acesso a medicamentos em Portugal.



INTRODUÇÃO

O presente documento visa apenas fazer uma breve resenha dos mecanismos de protecção da propriedade intelectual relacionada com medicamentos e de alguns dos problemas que, no direito português, se suscita a esse propósito.

1. PERSPECTIVA ECONÓMICA E TIPOLOGIA RELEVANTE DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL

1.1. A informação enquanto bem público

A informação, também sob o ponto de vista económico, reveste a natureza de bem público. O bem público é aquele cuja utilização é indivisível, na medida em que o seu gozo não varia na proporção inversa do número de utilizadores, em que o produtor do bem não pode excluir terceiros — pelo menos sem um elevado custo — da sua utilização e em que o beneficiário do bem também não pode rejeitar essa utilização¹.

Dito de outro modo, o bem público reveste as características de não rivalidade no consumo, porque o uso por mais um indivíduo não diminui o gozo do bem pelo indivíduo anterior, e de não exclusividade, na medida em que não é racionalmente possível excluir ninguém da sua utilização².

Significa isto que, no caso de invento patenteado, uma vez revelada a respectiva informação decorrente da investigação, já não pode o inventor construir barreiras físicas que impeçam terceiros de usufruir da, e difundir a, informação revelada, através do *free riding*³.

Esta característica conduz à adopção de mecanismos próprios de protecção deste tipo de informação, que, no caso do medicamento, reveste diversas cambiantes.

1 Cfr. Samuelson, P.A. (1982), 24, 25, 152, 155-160; Araújo, F. (2005), 579-585; Araújo, F. (2008), 68- 71.

2 Cfr. Nota anterior.

3 Spinello, R. A. & M. Bottis (2009), 177.

1.2. A necessidade de intervenção do Estado

A natureza de bem público da informação, referente à investigação e desenvolvimento de medicamentos, exige por parte do Estado, por um lado, a criação de mecanismos tendentes à sua protecção.

Por outro lado, nos mercados não regulados, não há incentivos à criatividade nem à revelação de inovações não óbvias. Por isso, justifica-se a intervenção estatal no sentido de criar mecanismos de incentivo à investigação e de desenvolvimento e de revelação da informação daí resultante, como forma de aumentar a informação disponível que permita o avanço do estado da técnica e a investigação incremental, ainda que a utilização dessa informação possa estar sujeita a restrições, designadamente temporais.

Veremos de seguida quais os modos de intervenção estatal para a protecção da informação inovadora no caso dos medicamentos.

1.3. Modos de protecção da informação resultante de I&D

Na área do medicamento existem essencialmente dois mecanismos de protecção da informação: o do sistema de patentes e certificados complementares de protecção (CCP) e o dos prazos de protecção de dados.

A patente constitui, sob o ponto de vista económico, uma forma de assegurar a revelação da informação por parte do investigador⁴. Este, após a descoberta de uma determinada invenção que revista novidade, actividade inventiva e aplicação industrial, pode, para proteger o seu invento, optar por manter o seu segredo; revelar a invenção, patenteando-a⁵; adoptar um comportamento de “ética de partilha”, se buscar o conhecimento pelo conhecimento e se pretender criar condições para a discussão *inter pares* de onde nasça novo conhecimento; ou proceder à revelação estratégica da informação, colocando-a no domínio público e evitando — ou, pelo menos, dificultando — a obtenção de patentes

4 Maia, J. M. (2007); Maia, J. M. (2003), 51. Patentear é tornar patente ou revelar.

5 Araújo, F. (2008), 191 e ss; Gonçalves, L. C. (2013), sobre os requisitos de patenteabilidade.

cruzadas que obstaculizem a evolução da investigação⁶. Esta revelação estratégica aconteceu, por exemplo, com a sequenciação do genoma humano.

A patente, além de implicar a revelação da informação, constitui, assim, uma forma artificial e *ope legis* de protecção da informação consubstanciada no invento resultante da actividade de investigação, levada a cabo pelo inventor. Este mecanismo legal visa corrigir a falha de mercado decorrente natureza de bem público que a informação reveste.

Quando se fala em patente, pode falar-se também em certificado complementar de protecção, pois os mesmos são figuras muito próximas e interdependentes, embora com algumas diferenças de regime. Falaremos destes certificados mais adiante.

O outro sistema de protecção da informação relacionada com I&D de medicamentos é o dos prazos de protecção de dados e de comercialização, de que falaremos de seguida.

1.4. Tipos de direitos de propriedade industrial relevantes na área do medicamento

Ambos os sistemas (patentes/CCP e protecção de dados/de comercialização) visam garantir um período de tempo em que o inventor ou o titular dos dados goza do exclusivo de exploração económica do objeto destes direitos, de modo a permitir o retorno do investimento realizado.

Estes são, por conseguinte, dois tipos de direitos de propriedade intelectual relacionados com a protecção da informação. Mas, também relevante para a área dos medicamentos, temos ainda outro tipo de direito de propriedade intelectual, que é o regime de protecção das marcas.

Assim e em resumo, a tipologia dos direitos de propriedade intelectual relevante na área dos medicamentos é a seguinte:

- Prazos de protecção de dados e de comercialização;
- Patentes e certificados complementares de protecção;
- Marcas.

Vamos analisá-los um pouco mais detalhadamente de seguida.

6 Araújo, F. (2008), 203 e ss.

2. PRAZOS DE PROTECÇÃO DE DADOS E DE COMERCIALIZAÇÃO

2.1. Considerações gerais

Os prazos de protecção de dados visam à recuperação do investimento na realização dos ensaios (pré-clínicos, clínicos e toxicológicos) necessários à obtenção da autorização de introdução no mercado (AIM) do medicamento. Estes prazos têm o seu fundamento de direito internacional no n.º 3 do artigo 39.º do Acordo TRIPS.

Em regra, os prazos de *protecção de dados* consistem na proibição temporária de utilização, pela autoridade competente, dos resultados dos ensaios clínicos, pré-clínicos e toxicológicos de determinado medicamento de referência, para a aprovação de um seu genérico, e na subsequente *proibição temporária do início de comercialização* do genérico.

Assim, os prazos de protecção de dados e de comercialização visam garantir ao medicamento de referência um determinado período de “exclusivo de mercado”. Pode nesta sede identificar-se um regime geral e dois regimes especiais, aplicáveis aos medicamentos órfãos e para uma indicação pediátrica.

2.2. O regime geral de protecção de dados e de comercialização de medicamentos

O regime geral resulta do direito da União Europeia e pressupõe a existência de um medicamento de referência, que está, ou esteve, autorizado pela Comissão Europeia ou por qualquer dos Estados membros (artigo 10.º, n.º 1, da Directiva n.º 2001/83/CE, alterada)⁷.

7 Cfr. Directivas n.ºs 2001/83/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Novembro de 2001 e 2004/27/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004 e Regulamento (CE) 726/2004, de 31 de Março de 2004. Cfr. Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto. Logicamente, desde que a cessação da autorização ocorra por razões que não tenham a ver com a qualidade, segurança ou eficácia do medicamento. Esta norma destinou-se a obstar à repetição de situações como a do “Losec” em que a respectiva titular retirou a dosagem de 40 mg do medicamento do mercado com o objectivo de obstar a que o mesmo fosse usado como referência para genéricos.

O mesmo medicamento de referência goza de 8 anos de protecção de dados, contados da data da primeira autorização no espaço comunitário (mesmo artigo) e do “exclusivo de mercado” de 10 anos, contados da mesma data [mesmo artigo 10.º, n.º 1, segundo parágrafo, da Directiva e artigo 19.º/1 e 19.º/3/a) do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto].

Este “exclusivo do mercado” pode ser de 11 anos, desde que, nos 8 anos contados da obtenção da autorização de introdução no mercado, seja concedida autorização para uma ou mais novas indicações, que tragam benefício clínico significativo em comparação com as terapias existentes, e que este benefício seja reconhecido na avaliação científica prévia à mesma autorização [quarto parágrafo do n.º 1 do referido artigo 10.º da Directiva e artigo 19.º/3/b) do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto].

Pode ainda ser concedido um ano não cumulativo de protecção de dados quando seja pedida autorização para uma nova indicação de uma substância de uso médico bem estabelecido — isto é, que seja usada pelos médicos na União Europeia há pelo menos 10 anos, com eficácia reconhecida e um nível de segurança aceitável (artigo 10.º-A da Directiva) — e desde que tenham sido realizados ensaios pré-clínicos ou clínicos significativos relativos à nova indicação (n.º 5 do artigo 10.º da Directiva e artigo 19.º/7 do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto).

Pode também ser concedido um ano de protecção de dados, no caso de alteração da classificação quanto à dispensa ao público — por exemplo, passagem de medicamento sujeito a receita médica para medicamento não sujeito a receita médica — quando essa alteração tenha sido fundamentada em ensaios pré-clínicos e clínicos significativos (artigo 74.º-A da Directiva e artigo 113.º/6 do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto).

Julga-se que a razão de ser da duração destes prazos na União Europeia — recorde-se que, até a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, em Portugal o prazo era de apenas seis anos — era garantir que, uma vez esgotados tais prazos, o medicamento genérico poderia, inequivocamente, ser comercializado. Porém, como no artigo 10.º da Directiva — artigo 19.º do Decreto-Lei — se ressaltaram os direitos da propriedade industrial, admitiu-se expressamente que estes poderiam ser mais extensos, potenciando assim o recurso à extensão artificial das patentes, como forma de retardar o acesso dos concorrentes ao mercado.

2.3. Regime especial de protecção de dados n.º 1 – medicamentos órfãos

O Regulamento n.º 141/2000, sobre medicamentos órfãos, estabelece um prazo-regra de 10 anos durante o qual a Comunidade e os Estados membros abster-se-ão, em relação a um medicamento similar com a mesma indicação terapêutica de um medicamento já autorizado, de: (i) aceitar outro pedido de autorização de introdução no mercado⁸; (ii) conceder uma autorização de introdução no mercado; (iii) dar seguimento a um pedido da extensão de uma autorização já existente (cfr. n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento)⁹.

Os 10 anos contam-se da concessão da autorização para o medicamento órfão, mas pode ser reduzido a apenas seis anos se, no final do quinto ano, “se comprovar” que o medicamento deixou de cumprir os requisitos de que depende a designação como medicamento órfão ou se for autorizado um medicamento similar, em três casos, a saber: (i) com consentimento do titular da AIM do medicamento órfão original¹⁰; (ii) por insuficiência do abastecimento ao mercado pelo titular da AIM do medicamento órfão original ou (iii) quando o requerente demonstre que o similar é mais seguro, mais eficaz ou clinicamente superior noutros aspectos significativos ao original (n.º 3 do artigo 8.º).

8 Regulamento (CE) n.º 141/2000, do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Dezembro de 1999, relativo aos medicamentos órfãos.

9 Sobre o conceito e o regime das extensões, vejam-se a alínea t) do n.º 1 do artigo 3.º e o Anexo IV do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto.

10 Medicamentos órfãos: Os destinados ao diagnóstico, prevenção ou tratamento de patologias que, na comunidade:

- Coloquem em perigo a vida ou sejam cronicamente debilitantes de até 5 pessoas por cada 10000; ou
- Coloquem em perigo a vida, sejam cronicamente debilitantes ou sejam graves e crónicas e que seja pouco provável que, sem incentivos, a sua comercialização gere receitas que justifiquem o investimento necessário,
- desde que, em qualquer dos casos, não exista autorizado na Comunidade qualquer método satisfatório de diagnóstico, prevenção ou tratamento de tal patologia ou, quando exista, os medicamentos em questão apresentem um benefício significativo para os doentes (artigo 3.º, n.º 1). Cfr. também, em termos gerais, o artigo 22.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, sobre o consentimento do titular.

2.4. Regime especial de protecção de dados n.º 2 – medicamentos para uma indicação pediátrica

O Regulamento (CE) n.º 1901/2006 sobre medicamentos para uma indicação pediátrica consagra, além da prorrogação do certificado complementar de protecção já referida, alguns privilégios especiais da área regulamentar: protecção de dados pelo período de um ano quando, tratando-se de medicamento protegido por patente ou por certificado complementar de protecção, o pedido conduzir à autorização de uma indicação pediátrica que traga um benefício clínico significativo, relativamente às terapias existentes (n.º 5 do artigo 36.º do Regulamento)¹¹; alargamento de 10 para 12 anos do período de “exclusivo de mercado” previsto no n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento (CE) n.º 141/2000 para os medicamentos órfãos, quando o pedido incluir os resultados de todos os estudos realizados em conformidade com o plano de investigação pediátrica aprovado e a AIM inclua a certificação dessa conformidade, ou quando, apesar de não ser autorizada uma indicação pediátrica, os resultados dos referidos estudos se reflectam no resumo das características do medicamento e, caso se justifique, no folheto informativo do medicamento em causa (cfr. artigo 37.º).

3. PATENTES E CERTIFICADOS COMPLEMENTARES DE PROTECÇÃO

3.1. Considerações gerais

A maioria dos Estados à volta do Globo consagra aquilo que se chama de direitos de exclusivo a favor do titular da patente, porque, por um lado, a revelação da informação em sede da patente contribui para o avanço do estado da técnica — fazendo cessar investigações paralelas que estivessem a decorrer e assim permitindo a canalização de recursos para actividades mais eficientes

11 Regulamento (CE) n.º 1901/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho de 12 de Dezembro de 2006, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1902/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Dezembro de 2006, relativo a medicamentos para uso pediátrico e que altera o Regulamento (CE) n.º 726/2004.

— de modo que, nomeadamente, outros inventores podem fazer, a partir da patente, investigação incremental e, por outro, uma vez verificada essa revelação, o inventor não pode impedir terceiros de utilizarem a informação revelada¹². A solução passa, por isso, pela atribuição desse conjunto de direitos, que constituem a contrapartida estatal da revelação da informação consubstanciada no invento¹³.

Embora essa protecção possa ser diferente de Estado para Estado, existe alguma uniformidade de regimes, pelo menos, no que respeita aos membros da Organização Mundial de Comércio, cujo tratado instituidor consagra um dos seus anexos à protecção da propriedade intelectual — o Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio (Acordo ADPIC/TRIPS) — bem como aos membros da Organização Mundial da Propriedade Intelectual ou da Convenção da Patente Europeia¹⁴.

Aderindo à posição defendida pela “escola de Lisboa”, entendemos que os direitos conferidos pela patente são direitos de exclusivo, na medida em que o seu titular pode excluir terceiros da exploração industrial e comercial do invento patenteado¹⁵. Estes direitos constituem a contrapartida estatal pelo contributo dado pelo inventor para o avanço do estado da técnica, designadamente no que respeita ao investimento que efectuou em investigação e desenvolvimento, e constituem também um incentivo à continuação da investigação¹⁶. É discutido se este é o melhor sistema de incentivo à investigação ou se a compensação pelo patenteamento deveria ser um regime dual. Este regime dual seria composto por duas alternativas, à escolha do inventor. A primeira seria o sistema de patentes e a segunda seria um sistema de recompensas, que consistiria no pagamento directo ao inventor pela revelação do invento e pela imediata entrada deste no domínio público. Quem defende o funcionamento destes sistemas em paralelo, permitindo a opção por qualquer deles por parte do inventor, entende que esta seria uma solução mais eficiente¹⁷. Temos para nós que esta poderá ser

12 Ascensão, J. O. (2008); Pugatch, M. P. (2004), 4; Spinello, R. A. & M. Bottis (2009), 15 e ss.

13 Sobre a natureza jurídica dos direitos de propriedade industrial, a doutrina divide-se entre as “escolas” de Coimbra e de Lisboa. Cfr. Ascensão, J. O. (2008) e Gonçalves, L. C. (2013), 15-32.

14 Cfr. Resolução da Assembleia da República n.º 75-B/94, de 27 de Dezembro. Pugatch, M. P. (2004), 1.

15 Veja-se, sobre a natureza do direito de propriedade industrial, Ascensão, J. O. (2008) e Gonçalves, L. C. (2013), 15-32.

16 Cfr. Maia, J. M. (2003), 51; Gonçalves, L. C. (2013), 35 e ss.

17 Shavell, S. & T. V. Ypersele (1999).

uma solução mais equilibrada para a protecção da informação resultante de investigação e desenvolvimento, no caso dos medicamentos em Portugal, a par de outras soluções que igualmente equacionaremos infra.

No caso dos medicamentos, a necessidade de protecção da saúde reclama a procura de terapias cada vez mais inovadoras, de modo a aumentar a esperança média e a qualidade de vida das populações. Por esse motivo, existe da parte dos Estados o reconhecimento da necessidade de incentivar a investigação e desenvolvimento de novos fármacos por parte da indústria farmacêutica¹⁸.

3.2. Patentes

A patente, ou o certificado complementar de protecção, incidente sobre os medicamentos originais, confere aos seus titulares o direito de exploração exclusiva do produto ou do processo protegido, bem como o direito de impedir terceiros de, sem o seu consentimento, fabricarem, oferecerem, armazenarem, introduzirem no comércio ou utilizarem um produto objecto de patente, ou importarem ou possuírem o mesmo, para algum dos fins mencionados¹⁹. A justificação é a de que este direito de exclusivo ou de monopólio constitui a contrapartida estatal pela revelação de uma nova invenção em proveito da sociedade, susceptível de contribuir para o desenvolvimento social e para a evolução do estado da técnica, em termos que, uma vez decorrido o período de exclusividade e de protecção, toda a sociedade possa utilizá-la²⁰.

No fundo, estes direitos permitem que só o titular da patente (ou outrem com autorização/licença deste) comercialize o invento patenteado.

No entanto, existem limites a estes direitos. Desde logo e para o que nos interessa, a regra de que não violam a patente os actos realizados exclusivamente

18 Este propósito a nível da União Europeia — a par de outros, como seja a não deslocalização da indústria para zonas mais competitivas — está bem patente nos Considerandos do Regulamento (CE) n.º 1768/92, actualmente substituído pelo Regulamento (CE) n.º 469/2009, que cria um certificado complementar de protecção para medicamentos. Este Regulamento visa, no essencial, garantir uma extensão da patente de base, de modo a que uma substância activa patenteada utilizada na composição de um medicamento possa ser protegida durante um período não superior a quinze anos, contados da concessão da primeira autorização de introdução no mercado na União Europeia para essa substância como medicamento.

19 Cfr. Maia, J.M. (2007).

20 Cfr. neste sentido, por todos, Maia, J.M. (2003), 51.

para fins de ensaio ou experimentais, incluindo experiências para preparação dos processos administrativos necessários à aprovação de produtos pelos organismos oficiais competentes. É, no entanto, obrigatório que a exploração industrial ou comercial desses produtos não se inicie antes da extinção da patente que os protege²¹.

A atribuição da patente depende do preenchimento de três requisitos essenciais: novidade, actividade inventiva e aplicação industrial. A patente pode proteger processos (por exemplo, processo de fabrico da substância activa); produtos (por exemplo, medicamentos); utilizações (por exemplo, nova indicação do medicamento).

O âmbito da protecção conferida pela patente é delimitado pelas suas reivindicações. A patente confere uma protecção pelo prazo de 20 anos após o depósito do pedido de patente — a imposição de um limite temporal aos direitos de exclusivo conferidos pela patente visa restringir práticas de captura de renda (*rent seeking*) e de preços de monopólio.

3.3. Certificados Complementares de Protecção

O prazo de validade da patente é de 20 anos contados do depósito do pedido. Porém, tendo em conta que a comercialização do medicamento depende de uma autorização administrativa (AIM), a qual, atenta a necessidade de realização dos ensaios, só é concedida numa fase muito adiantada do prazo de validade da patente, é concedido pelo Regulamento (CE) n.º 469/2009, já referido, um certificado complementar de protecção (CCP) a partir do termo da patente, de modo que o titular do medicamento autorizado possa dispor de um período adicional de protecção não superior a cinco anos, em termos absolutos, nem superior a 15 anos, contados da concessão da primeira autorização de introdução no mercado comunitário. O certificado complementar de protecção pode ser prorrogado em 6 meses, no caso de medicamento para uma indicação pediátrica²².

21 Alínea c) do artigo 102.º do Código da Propriedade Industrial.

22 Desde que o requerente da autorização do medicamento instrua o pedido com os resultados de todos os estudos realizados em conformidade com o plano de investigação pediátrica e a autorização de introdução no mercado inclua a certificação dessa conformidade, ainda que esses resultados não conduzam à obtenção da autorização para uso pediátrico, desde que, neste caso, os mesmos estudos se

Os CCP visam incentivar a manutenção da I&D de medicamentos na União Europeia.

No máximo, a protecção concedida pelo CCP poderá, em regra, ir até cinco anos. No caso de medicamentos autorizados para uma indicação pediátrica, cinco anos e meio.

Pode haver CCP negativo, desde que o resultado final seja uma protecção acima dos 15 anos (no caso de AIM para indicação pediátrica) — Acórdão do TJUE proferido no processo C-125/10: a AIM foi concedida em prazo inferior a 5 anos (4A8M16D), pelo que o titular da patente usufruiu mais do que os 15 anos de exploração previstos pelo regulamento CCP; porém, o Tribunal entendeu que podia ser concedido CCP para o medicamento, com o objectivo de beneficiar dos seis meses de prorrogação por AIM para indicação pediátrica, porque, deste modo, haveria um benefício para o titular que excederia os 15 anos de exploração pós-AIM). Assim, o medicamento beneficiou de 15A2M16D de protecção.

Requisitos da obtenção do CCP (artigo 3.º do Regulamento):

- A substância activa (SA) (ou a associação de SA):
 - a. Estar protegida por patente (deve constar das reivindicações — Acórdão do TJUE proferido no processo C-322/10);
 - b. Ter obtido AIM como medicamento;
 - c. Não ter sido já objecto de CCP.
- A AIM ser a primeira da SA como medicamento (mesmo que o medicamento inclua outras SA além da associação protegida — Acórdão do TJUE proferido no processo C-322/10).

Limites da protecção do CCP (artigo 4.º do Regulamento):

- Limites resultantes da patente de base;
- Limites do produto coberto pela AIM para qualquer utilização como medicamento autorizada antes do termo do CCP.

reflectam no resumo das características do medicamento e, caso se justifique, no folheto informativo do medicamento em causa (n.º 1 do artigo 36.º do Regulamento (CE) n.º 1901/2006).

4. MARCAS

4.1. Considerações gerais

A marca é um sinal distintivo do comércio. Sob o ponto de vista económico, as marcas facilitam a identificação dos produtos e a escolha pelo consumidor; incentivam as empresas a produzir bens de qualidade desejável, mesmo que a qualidade de algumas características não seja identificável antes da compra; reduzem os custos decorrentes da assimetria informativa (o vendedor tem mais informação sobre as características do produto do que o comprador); permitem ao consumidor acreditar que o produto tem o *standard* de qualidade que ele associa à marca, mesmo quanto às características não observáveis antes da compra (no fundo, há uma ignorância estratégica por parte do consumidor que opta por confiar na informação que a marca lhe confere, evitando assim os custos da sua própria investigação quanto à qualidade das características do produto).

4.2. Relevância das marcas para os medicamentos

No que se referem aos medicamentos, as marcas permitem associar a imagem de qualidade do Titular da AIM ao produto, bem como distinguir o produto relativamente a medicamentos genéricos (os quais nem sequer deveriam ter marca, mas em Portugal têm, seguida da sigla MG) — no fundo, o medicamento de marca distingue-se do genérico pelo facto de, além de uma marca distinta, este ostentar a sigla MG.

No direito português, esta distinção entre medicamentos de marca e medicamentos genéricos tem implicações ao nível da diferença de regimes aplicáveis (regime de preços/regime de comparticipação – SPR, regime de prescrição e dispensa).

A marca releva ainda no caso particular dos medicamentos objecto de importação paralela, que veremos de seguida.

4.3. Breve parêntesis sobre importações paralelas

Numa noção muito simplista de importação paralela no caso aplicável a Portugal, o medicamento é comprado num Estado membro da União Europeia onde o preço é inferior, para ser vendido em outro Estado membro onde o preço é superior²³.

A Autorização de Importação Paralela (AIP) pressupõe que (i) o medicamento a importar seja idêntico ou essencialmente similar a um que tenha AIM no nosso país, que (ii) a eventual diferença de excipientes não tenha incidência terapêutica e que (iii) a autorização não represente um risco para a saúde pública²⁴.

Sob o ponto de vista económico, as importações paralelas visam permitir a concorrência pelo preço dentro do mercado único. Sob o ponto de vista jurídico, as importações paralelas assentam na livre circulação de mercadorias, na livre concorrência e no princípio do esgotamento do direito.

Portugal até é mais exportador do que importador, dado que os nossos preços são relativamente baixos. Tanto assim que se tornou necessário condicionar a exportação de certos medicamentos a uma notificação prévia ao INFARMED (cfr. artigo 100.º/3 do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto).

A importação paralela pode servir como argumento negocial dos preços: nos países importadores, beneficia o Estado (os produtores tendem a baixar os preços); nos países exportadores, beneficia as empresas (os preços tendem a não baixar).

O problema associado à marca nas importações paralelas de medicamentos radica na necessidade de respeito pela marca e, para esse efeito, na eventual necessidade de reembalagem/re-rotulagem (excepto se se tratar de embalagens de medicamentos autorizados pelo procedimento centralizado — Acórdão do TJUE proferido no processo C-433/00).

Segundo o regime em vigor em Portugal, se (i) o medicamento a importar tiver sido fabricado noutro Estado membro, por uma empresa contratualmente ligada ao titular da AIM em Portugal ou a outra empresa do mesmo grupo ou

23 Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, cfr. Antunes, A.P. (2013.)

24 «Medicamento essencialmente similar», o medicamento com a mesma composição qualitativa e quantitativa em substâncias ativas, sob a mesma forma farmacêutica e para o qual, sempre que necessário, foi demonstrada bioequivalência com o medicamento de referência, com base em estudos de biodisponibilidade apropriados» [alínea II) do n.º 1 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto].

se (ii) o titular da AIM em Portugal fabricar ou comercializar o medicamento ao abrigo de um acordo com o titular da AIM no país de proveniência ou com uma empresa a este contratualmente ligada, presume-se que o medicamento a importar é essencialmente similar ao medicamento autorizado em Portugal e que aquele não representa risco para a saúde pública [alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 81.º do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto, e Acórdão do TJUE proferido no processo C-112/02].

O procedimento de autorização de importação paralela é condicionado pela necessidade de demonstração da eventual necessidade de reembalagem ou re-rotulagem do medicamento, bem como pela necessidade de respeito pelo direito de marca do titular da AIM do medicamento considerado — isto é, o medicamento possuidor de AIM em Portugal, por referência ao qual é reclamada similaridade essencial por parte do medicamento a importar²⁵. Tanto assim que o requerente de AIM é obrigado a notificar ao titular da AIM em Portugal uma amostra do medicamento, a rotulagem e o folheto informativo, entre outros elementos (cfr. artigo 84.º/4 do Decreto-Lei n.º 176/2006, de 30 de Agosto).

A par do respeito pela marca, releva ainda em matéria de importações paralelas o princípio do esgotamento do direito. Este decorre, a nível do direito internacional, do artigo 6.º do Acordo TRIPS, que permite o esgotamento de âmbito internacional, regional ou nacional, bem como do direito da União Europeia, que apenas permite o esgotamento regional confinado ao mercado interno e Espaço Económico Europeu (artigo 102.º do TFUE).

A nível do direito nacional, o princípio do esgotamento do direito resulta do artigo 103.º do Código da Propriedade Industrial e é de âmbito regional, em conformidade com o direito da União Europeia.

Este princípio implica que, no momento em que o titular de direitos de propriedade industrial (patente ou certificado complementar de protecção) sobre um medicamento, ou outrem com o seu consentimento, coloca no mercado determinadas embalagens desse medicamento em qualquer ponto da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu, se esgota esse direito. Pelo

25 Sobre estas questões na União Europeia, vejam-se, entre outros, os acórdãos de 23 de Maio de 1978, *Hoffmann-La Roche*, processo C-102/77; de 3 de Dezembro de 1981, *Pfizer*, processo C-1/81; de 11 de Julho de 1996, *Bristol-Myers Squibb e o.*, processos apensos C-427/93, C-429/93 e C-436/93; de 11 de Julho de 1996, *MPA Pharma*, processo C-232/94; e 28 de Julho de 2011, *Orifarm*, processos apensos C-400/09 e C-207/10, do TJUE.

que deixa de existir impedimento, fundado nesses direitos, a que um qualquer operador económico adquira essas embalagens no próprio mercado e as coloque no mercado noutra parte da União.

Deste modo, os direitos de propriedade industrial não constituem, em princípio, obstáculo às importações paralelas, salvo quando desrespeitada a marca do titular da AIM.

5. OS LITÍGIOS ENTRE MEDICAMENTOS DE REFERÊNCIA E GENÉRICOS EM MATÉRIA DE DIREITOS DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

5.1. Considerações gerais

Os titulares de patentes e certificados complementares de protecção tendem, em alguns casos, a procurar maximizar a sua renda monopolista, decorrente dos direitos de exclusivo, não hesitando nalguns casos em adoptar estratégias de prolongamento artificial e de facto desses direitos²⁶.

26 A tendência de prorrogação artificial dos direitos conferidos pela patente não é nova e, em várias partes do Globo, pelo menos desde o início da patenteabilidade das especialidades farmacêuticas, em meados do século XX, tem dado lugar a diversos jogos adaptativos, quer do lado da oferta, quer do lado da procura e dos terceiros que, neste caso, são os sistemas de protecção na saúde que, no todo ou em parte, participam no custo de aquisição de alguns medicamentos. Esses jogos têm geralmente o objectivo, do lado da oferta, da maximização da renda e, do lado da procura, de acesso aos medicamentos ao preço mais baixo possível. A título de exemplo, vejam-se, como formas de obstar à renda monopolista, a introdução do próprio conceito de medicamento genérico — que beneficia dos resultados da investigação alheia, benefício este justificado sob o ponto de vista ético, pela inexigibilidade da constante realização de ensaios pré-clínicos e clínicos em animais e em seres humanos para a autorização de medicamentos similares a outro cujos ensaios já foram realizados e apreciados — que visou, assim, baixar os custos de autorização e aquisição destes medicamentos. Vejam-se, também, as regras de prescrição médica obrigatória, que visam a segmentação e a incidência da acção promocional junto dos médicos e o seu contraponto que é a substituição pelo farmacêutico do medicamento prescrito por um genérico, que visa anular a escolha direccionada por parte do médico e também transferir o foco promocional para o farmacêutico.

Sobre os monopólios, em termos gerais, cfr. Araújo, F. (2005), 337 e ss. Sobre o prolongamento artificial dos direitos conferidos pela patente, cfr. Marques, J. P. R. (2008), 19 e ss.

Daí que surjam com frequência litígios entre os titulares dos direitos de propriedade industrial sobre medicamentos de marca (de referência, originais ou inovadores) e os produtores de genéricos.

Enquanto os produtores dos medicamentos de marca pretendem prolongar o seu monopólio, os produtores de genéricos pretendem aceder ao mercado. Foi assim que, desde finais de 2006, se assistiu em Portugal a um intensificar de litígios entre estas partes.

Claro que o Estado e os utentes são também partes interessadas nestas matérias, por via das comparticipações e do acesso a medicamentos a custos comportáveis, respectivamente.

5.2. Génese

Vários factores contribuíram para o aumento da litigiosidade em Portugal entre produtores de medicamento de referência e de medicamentos genéricos, por virtude de direitos de exclusivo. Mencionaremos aqui apenas os que nos parecem mais relevantes no contexto deste trabalho²⁷.

a) Patente de *processo* vs *produto*

No direito português ocorreu uma circunstância que contribuiu decisivamente para o aumento dos custos de transacção e, conseqüentemente, da litigância a propósito das patentes farmacêuticas.

Com efeito, actualmente existem três tipos diversos de patente: patente de processo; patente de produto e patente de uso. O Código da Propriedade Industrial de 1940, ao contrário do que acontecia noutros Estados, não permitia, em Portugal, a patenteabilidade de especialidades farmacêuticas como patente de produto ou de uso; apenas permitia a patente do processo de fabrico da substância activa utilizada na especialidade farmacêutica.

Por isso, acontecia que patentes que noutros países como, por exemplo, o Reino Unido, eram registadas como patentes de produto, surgiam, em nosso país, transformadas em patentes de processo. Na maioria dos casos, essa transformação consistia em meras alterações de expressões como “produto caracterizado por” para “processo caracterizado por”.

²⁷ Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, cfr. Antunes, A.P. (2014).

Este facto colocava logo problemas quanto à validade da patente, designadamente no que respeita ao requisito da novidade do invento, na medida em que, notadamente, não poderia considerar-se novo um invento — um processo — que, por ter beneficiado de uma patente de produto noutra país, já se encontrava compreendido no estado da técnica²⁸.

Porém, a situação agravou-se ainda mais aquando da entrada em vigor do Código da Propriedade Industrial de 1996, que “transpôs” para o direito nacional o Acordo ADPIC/TRIPS. Com efeito, por força deste Acordo de direito internacional, passou a ser obrigatória — embora, nalguns casos, com uma dilação temporal quanto à entrada em vigor — a patenteabilidade de produto em todos os Estados subscritores²⁹.

Com fundamento nesta alteração legislativa, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) convidou os requerentes de pedidos de patentes farmacêuticas de processo a, em determinado prazo, converter esses pedidos em pedidos de patentes farmacêuticas de produto³⁰.

Ainda que possa discutir-se se o INPI poderia ter feito esse convite — e já nos inclinámos mais no sentido da resposta negativa do que actualmente — o certo é que a conversão implicava alterações que igualmente colocavam em causa o *due process* legalmente estabelecido — como seja a publicação do pedido, que, tendo sido feita como de processo, já não podia passar a publicação de pedido de produto — e, uma vez mais e entre outros aspectos, o requisito da novidade³¹. Passaram a surgir diversas decisões dos nossos tribunais — em especial o da Relação de Lisboa — a declararem essas patentes nulas³².

Estes dois aspectos: patentes de produto travestidas de patentes de processo para contornar a proibição legal da patenteabilidade de produto e o seu posterior reverso, que foi o desfazer dessa situação a convite do INPI, contribuíram decisivamente para aumentar as dúvidas quanto à definição dos direitos de propriedade, por um lado, dos titulares destas patentes farmacêuticas

28 Maia, J. M. (2007); Maia, J. M. (2003), 51.

29 Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Julho de 2009, proferido no processo n.º 898/06.9TYLSB.L1-7, disponível em www.dgsi.pt.

30 Cfr. Nota anterior; Ascensão, J. O. (1996).

31 Gonçalves, L. C. (2013) (requisitos de patenteabilidade/patentes nulas)

32 Veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Julho de 2009, proferido no processo n.º 898/06.9TYLSB.L1-7, disponível em www.dgsi.pt.

e, por outro, dos produtores de medicamentos genéricos que incluíssem na sua composição substâncias activas protegidas por essas patentes³³.

E, deste modo, a referida incerteza quanto aos direitos de cada parte aumentou drasticamente os custos de transacção, na medida em que ambas as partes optaram por assumir o risco da litigância em detrimento de soluções negociadas que conduzissem a uma diferente alocação dos recursos, pelo menos entre empresas³⁴.

b) Demora processual

A demora nos Tribunais de Comércio para decisão de providências cautelares e de acções visando a discussão de eventuais violações ou nulidades das patentes também contribuiu para a entrada precoce de genéricos no mercado, que assim estavam temporariamente a salvo da oposição dos titulares de direitos de exclusivo, podendo vender genéricos sem oposição, mesmo que estes violassem esses direitos.

c) A facilitação do acesso à via contenciosa administrativa por parte do CPTA/2003

O Código de Processo nos Tribunais Administrativos de 2003 veio facilitar o recurso à tutela cautelar administrativa, o que associado ao efeito suspensivo automático da decisão administrativa com a citação para o procedimento (artigo 128.º do CPTA) constituía um factor de rápido bloqueio do acesso do genérico ao mercado. Este factor foi compensado mediante a adopção, pelo INFARMED, de resoluções fundamentadas nos termos do mesmo preceito legal, as quais mantinham a produção de efeitos da decisão administrativa até à prolação de uma decisão judicial.

33 Sobre o conceito de direitos de propriedade a que nos referimos sob a óptica da análise económica do direito, cfr. Cole, D. H. & P. Z. Grossman (2002).

34 Dizemos entre empresas, porque não é claro que essa seja a solução mais eficiente de alocação, pois tais negociações tendem a não beneficiar o Estado e os cidadãos. Não beneficiam o Estado e os cidadãos, porque os acordos entre empresas conduzem geralmente ao respeito formal da patente, mediante retribuição, até ao termo do seu período de vigência, independentemente da questão de saber se a mesma é válida ou não. Mais adiante já exemplificaremos esta situação.

Daqui decorreu o recurso ao foro administrativo com o objectivo de bloquear o acesso do genérico ao mercado mediante o bloqueio das autorizações administrativas de que esse acesso depende (AIM/preço de venda ao público/comparticipação).

O resultado desta nova via contenciosa foram orientações jurisprudenciais divergentes no foro administrativo, sendo certo que estas decisões não se pronunciavam quanto à questão de fundo, que era a de saber se o genérico violava ou não os direitos de propriedade industrial.

Assim, desenharam-se três orientações divergentes:

- a) Autorização administrativa declarada nula ou anulada;
- b) Autorização administrativa válida, mas apenas eficaz após o termo da patente/CCP, de acordo com a data fixada na certidão do INPI;
- c) Autorização administrativa válida, por não violar Direitos de Propriedade Industrial

Chegou-se, por conseguinte, a uma situação de bloqueio do acesso ao mercado de grande quantidade de genéricos, independentemente de os mesmos efectivamente violarem, ou não, os direitos de propriedade industrial.

5.3. A Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro

Surgiu então a necessidade de que estas questões fossem clarificadas por via legislativa, adoptando soluções equilibradas que permitissem o acesso célere ao mercado de genéricos sem violar qualquer direito de propriedade industrial e aferindo celeremente (preferencialmente enquanto decorre o procedimento de AIM) se existe ou não violação dos direitos de propriedade industrial pelo genérico.

Assim, a Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro, clarificou, com efeitos retroactivos, que as decisões administrativas de AIM/preço de venda ao público/comparticipação não violam direitos de propriedade industrial e que, por isso, não podem ser revogadas ou suspensas com esse fundamento nem os respectivos pedidos indeferidos. A mesma Lei criou um novo regime de composição de litígios (arbitragem necessária) entre medicamentos de referência e medicamentos genéricos, fundados em direitos de propriedade industrial.

Os efeitos da aplicação deste novo regime legal foram surpreendentes. Com efeito, na *vertente dos processos pendentes no foro administrativo*, atento o carácter interpretativo/retroactivo da Lei, a sua aplicação deveria tendencialmente conduzir à extinção dos processos pendentes e à revogação das providências decretadas (a norma do art. 9.º/1 foi julgada não inconstitucional — Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 216/2015). Porém, a referida aplicação foi correctamente interpretada e aplicada na primeira instância e conduziu uma vez mais a decisões díspares na segunda instância. Esta disparidade só terminou com o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo n.º 2/2013, de 9 de Janeiro (publicado no *Diário da República*, 1.ª de 29/1/2013), confirmado pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 216/2015. Após a prolação deste Acórdão, o efeito esperado pelo legislador passou a ser atingido uniformemente pelas instâncias.

Por seu turno, na *vertente do novo regime de composição de litígios* suscitaram-se, no início, alguns problemas de interpretação do regime, que, neste momento, se encontram, em grande medida, ultrapassados pela jurisprudência arbitral e dos tribunais estaduais entretanto produzida. No entanto, a aplicação prática do regime veio demonstrar ser possível alcançar o efeito esperado, pois passaram a ser proferidas decisões arbitrais em prazos entre seis meses a um ano, permitindo assim obter uma decisão com valor de sentença que declarasse se o medicamento genérico violava, ou não, determinado direito de propriedade industrial³⁵.

6. BREVE REFERÊNCIA AO TRIBUNAL UNIFICADO DE PATENTES E AOS PROBLEMAS QUE SUSCITA PARA O ACESSO A MEDICAMENTOS EM PORTUGAL

Foi assinado, em 19 de Fevereiro de 2013, por 25 Estados membros da União Europeia, o Acordo relativo ao Tribunal Unificado de Patentes (TUP). O Acordo relativo ao TUP só entra em vigor após a sua ratificação por, pelo menos, 13 Estados Membros Contratantes, nos quais deverão incluir-se a Alemanha, a França e o Reino Unido. Portugal ratificou-o em Agosto de 2015.

³⁵ Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, cfr. Antunes, A.P. (2014) e Antunes, A.P. (2015b).

O mesmo Acordo, além de atribuir competência exclusiva ao TUP para julgar processos de litígios relacionados com patentes europeias e patentes europeias de efeito unitário, bem como as regras de processo da tramitação dessas acções, consagra também alguns aspectos de direito material referentes às mesmas patentes e certificados complementares de protecção (CCP).

O Acordo relativo ao TUP apresenta implicações desvantajosas para o acesso a medicamentos a custos comportáveis e para a sustentabilidade do Serviço Nacional de Saúde (SNS). Estas implicações resultam, por um lado, da consagração, no Acordo, de algumas regras de direito material que limitam a liberdade de conformação legislativa por parte dos Estados Membros Contratantes em matéria de patentes e CCP e dos direitos pelos mesmos conferidos (designadamente quanto à inclusão da armazenagem no elenco dos direitos conferidos pela patente) e, por outro, do facto de serem estabelecidas a competência exclusiva do TUP e regras processuais próprias, com a consequente postergação do tribunal arbitral necessário e das regras processuais previstos na Lei n.º 62/2011, de 12 de Dezembro, para os casos abrangidos pelo mesmo Acordo³⁶.

REFERÊNCIAS

AA. VV. (1996), *Studia Iuridica*, 17, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora.

AA. VV. (2001), *Direito Industrial*, Volumes I, APDI, Coimbra, Almedina.

AA. VV. (2002), *Direito Industrial*, Volume II, APDI, Coimbra, Almedina.

AA. VV. (2004), *Medicamentos Genéricos Realidade em Portugal*, (?), Generis Farmacêutica, S.A.;

AA. VV. (2006), *Negotiating Health: Intellectual Property and Access to Medicines*, [Pedro Roffe & Geoff Tansey, David Vivas Eugui, (org)], Londres, Earthscan.

³⁶ Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, cfr. Antunes, A.P. (2015).

AA. VV. (2006), *The Intellectual Property Debate: perspectives from law, economics and political economy*, [Pugatch, Meir Perez (ed.)], Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing.

AA.VV. (2009), *Julgar*, [Fátima Mata-Mouros & Joana Costa (coord.)], n. 8, Lisboa, Associação Sindical dos Juizes Portugueses.

AA. VV. (2012), *Direito Industrial*, Volume VIII, APDI, Coimbra, Almedina.

AA. VV. (2015), *Arbitragem e Direito Público*, [Carla Amado Gomes, Domingos Soares Farinho & Ricardo Pedro (coord.)], Lisboa AAFDL

ANTUNES, Aquilino Paulo (2009), *Os escolhos do caminho entre o “anti-baldio” e o “quase-baldio”*: (As tensões em torno do acesso a medicamentos), relatório de mestrado disponível na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

_____. (2012), “O Acordo ADPIC/TRIPS no Direito Português: A Perspectiva do Acesso a Medicamentos e da Saúde Pública”, in AA.VV. (2012).

_____. (2013), “Alguns aspectos da autorização e do acesso ao mercado de medicamentos em Portugal”, in *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Ano 2, n. 14 de 2013.

_____. (2014), “Medicamentos e direitos de propriedade industrial: Análise da génese e aplicação da Lei n.º 62/2011”, in *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Ano 3, n.º 3 de 2014.

_____. (2015), “O Tribunal Unificado de Patentes: alguns problemas do acesso a medicamentos em Portugal” in *Estudos de Direito Intelectual em homenagem ao Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão. 50 anos de vida universitária*, Associação Portuguesa de Direito Intelectual e E-Pública, *Revista Electrónica de Direito Público*, n.º 5, Número Especial, 2015.

_____. (2015b), “Arbitragem necessária sobre medicamentos e propriedade industrial: duas questões em aberto”, in AA. VV. (2015).

ARAÚJO, Fernando (2005), *Introdução à Economia*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina.

_____. (2008), *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: O Problema Económico do Nível Ótimo de Apropriação*, Coimbra, Almedina.

ASCENSÃO, José de Oliveira (1996), “«Processo» e «Produto» em Patente de Processo”, Parecer sobre a patente do medicamento Losec.

_____. José de Oliveira (2008), “Direitos Intelectuais: Propriedade ou Exclusivo?”, *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano VIII, Coimbra, Almedina.

COSTEIRA, Maria José & FREITAS, Maria Teresa Garcia de (2009), “A Tutela Cautelar das Patentes de Medicamentos: Aspectos Práticos”, in AA.VV., *Julgar*, [Fátima Mata-Mouros & Joana Costa (coord.)], n. 8, Lisboa, Associação Sindical dos Juizes Portugueses.

DEERE, Carolyn (2009), *The implementation game: The TRIPS agreement and the global politics of intellectual property reform in developing countries*, Oxford, New York, Oxford University Press.

GONÇALVES, Luís Couto (2013), *Manual de Direito Industrial: Propriedade Industrial e Concorrência Desleal*, 4.^a Edição Revista e Actualizada, Coimbra, Almedina.

MAIA, José Mota (2003), *Propriedade Industrial*, Volume I, Coimbra, Almedina.

_____. (2005), *Propriedade Industrial*, Volume II, Coimbra, Almedina.

MARQUES, João Paulo Remédio (2008), *Medicamentos versus Patentes: Estudos de Propriedade Industrial*, Coimbra, Coimbra Editora.

_____. (2008b), *Licenças (voluntárias e Obrigatórias) de Direitos de Propriedade Industrial*, Coimbra, Coimbra Editora.

_____. (2014), “A arbitrabilidade dos litígios e a dedução de providências cautelares por empresas de medicamentos de referência, na sequência da aprovação de medicamentos genéricos”, in *Revista de Direito Intelectual*, n.º 2014-I, 33-99, APDI, Coimbra, Almedina.

PUGATCH, Meir Perez (2004), *The International Political Economy of Intellectual Property Rights*, UK, Edward Elgar Publishing.

_____. (2006), *The Intellectual Property Debate: perspectives from law, economics and political economy*, Cheltenham, UK, Northampton, MA: Edward Elgar Publishing.

SAMUELSON, Paul A. (1982), *Economia*, 5.^a Edição, Lisboa, Fundação Gulbenkian.

SHAVELL, Steven & TANGUY Van Ypersele (1999), *Rewards versus intellectual property rights*, No. w6956, National Bureau of Economic Research.

SILVA, Pedro Sousa e (1996), *Direito Comunitário e Propriedade Industrial: O Princípio do Esgotamento dos Direitos*, *Stvdia Iuridica*, 17, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, Coimbra Editora.

_____. (2000), O “Esgotamento” do Direito e as “Importações Paralelas”: *Desenvolvimentos Recentes da Jurisprudência Comunitária e Nacional*, Paper.

_____. (2014), “O Tribunal Unificado de Patentes”, in *Revista de Direito Intellectual*, n.º 2014-I, 243-257, APDI, Coimbra, Almedina.

SPINELLO, Richard A., & Maria Bottis (2009), *A defense of intellectual property rights*, Cheltenham, UK, Edward Elgar.

VICENTE, Dário Moura (2008), *A Tutela Internacional da Propriedade Intellectual*, Coimbra, Almedina.

_____. (2012), “O Regime Especial de Resolução de Conflitos em Matéria de Patentes (Lei n.º 62/2011)”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, Volume IV, Outubro-Dezembro, 971-990.

QUERELA NULLITATIS INSANABILIS
COMO MEIO DE RELATIVIZAÇÃO DA
COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Alexander Perazo Nunes de Carvalho
José Luiz Cordeiro Saldanha



INTRODUÇÃO

Neste trabalho, busca-se suscitar alguns aspectos importantes acerca da coisa julgada inconstitucional, bem como dos efeitos dela resultantes. Enfatiza-se o tema à luz das doutrinas clássicas e contemporâneas, enfocando o estudo na abordagem da relativização da coisa julgada inconstitucional, mormente quando decorrente da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, fundamento principal de uma sentença, cuja inconstitucionalidade poderá ser a razão para tornar inexecutível o cumprimento do título executivo judicial.

Desta forma, ante os diversos posicionamentos acerca da possibilidade, ou não, da relativização da coisa julgada, surge a necessidade de se avaliar se a ação declaratória de nulidade absoluta de sentença ou *querela nullitatis insanabilis*, é um meio apto para desconstituir decisões judiciais que afrontam a ordem constitucional.

A relevância do tema se dá também pelo fato de que a desconstituição da coisa julgada inconstitucional é um fenômeno pouco abordado pela doutrina processual civil brasileira, e que trata, ao mesmo tempo, de dois institutos importantes e intangíveis, quais sejam: o da imutabilidade da coisa julgada, mesmo que inconstitucional, e o da constitucionalidade das normas, sob a ótica dos princípios constitucionais e processuais civis.

Neste diapasão, paira uma das grandes preocupações da atualidade jurídica, a imutabilidade e a segurança das decisões que transitam em julgado. Para elas, logicamente, não caberá mais a interposição de recursos, tornando-se, assim, definitivas não somente em seu aspecto formal, mas, sobretudo, em seu aspecto material. Isso impossibilita qualquer reclamação ou rediscussão acerca do objeto entre as mesmas partes envolvidas no litígio e, conseqüentemente, impede nova apreciação por qualquer magistrado, ainda que em flagrante de inconstitucionalidade.

Assim, analisam-se os principais aspectos da ação declaratória de nulidade, como meio capaz de relativizar uma decisão judicial transitada em julgado e viciada de vício insanável de inconstitucionalidade e considerada juridicamente inexistente, eis que fundamentada em norma declarada inconstitucional por decisão posterior do Supremo Tribunal Federal (STF).

1. DA RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL

Preliminarmente, deve ser destacado que a coisa julgada inconstitucional nada mais é do que uma sentença transitada em julgado e que possui, na sua parte dispositiva, fundamento que afronta as disposições constitucionais, principalmente, quando essa nulidade se der pela declaração superveniente de inconstitucionalidade de uma lei, ou ato normativo, pelo STF, ou cuja aplicação e interpretação destes tenham sido consideradas pelo Supremo como sendo incompatíveis com a Constituição Federal de 1988. Aliás, pode-se verificar a coisa julgada inconstitucional também quando as instâncias ordinárias deixam de aplicar determinada lei por tê-la como inconstitucional e a Suprema Corte, posteriormente, declara-a válida, compatível com a Constituição brasileira.

Com efeito, o instituto da coisa julgada está intrinsecamente ligado ao princípio constitucional da segurança jurídica, sendo este um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito, razão por que é dever do Estado assegurar às partes litigantes a segurança jurídica e a inalterabilidade da sentença proferida.

Delgado (2000) defende que a relativização da coisa julgada deve ser imposta sempre que houver afronta aos princípios da moralidade e da legalidade, ou contra outros mandamentos constitucionais, ou, ainda, contra a realidade dos fatos.

Por outro lado, Nery Júnior e Nery (2003, p. 786) opõem-se à teoria da relativização, alegando que dessa maneira estaria se desconsiderando a coisa julgada, como se nunca tivesse existido e gerando, conseqüentemente, a “quebra do Estado Democrático de Direito, fundamento constitucional da própria República brasileira”.

Assim, diante de um caso concreto de relativização da coisa julgada inconstitucional, deve ser observado o comprometimento da justiça social em privilégio a relativização da coisa julgada, até então imutável.

Sabe-se que a Constituição brasileira possui valores de caráter ético e jurídico que expressam a soberania de toda uma nação. Dessa forma, a validade e a eficácia de uma norma estão condicionadas à sua compatibilidade vertical com a Carta Magna. Para Miranda (1996, p. 11), “a concordância, a relação positiva da norma ou do ato com a Constituição envolve validade, o contraste, a relação negativa implica invalidade. Se a norma vigente ou o ato é conforme a Constituição reveste-se de eficácia; se não é, torna-se ineficaz”.

Assim, pode-se afirmar que a validade de uma norma ou ato oriundo de um dos Poderes Públicos depende de os mesmos serem adequados à Constituição, inclusive os atos provenientes da atividade jurisdicional, diante da relevância da qual a Carta Magna se encontra revestida e da sistematização de direitos e garantias fundamentais. *In casu*, Otero (1993, p. 31) ressalta que:

[...] a atividade jurisdicional se encontra subordinada ao princípio da constitucionalidade, dependendo a validade dos seus atos da conformidade com a lei Fundamental (artigo 3º, nº 3), estando os tribunais sujeitos à lei (artigo 206º), utilizando aqui o termo “lei” num sentido amplo de subordinação dos tribunais e respectivas decisões à jurisdicção.

Surge, nesse cenário, a ideia de que a Constituição Federal não deve outorgar apenas garantias, mas também ser garantida (MIRANDA, 1996). A referida garantia jurídica decorre de um valioso princípio, qual seja, o da constitucionalidade, que, por sua vez, é proveniente do poder normativo e vinculante da Carta Magna como norma fundamental da ordem jurídica pátria, podendo ser invocado sempre que se verificar situação de flagrante inconstitucionalidade. Acerca disso, Medeiros (1999, p. 168) assinala que:

[...] sob pena de inconstitucionalidade — e logo, de invalidade — cada ato há de ser praticado apenas por quem possui competência constitucional para isso, há de observar a forma e seguir o processo constitucionalmente prescrito e não pode contrariar, pelo seu conteúdo, nenhum princípio ou preceito constitucional.

Vê-se claramente que, por força do princípio da constitucionalidade, todos os atos praticados pelos Poderes Públicos, inclusive aqueles relacionados à função jurisdicional, devem curvar-se diante da Constituição brasileira, sob pena de serem declarados inconstitucionais, o que importaria em sua invalidade. *Pari passu*, Otero (1993, p. 32) explicita que:

Tal como sucede com os outros órgãos do poder público, também os tribunais podem desenvolver uma atividade geradora de situações patológicas, proferindo decisões que não executem a lei, desrespeitem os direitos individuais ou cujo conteúdo vá ao ponto de violar a Constituição.

Desta forma, percebe-se que o cenário atual do Estado Democrático de Direito não se satisfaz mais com a simples aplicação do princípio da legalidade, que possui um alcance limitado se comparado ao alcance do princípio da constitucionalidade.

Analisando o valor negativo do ato inconstitucional, Gouveia (2000, p. 28) afirma que “as consequências jurídicas negativas da inconstitucionalidade intrínseca de um acto do poder político. Perante algo que contradiz a Constituição, o ordenamento estipula efeitos que o depreciam e afirma a Supremacia daquela”.

Não há discordância de que todos os atos se sujeitam à Carta Magna, contudo, durante muito tempo, como expõem Theodoro Júnior e Faria (2005b, p. 12), os estudos voltaram-se apenas para a observância da conformidade constitucional dos atos legislativos, “não havendo uma maior preocupação com os atos do Poder Judiciário, em especial suas decisões que, sem a menor dúvida, são passíveis de serem desconformes à Constituição”.

É incontroverso que atos atentatórios à norma constitucional não podem subsistir. Assim, Rocha (2009, p. 39) manifesta-se no seguinte sentido:

A sentença (ou acórdão) é ato estatal. Logo, o ato judicial terminativo, ou não, da ação há que ater aos fundamentos e aos limites constitucionais definidos. A obrigação judicial de ater-se aos comandos constitucionais não pode ser excepcionada sob qualquer argumento, incluído o tão comumente apresentado como é o da soberania dos atos do juiz, menos, ainda, por um pensar judicante que depois se demonstra não ser coerente, compatível, adequado constitucionalmente.

Em relação às formas de ofensa à norma constitucional, Matheus (2007, p. 229) prescreve que:

A ofensa direta à Constituição ocorre quando a inconstitucionalidade recair em lei que serviu de espeque para a decisão constitucional. A ofensa indireta à Constituição ocorre quando o juiz decide aplicar lei que posteriormente venha a ser declarada inconstitucional pelo STF, por ADIn, ou quando o magistrado deixa de aplicar determinada norma que, posteriormente, tem sua constitucionalidade corroborada pelo STF, por ADC. O STF, ao julgar a ADIn, pode não declará-la, mas indicar qual a interpretação compatível com a Constituição.

Assim, o juiz, ao atuar como intérprete da lei, independente de provocação das partes, deve recusar-se a aplicar lei que seja contrária a Constituição Federal, sendo esse o fundamento principal do controle difuso. Desta forma, Marinoni (2010, p. 18) afirma que:

Não importa aqui cogitar sobre qual é o melhor sistema de controle da constitucionalidade, se o difuso ou o concentrado. Sabe-se que ambos os sistemas têm inconvenientes e pontos positivos. Relevante é o fato de que todo e qualquer juiz, no direito brasileiro, tem o poder e o dever de negar aplicação à lei inconstitucional.

Aliás, torna-se inconstitucional também quando o juiz comete um grave erro, desrespeitando, no comando do processo, as garantias e prerrogativas dos litigantes. Otero (1993, p. 32) elenca que não se pode olvidar que:

Como sucede com os outros órgãos do poder público, também os tribunais podem desenvolver uma atividade geradora de situações patológicas, proferindo decisões que não executem a lei, desrespeitem os direitos individuais ou cujo conteúdo vá ao ponto de violar a Constituição.

Os efeitos da decisão cuja fundamentação é inconstitucional e, portanto, inexistente, por inobservância de norma constitucional, aparentemente alcançada pelo instituto da coisa julgada material, não produzirá seus efeitos para fora do processo, ou seja, mesmo ela existindo como ato jurídico e encerrando o processo, não serão seus efeitos imutáveis, podendo perfeitamente a parte prejudicada se opor ao cumprimento desta determinação judicial.

Coadunando com esse entendimento, Dias (1998, p. 42) afirma que “a sentença que afronta um princípio constitucional, deve ser tida como inexistente, por sua incoerência com o ordenamento jurídico vigente”. Observe que não é a falta de qualquer requisito, mas apenas aqueles essenciais à existência do ato, nesse caso, o dever de não trazer em seu escopo fundamento que ofenda diretamente o texto constitucional.

Divergindo desse entendimento, Otero (1993, p. 64) nega veementemente a ideia de inexistência da decisão maculada pelo vício de inconstitucionalidade, haja vista a necessidade de haver o mínimo de requisitos para que a decisão seja, então, declarada inexistente:

As meras aparências de atos judiciais não são reconduzíveis ao conceito de inconstitucionalidade, antes se afirmam como casos de inexistência jurídica ou, segundo uma outra perspectiva, como verdadeiros não-atos judiciais: as ‘sentenças’ aprovadas por quem não exerce funções de autoridade, os atos praticados sem o mínimo de formalidades identificáveis da solenidade da atividade (v.g., ‘sentença’ proferida à mesa de um café), as ‘sentenças’ sem qualquer conteúdo inteligível ou, entre outros exemplos, que têm como destinatários pessoas imaginárias.

Para Dinamarco (2003, p. 48), é necessário que haja, nas decisões judiciais, a valoração equilibrada entre segurança jurídica e justiça, sem que nenhuma seja prejudicada de forma indevida, considerando que “o processo deve ser realizado e produzir resultados estáveis tão logo quanto possível, sem que isso se impeça ou prejudique a justiça dos resultados que ele produzirá”.

Aliás, a dimensão da coisa julgada é medida por meio da decisão por ela imunizada. Ressalte-se que, se a referida decisão estiver contaminada com o vício de inconstitucionalidade, não surtirá seus efeitos. Assim, em relação à intangibilidade das decisões judiciais com trânsito em julgado, Dinamarco (2003, p. 35) aduz que: “a) essa garantia não pode ir além dos efeitos a serem imunizados; e b) que ela deve ser posta em equilíbrio com os institutos jurídicos conducentes à produção de resultados justos mediante as atividades inerentes ao processo civil”.

Nesse aspecto, o reconhecimento da ineficácia ou invalidade da coisa julgada contrária à Constituição Federal está sujeita a ser reconhecida a qualquer tempo. Devem-se afastar visões radicais, no sentido de enfraquecer exageradamente a autoridade da coisa julgada. A coisa julgada inconstitucional baseia-se na noção de convivência harmônica entre todos os princípios e garantias constitucionais. Nenhum princípio pode ser tratado como absoluto a ponto de tornarem-se *ad aeternum* as injustiças, sob a desculpa de não se eternizarem os litígios.

Nesse sentir, Canotilho (1998, p. 1026), tratando acerca do princípio da supremacia da Constituição brasileira em relação à intangibilidade da coisa julgada, assinala ainda que:

A inferioridade hierárquica do princípio da intangibilidade da coisa julgada, que é uma noção processual e não constitucional, traz como

consectário a ideia de submissão ao princípio da constitucionalidade. Isto nos permite a seguinte conclusão: a coisa julgada será intangível enquanto tal apenas quando conforme a Constituição. Se desconforme estar-se-á diante do que a doutrina vem denominando coisa julgada inconstitucional.

Partindo dessa premissa, Theodoro Júnior e Faria (2005a, p. 16), referindo-se à impossibilidade de subsistência da coisa julgada quando identificado vício de inconstitucionalidade, afirmam que:

A coisa julgada não pode suplantiar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição. Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada?

Portanto, é crescente o posicionamento em que se postula que a coisa julgada deve necessariamente estar compatível com as regras e princípios constitucionais de igual ou maior valor, por força do princípio da supremacia da Constituição Federal, e que, caso contrário, a coisa julgada será inválida.

2. A QUERELA NULLITATIS INSANABILIS COMO MECANISMO PROCESSUAL NECESSÁRIO À DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA

Ab initio, cumpre destacar que todos os atos emanados por quaisquer dos poderes devem obediência à norma constitucional, sendo assegurados às partes todos os meios e garantias legais a fim de seja combatida toda e qualquer nulidade, mormente as que sejam frutos de inconstitucionalidade. Acerca desse assunto, Dias (1998, p. 38) salienta que:

As decisões judiciais, por conseguinte, deverão se sujeitar, primeiro, aos ditames da Constituição, segundo aos ditames legais, quando estes estiverem conforme o texto Magno. Afora essas circunstâncias é querer

o impossível e o imaginário, dentro de uma ordem jurídica que não autoriza outra alternativa.

Não se defende aqui a banalização da relativização da coisa julgada, haja vista ser esta uma garantia constitucional de suma importância para o ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, ela não pode ser considerada como inatingível. Aliás, até poderá ser considerada inatingível, mas somente nas hipóteses em que elas não tragam consigo um vício que macule a sua manutenção. Caso contrário, por mais que seja válida a ideia de que se deve evitar a sua impugnação, tendo a vista o princípio da segurança jurídica, a coisa julgada não poderá se sustentar. Nesse sentir, Dias (1998, p. 39) alega que:

Vale salientar que, a coisa julgada está calcada na segurança, estabilidade e certeza jurídicas, quando há apenas violação de norma infra-constitucional, o que não se pode dizer, igualmente, com relação a uma norma constitucional violada. Aí, esses princípios que fundamentam a coisa julgada não são suficientes para mantê-la de forma definitiva, porque a lei maior é que restou violada, comprometendo assim o berço de todo o sistema.

Neste azo, a *querela nullitatis* é a ação mais adequada para impugnar atos praticados pelo Estado-juiz, considerando ser o único instrumento capaz de relativizar decisões contaminadas pelo vício de inconstitucionalidade, na qual a obrigação desta decorrente deve ser tida como ineficaz ou inexistente. Há, na doutrina, divergência quanto a sua previsão, não se sabendo ao certo em qual dispositivo do Código de Processo Civil (CPC), Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, está prevista. No entanto, tem-se como fundamento da subsistência da *querela nullitatis*, os arts. 4º e 5º, do CPC.

Desta forma, o STF, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 97589 SC, julgado em 17/11/1982, pelo Tribunal Pleno, admitiu que a ação declaratória de nulidade é o meio capaz de sanar o vício de nulidade, no caso de sentença proferida sem citação do réu.

Não resta dúvida de que a Constituição Federal garantiu todos os meios necessários à tramitação regular do processo, assim como o direito de ação, sendo a *querela nullitatis insanabilis* uma ação que impera e coexiste lado a lado com o Estado Democrático de Direito, sendo aquele uma das garantias

constitucionais que visa a proteção do *due process of law*, à luz dos princípios do contraditório, ampla defesa e isonomia.

Neste caso, a coisa julgada inconstitucional poderá ser atacada pela parte vencida no processo, por meio da *querela nullitatis*, na qual o objeto dessa ação é a inconstitucionalidade da sentença anteriormente proferida e transitada em julgado, sendo esse, o próprio entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o Recurso Especial nº 7556 RO, julgado em 13/08/1991, pela Terceira Turma, tendo como Relator o Ministro Eduardo Ribeiro.

Ressalte-se, que a ação declaratória de nulidade tramitará no órgão que a deu causa. Se proveniente de um Tribunal ou dos Tribunais Superiores, estes serão competentes para conhecer a referida ação de impugnação.

Sobre a finalidade da *actio nullitatis*, Talamini (2005, p. 368) afirma que a mesma:

[...] destina-se à constatação da inexistência da sentença. É exercitável 'a qualquer tempo', pois, sendo precipuamente declaratória, não está sujeita a prazos de prescrição ou decadência. Estão legitimados a formulá-la tanto o vencido quanto o vencedor, cujo interesse pode residir na eliminação da incerteza criada pela aparência de sentença. É de competência do juiz de primeiro grau (*rectius*: do juiz com competência originária para a causa objeto da sentença inexistente).

Depreende-se da leitura acima, que a *querela nullitatis insanabilis* possui natureza jurídica de ação impugnatória, com caráter declaratório e que, a depender do caso, tramitará sob o rito ordinário ou sumário, formando uma nova relação processual autônoma diferente daquela anteriormente estabelecida, cujo objetivo principal é combater decisões judiciais que não observem o princípio da constitucionalidade.

Bezerra (2010, p. 135), seguindo a ideia de José Alexandre Manzano Oliani, defende que a *querela nullitatis* independe de prazo, ou seja, é imprescritível:

Atraído pela corrente doutrinária defensora da inexistência jurídica da decisão inconstitucional, como se disse, descarta, a princípio, o uso da ação rescisória para hostilizá-la, e sustenta que o instrumento processual apto a provocar a reapreciação do conteúdo da decisão inconstitucional é a ação declaratória de inexistência, chamada por alguns de *querella nullitatis*, independentemente de prazo, em razão da intensidade e magnitude do vício que a contamina, impedindo inclusive o trânsito em julgado.

Neste sentir, Wambier e Medina (2006, p. 323) posicionam-se no sentido de que a declaração de inexistência da decisão inconstitucional “pode ser alegada a qualquer tempo, por meio (ou no bojo) de qualquer ação, inclusive a ação de execução”.

Cumprido destacar que, além da *querela nullitatis insanabilis*, existem outros meios legítimos de impugnação da coisa julgada inconstitucional, como, por exemplo, a ação rescisória e o mandado de segurança, admitidos pela doutrina majoritária, muito embora haja uma corrente doutrinária minoritária que não os admite, considerando as limitações da ação rescisória (prazo bienal) e do mandado de segurança (não ser capaz de desconstituir ato judicial), suscitadas pela doutrina minoritária.

Diante do exposto, pode-se perceber que sobrevive no ordenamento jurídico brasileiro, a *querela nullitatis insanabilis*, fortemente utilizada pela doutrina e jurisprudência como meio de impugnação à coisa julgada inconstitucional que, por conter vício de nulidade insanável, torna inexistente a obrigação contida no título judicial com trânsito em julgado. Sendo assim, a *querela nullitatis insanabilis* é um dos meios legais aptos para requerer a desconstituição da coisa julgada inconstitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é incontestável que o entendimento acerca da imutabilidade da coisa julgada está hodiernamente relativizado, mormente quando se trata de uma decisão inconstitucional na qual se põe em discussão a efetividade da justiça.

Por oportuno, ressalte-se que grandes discussões têm sido realizadas, tendo de um lado aqueles que defendem a relativização da coisa julgada, tendo em vista a imperatividade do princípio da supremacia da norma constitucional em relação ao princípio da segurança jurídica, sendo este o principal motivo daqueles que se manifestam contrários à relativização, alegando que a simples argumentação de injustiça no caso concreto não se faz suficiente para atacar a coisa julgada, sob pena de causar uma permanente insegurança jurídica.

No entanto, este último entendimento não pode imperar, considerando que a própria expressão de coisa julgada já nos traz um sentimento de segurança e

certeza, porém, sua finalidade principal é alcançar a justiça, sendo que, se assim não for, tornar-se-á esta uma afronta direta à Constituição Federal de 1988.

Portanto, conclui-se que a *querela nullitatis insanabilis* é o instrumento processual adequado para relativizar a coisa julgada inconstitucional, compreendendo que sua finalidade primordial é atingir a parte dispositiva da sentença que contém vício insanável de inconstitucionalidade. Aliás, nega-se aqui, não apenas a validade, mas a própria existência de tal sentença, haja vista que nada que venha a afrontar a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito poderá subsistir e, se assim não fosse, estar-se-ia diante de uma verdadeira insegurança jurídica, eliminando o sentimento de justiça esperado pelas partes envolvidas no processo e pela própria sociedade, faltando com respeito total ao direito existente nesta.

REFERÊNCIAS

BEZERRA, Francisco Antônio Nogueira. **Impugnação da coisa julgada inconstitucional**. Fortaleza: OMNI, 2010.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 7556 RO**, Relator: Min. Eduardo Ribeiro, j. 13/08/1991, Terceira Turma, DJ. 02/09/1991. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/594322/recurso-especial-resp-7556>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 97589 SC**, Relator: Moreira Alves, j. 17/11/1982, Tribunal Pleno, DJ. 03/06/1983. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/732142/recurso-extraordinario-re-97589-sc>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Medina, 1998.

DELGADO, José Augusto. Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas: efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais. In: SEMINÁRIO DE DIREITO AMBIENTAL IMOBILIÁRIO, II., 2000, São Paulo. **Anais...** São Paulo: Centro de Estudo, Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2000.

DIAS, Francisco Barros. Breve análise sobre a coisa julgada inconstitucional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 758, p. 34–42, dez. 1998.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Relativizar a coisa julgada material. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003. p. 33–76.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **O valor positivo do acto inconstitucional**. Lisboa: AAFDL, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa julgada inconstitucional**: a retroatividade da decisão de (in)constitucionalidade do STF sobre a coisa julgada: a questão da relativização da coisa julgada. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MATHEUS, Ana Carolina Couto. Aspectos da coisa julgada inconstitucional. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**, v. 10, n. 1, p. 219–239, jan./jun. 2007.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional**. Lisboa: Lex Edições Jurídicas, 1993.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade. **Fórum Administrativo: Direito Público**, v. 9, n. 100, p. 39–53, jun. 2009.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. A coisa julgada inconstitucional e os instrumentos processuais para seu controle. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Coisa julgada inconstitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005a. p. 72–126.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; FARIA, Juliana Cordeiro de. O tormentoso problema da inconstitucionalidade da sentença passada em julgado. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 127, p. 9–53, set. 2005b.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do; DELGADO, José Augusto (Org.). **Coisa julgada inconstitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 301–330.



O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO
JULGAMENTO DO RESP Nº 1.335.153/
RJ — CASO AÍDA CURI¹

Ana Paula Araújo de Holanda
Bleine Queiroz Caúla
Mirella Almeida Moreira

¹ A ordem da autoria obedeceu ao critério alfabético. O presente trabalho é fruto do trabalho monográfico de conclusão do curso de Direito de Mirella Almeida Moreira, apresentado no VII Seminário Internacional Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, realizado na Faculdade de Direito da UL em outubro de 2015. Todas as alterações foram pactuadas pelas autoras subscritas.



INTRODUÇÃO

Da cláusula geral da dignidade da pessoa humana se extraiu o direito ao esquecimento: porque uma vida que se adjective de digna requer que determinados fatos que causem sofrimento existencial possam ser retirados da mídia que alcança o grande público.

Na ciência jurídica europeia pode um sujeito de direito requerer que determinado episódio ou situação de sua biografia (quer verídico ou não) seja ocultado do público. A pretensão do particular em “ser esquecido” toma tonalidades até mais fortes quando saímos das revistas de amenidades e ingressamos no terreno das páginas policiais ou da política. Fica mais difícil, ainda, balancear a pretensão do indivíduo que cometeu um crime a ser esquecido com o direito e o dever que a imprensa possui de informar, mormente quando o indivíduo a ser esquecido esteja no centro de uma grave violação aos direitos humanos.

Tem-se a origem jurisprudencial no caso *Lebach*, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão, em 1969. Em seguida, foi levado a efeito em outros países. O Brasil também seguiu a regra geral. Foi por obra da jurisprudência que o direito ao esquecimento ganhou destaque. O Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2013, passou a entender que o ordenamento jurídico brasileiro contempla o direito ao esquecimento.

Entretanto, não é sem custos que um tribunal pode proclamar como legítima uma tutela ao esquecimento, um “direito de estar só”. O tema traz consigo, de modo inerente, um conflito de interesses que não se deixa resolver facilmente, pois pede e requer uma ponderação de valores de direitos fundamentais.

O direito à intimidade (art. 5º, inc. X, CF/88 e art. 21 do Código Civil) colide frontalmente com outros direitos: o direito de liberdade de expressão, titularizado por quem emite a comunicação; a garantia de liberdade de imprensa, se isso é feito por empresa de comunicação; o direito à informação que possuem as pessoas, geralmente consideradas.

No decorrer deste trabalho, colima-se responder aos questionamentos relevantes, tais como: a tutela à vida digna requer, como condição *sine qua non*, um direito ao esquecimento, ou a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CF) pode ser protegida por outros meios menos invasivos a outros direitos igualmente importantes? Uma decisão judicial que determina que certo

assunto não seja mais sequer mencionado não parece estar na contramão das mais caras conquistas constitucionais? É possível aplicar a teoria do direito ao esquecimento no caso de graves violações aos direitos humanos?

Procura-se, portanto, fazer uma análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça acerca do REsp nº 1.335.153/RJ — Caso Aída Curi, no juízo de ponderação da aplicação do “direito ao esquecimento” como um limitador a um direito fundamental de primeira geração tido, até então, como praticamente ilimitado: a liberdade de informação e expressão. Para tanto, passa-se por revisitar conceitos basilares da teoria geral do direito civil (direitos da personalidade, cláusulas gerais etc.) a fim de verificar se estes se revelam de uso adequado para fazer frente a uma questão constitucional “limite”, como é o caso o conflito entre a liberdade à informação e expressão e o direito à intimidade.

As hipóteses do estudo foram investigadas através de pesquisa bibliográfica, utilizando-se de um caso prático que colima na 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 fases: notas introdutórias, seguida de um capítulo sobre os direitos da personalidade: aspectos doutrinários e normativos, e um tópico sobre o respeito à dignidade consubstanciado no “direito ao esquecimento”. O segundo aborda o Caso “Aída Curi” (1958) e como decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp nº 1.335.153/RJ e sua interpretação sobre a possibilidade de indenização com base no direito ao esquecimento. Encerra com uma conclusão em que pese o melhor entendimento das autoras.

1. NOTAS SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: ASPECTOS DOCTRINÁRIOS E NORMATIVOS

As tragédias que vitimam uma sociedade ou uma família motivam a discussão sobre o direito ao esquecimento. Impende recorrer ao instrumento da técnica da ponderação para analisar qual direito deve ser sopesado sobre outro

em colisão. O que para alguns merece um esquecimento, para outros o passado não se apaga e deve ser um parâmetro entre o presente e o futuro.

Com o aumento das mídias de informação e, por conseguinte, da sua influência sobre a sociedade, um antigo questionamento tem sido reacendido: é possível limitarmos a liberdade da imprensa nas situações em que esta transgrida direitos vinculados a intimidade da pessoa?²

Exsurge daí um essencial diálogo sobre o chamado direito ao esquecimento (ou *therightto bel etalone*, como é mais conhecido nos Estados Unidos) e que está relacionado intimamente ao direito à privacidade. Assim, frente ao desafio que se apresenta, é fundamental que se consolide certos conceitos, como os direitos da personalidade, antes de abordar o assunto específico.

A personalidade da pessoa antecede o ordenamento jurídico³. Cumpre ressaltar que a legislação brasileira absteve-se de propor um conceito para o termo “direitos da personalidade”, dispondo em rol — meramente exemplificativo — o elenco desses direitos entre os artigos 11 e 21 do Código Civil (CC).

Os direitos da personalidade estão associados à cláusula geral da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais lastreados na Constituição Federal. Neste sentido, Barroso (2010, p. 253) pontua “A doutrina civilista [...] extrai do princípio da dignidade da pessoa humana os denominados direitos da personalidade, reconhecidos a todos os seres humanos e oponíveis aos demais indivíduos e ao Estado”.

Assim, vê-se que os direitos da personalidade surgem como um vetor que de forma paradoxal é diametralmente oposto ao milenar direito patrimonial, este regulando as diversas situações jurídicas suscetíveis de apreciação econômica, aqueles, por outro lado, “domiciliados na esfera mais íntima da pessoa e não mensuráveis economicamente” (FARIAS; ROSENVALD, 2007, p.108).

2 Acerca da distinção dos direitos fundamentais e os direitos da personalidade, MIRANDA, Jorge (2014, p. 76) “Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relações de igualdade. Os direitos fundamentais têm uma incidência publicista imediata, ainda quando ocorram efeitos nas relações entre os particulares [...]; os direitos de personalidade uma incidência privatística, ainda quando sobreposta ou subposta à dos direitos fundamentais”.

3 Nos ensina MIRANDA, Jorge (2014, p. 73–74) “Os direitos de personalidade são posições jurídicas fundamentais do homem que ele tem pelo simples facto de nascer e viver [...] Eram direitos originários o direito de existência [...]”.

Na doutrina de Farias e Rosenvald (2007, p.108):

Nessa ordem de ideia, é possível asseverar serem os direitos da personalidade aqueles direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Isto é, são os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica.

Na defesa dos direitos da personalidade deve-se considerar que são os diferentes aspectos da pessoa humana, que projetados em suas mais diversas faculdades (intelectual, psíquica...) possibilitam individualizar aquele indivíduo. A doutrina caracteriza os direitos da personalidade como: absolutos, indisponíveis relativamente, intransferíveis, imprescritíveis e extrapatrimoniais.

Neste sentido Nobre (2000, p. 191) explica:

Notabilizam-se por serem: a) de natureza extrapatrimonial, embora o seu maltrato possa implicar reflexos econômicos; b) direitos absolutos, com eficácia *erga omnes*, pois o seu respeito é imposto a todos (Estado e particulares); c) irrenunciáveis, não podendo o seu titular deles abdicar; d) intransmissíveis, restando inválida a sua cessão a outrem, mediante ato gratuito ou oneroso; e) imprescritíveis, uma vez que o transcurso do tempo, sem o seu uso pelo titular, não lhe acarreta a extinção.

Desta forma, constata-se que os direitos da personalidade não só são um traço da evolução pela qual a sociedade passou como também ocupam um lugar de destaque tanto na literatura quanto na legislação brasileiras, de modo que não podemos dissociá-los de qualquer discussão acerca de direitos fundamentais.

Uma das espécies dos direitos da personalidade está assegurada pelo artigo 5º, inciso X da nossa Lei Maior, o direito à intimidade. Consoante à doutrina de Paulo José da Costa Jr. (2007) é possível vislumbrar uma diferença entre a esfera individual, cujo âmbito de proteção é a honra e esfera privada, que protege o indivíduo contra a indiscrição. Entre os direitos que podem ser considerados como emanção do que tal autor chama de esfera individual, pode-se mencionar o direito ao nome.

No que tange à esfera privada, temos a inviolabilidade da pessoa privada. E é nisso que reside, precisamente, o direito de estar só: trata-se de ser deixado em paz, a fim de propiciar ao indivíduo tranquilidade de espírito (COSTA JR, 2007, p. 12–14). Ainda seguindo o magistério de Costa Jr., é importante notar que o conceito

de intimidade tem duas dimensões. A primeira, a intimidade exterior, que consiste na particularização do indivíduo e a segunda, a interior que cuida da dissociação do indivíduo, ou seja, aquilo que o indivíduo faz apartado de seus semelhantes.

Tal direito, como exposto *supra*, é respaldado pelo artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, senão vejamos: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Assim, o direito à intimidade encontra-se vinculado ao ideal de liberdade, na medida em que assegura à pessoa a possibilidade de optar ou não pela divulgação de informações de ordem particular ou pessoal.

Tal como na CF/88, o Código Civil, no capítulo atinente aos Direitos da Personalidade, especificamente no artigo 21, protege expressamente a vida privada, *in verbis*: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. Assim, constata-se que a intimidade do indivíduo é amplamente protegida seja pela Constituição seja pela legislação ordinária, mormente a marca do horror sofrido no passado opressor ditatorial em que estes direitos foram amplamente ignorados em suas diferentes extensões.

Atualmente, com o aumento da interação entre as pessoas por intermédio das redes sociais, a violação ao direito a intimidade tem sido o epicentro de discussões. Diz-se isto, pois a todo instante são vinculados na mídia casos e mais casos de pessoas que estão sendo vítimas da exposição de suas informações pessoais em um canal com difícil ou até de impossível controle, a internet.

Neste ensejo, importa frisar a distinção entre a privacidade e a intimidade, sendo esta última, no entendimento de Gilmar Mendes (2008, p.377), parte daquele, inferindo-se que privacidade seja um conceito mais amplo do qual a intimidade é englobada. Assim, o direito à privacidade estaria vinculado com acontecimentos e relacionamentos pessoais que o indivíduo não deseja que seja de conhecimento da comunidade.

Logo, a disponibilização de dados e informações pessoais na *internet* para o público, estaria vinculada, a bem da verdade, com a violação ao direito à privacidade. Não obstante, urge a ponderação entre a liberdade de expressão, a publicidade e a intimidade⁴.

4 Cfr. doutrina de NOVAIS, Jorge Reis (2015, p. 99) “De normas como ‘todos têm liberdade de expressão’, ‘todos têm direito a uma habitação condigna’, ‘a vida humana é inviolável’, não é possível

Enfim, é essencial para o progresso da sociedade a manutenção do exercício do direito à privacidade, tendo em vista que o avanço tecnológico, aliado às novas tecnologias das mídias de comunicação, representa um angustiante fardo para as pessoas que têm sua privacidade violada quando suas informações forem divulgadas não haverá barreiras ou limites físicos para o alcance desses dados, de modo que somente mediante a preservação do direito à vida privada será possível sobrepor estas violações.

Cumprir frisar que a Constituição Federal não aloca “expressamente” a dignidade da pessoa humana como um dos direitos fundamentais constantes nos incisos do artigo 5º, mas reserva àquela o título de “fundamento do Estado democrático de direito”, conforme o seu artigo 1º, inciso III⁵. É pertinente a compreensão de que “a dignidade da pessoa humana” é o vetor que respalda os direitos fundamentais contidos no rol do artigo 5º⁶.

Nessa senda, Daniel Sarmiento (2006, p. 86) afirma:

[...] é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana é o princípio mais relevante da nossa ordem jurídica, que lhe confere unidade de sentido e de valor, devendo por isso condicionar e inspirar a exegese e aplicação de todo o direito vigente, público ou privado. Além disso, o princípio em questão legitima a ordem jurídica, centrando-a na pessoa humana, que passa a ser concebida como “valor fonte fundamental do Direito”.

Desta forma, infere-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, marca do espírito da Constituição Federal de 1988, fornece o sustentáculo basilar dos direitos de ordem pessoal irradiando e amparando a recepção dos direitos humanos. Neste contexto exsurge a condição de “cláusula geral de proteção da personalidade” imposta ao princípio da dignidade. Que segundo Farias e Rosenvald (2007, p. 117):

perceber, com certeza e segurança jurídicas, aquilo que é permitido, que é proibido ou que é exigido nas várias situações conflituais da vida real em que aqueles direitos fundamentais são invocáveis e que deverão ser judicialmente reguladas com base, directa ou indirecta, naquelas normas constitucionais”.

5 Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I — a soberania; II — a cidadania; III — a **dignidade da pessoa humana**; (grifo das autoras).

6 NOVAIS, Jorge Reis (2015, p. 98–99) “[...] então a dignidade da pessoa humana, podendo ser consequentemente invocada em apoio da realização desses outros bens carentes de protecção em Estado de Direito, é igualmente convocável com esse outro sentido, o de fundamento de admissibilidade de imposição de restrições aos direitos fundamentais”.

A defesa da vida com dignidade é objetivo constitucionalmente assegurado pelo Poder Público. Por isso, funciona como verdadeira **cláusula geral**, que serve como motor de impulsão de tudo que vem expresso na ordem constitucional ou mesmo infraconstitucional (Grifo das autoras).

De todo o exposto, pode-se perceber que simplesmente afirmar que a “dignidade da pessoa humana é uma cláusula geral” pode significar muito pouco caso as consequências dessa afirmação não sejam valoradas na devida conta. Em outras palavras, por ser uma cláusula geral, a dignidade da pessoa humana é um ponto de partida, nunca de chegada. Ela é o começo de um argumento, mas não uma conclusão perfeita e acabada.

1.1. O respeito à dignidade consubstanciado no “direito ao esquecimento”

O desenvolvimento da aplicação jurisprudencial do direito permite vislumbrar as possibilidades e os limites de uma cláusula geral como a dignidade da pessoa humana. Dos recentes desenvolvimentos jurisprudenciais dessa cláusula geral que aqui se comenta, um dos mais interessantes e ricos consiste — é a hipótese que moveu este artigo — no direito ao esquecimento. De se ressaltar que o direito ao esquecimento não é uma novidade brasileira.

Fato é que esta tese está umbilicalmente ligada à privacidade, no sentido de que o direito ao conhecimento público não pode ofuscar o direito que toda pessoa tem de não ter seu sigilo violado e exposto ao domínio público gerando abalos que transcendam a moral.

O tema já foi bastante debatido pela doutrina estadunidense⁷. Entretanto, no direito comparado a maior contribuição devotada ao tema é tributada à Alemanha, mais especificamente pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Historicamente podemos atribuir o surgimento do “direito ao esquecimento” ao famoso caso *Lebach*⁸, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha em meados de 1969.

7 Nos EUA — Direito ao esquecimento — o termo *therighttobeletalone* que traduzindo literalmente seria “direito de ser deixado só” ou ainda “direito de ser deixado em paz”.

8 Os dados fáticos do caso narram que, após o assassinato de soldados alemães na cidade de *Lebach*, três pessoas foram responsabilizadas pelo crime, de modo que dois deles foram condenados à prisão

O caso foi julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão (ALEMANHA, 1973), tendo este afirmado que a proteção constitucional aos direitos da personalidade impede que a imprensa explore, por tempo indefinido, a imagem da pessoa, ainda que criminoso, devassando a sua vida privada, principalmente se isso for um obstáculo à sua ressocialização.

Na parte dispositiva do acórdão, e para efeitos práticos de conclusão, o Tribunal Constitucional Federal Alemão não permitiu que o canal exibisse o documentário, não obstante o direito à liberdade de informação e comunicação, titularizado pela emissora (SCHWABE, 2005, 486-494).

Já desde o seu nascedouro, pode-se ver que o direito ao esquecimento não pode ser aplicado sem custos. Há um preço a pagar. É visível que deve imperar o sensível balanceamento entre dois valores de estatura constitucional: liberdade de expressão⁹ (em sua versão liberdade de imprensa) e dignidade da pessoa humana e direito à intimidade¹⁰, donde emana uma tutela ao esquecimento, como já mencionado acima.

O direito, como fenômeno social, é imerso e depende do contexto social no qual se insere. A novidade do conflito de valores acima mencionado, e a solução proposta — o reconhecimento de um direito ao esquecimento advém do traço igualmente novo do problema social que se coloca à sua frente.

A partir das considerações de Erik Noleta Kirk Palma Lima (2013, p. 271), pode-se aceitar o pressuposto de que existem danos derivados do uso das mais novas tecnologias de informação, que replicam a comunicação de modo difuso e sem derivar, necessariamente, de organizações ou empresas de comunicações reguladas pelo poder público. E diz mais:

O movimento definitivo de apoderamento popular das funcionalidades da Internet ocorreu, de fato, com o expressivo aumento de interesse

perpétua e o remanescente deles à pena de seis anos de reclusão — pena menor em razão de figurar, este último, na condição de partícipe. Ocorre que após cumprir quase que integralmente sua pena, o último condenado, o partícipe — aquele que foi condenado a seis anos de prisão — tomou conhecimento de que uma emissora de TV iria exibir uma reportagem sobre o crime. Nela, seria feita uma dramatização. Só que a ficção não se esgotava em si mesma, uma vez que em meio ao enredo seriam colocadas fotos reais e os nomes de todos os condenados.

9 Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

10 Art. 5º [...]. X — são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

ocasionado pela criação das chamadas mídias sociais. Conforme houve uma crescente adesão à Internet, novas tecnologias de armazenamento de dados foram criadas para suprir a demanda (LIMA, 2013, p. 271).

Com efeito, o caráter difuso das novas mídias sociais torna ainda mais dramática a situação de uma pessoa que, mesmo sem querer, é obrigada a conviver com episódios da sua história dos quais deseja se esquecer, por lhe causarem demasiado sofrimento. Aceitar a tutela ao esquecimento, como sinaliza Daniel Bucar, é dar uma chance para que a pessoa (vítima direta ou indireta) possa se ver livre de experiências traumáticas que a aprisionam:

[...] a única característica imutável da pessoa é sua própria aptidão de mudar ao longo da vida. O passar do tempo permite que a projeção exterior das escolhas pessoais sofram voluntariamente alterações, ou não, de acordo com as experiências vividas. À pessoa, portanto, é dada a liberdade de alterar, mudar seu comportamento, sob pena de predeterminar e amarrar sua história pessoal. Impor uma coerência imutável às escolhas existenciais, sem permitir que haja mudanças na história pessoal, é acorrentar o indivíduo ao seu passado, sem possibilitar que tenha uma vida futura, livre em suas opções (BUCAR, 2013, p. 9–10).

Certos fatos da vida privada quando vêm a público, sejam eles verdadeiros ou não, podem ser um problema para uma ou mais pessoas, transformando-se num transtorno com sequelas de stress e violação do bem estar das mesmas. De logo surge o problema de equacionar um direito que seria “difuso” (no sentido que sua titularidade não é de uma só pessoa, mas essencialmente indeterminável), entendido como um direito à informação ou à “verdade”, e um direito derivado da proteção à intimidade, à privacidade.

Como já adiantado, desse conflito de valores constitucionais surgiu o reconhecimento da existência de um direito que vem sendo denominado de direito ao esquecimento. O tema ganhou atualidade quando, no dia 13 de maio de 2014, veio a lume uma decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia¹¹, pela qual se determinou que os usuários das ferramentas de busca pela internet,

11 EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão no processo C-131/12 Google Spain SL, Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf>>, Acesso em: 04 abr. 2015.

como o Google, por exemplo, poderiam exigir que suas informações pessoais, processadas e armazenadas pelos servidores, fossem apagadas, suprimindo tal informação do público em geral. É forçoso admitir, nesta circunstância, os sinais vitais do direito ao esquecimento, melhor dizendo, o direito de poder “não lembrar”, “não recordar” ou “apagar” o indesejável e sofrível fato ou crime.

Apresentada a tensão fundamental entre os dois polos nos quais o direito ao esquecimento se equilibra, será examinado a seguir, o modo como a jurisprudência pátria começou a equacionar esse sensível conflito de valores constitucionais, derivado da cláusula geral da dignidade da pessoa humana¹², em especial no caso da Aída Curi.

2. CASO “AÍDA CURÍ” (1958)

No debate nacional o tema ganhou impulso com recentes julgados publicados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). No final do ano de 2013, a corte superior foi instada a se posicionar no conflito emblemático envolvendo objetivamente o “direito ao esquecimento” para dirimir o “Caso Aída Curi” (julgamento do REsp nº 1.335.153/RJ — 2011/0057428-0, relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão).

Nesse cenário, em meados de março de 2013, a doutrina civilista brasileira assim se posiciona através do Enunciado 531, aprovado no âmbito da VI Jornada de Direito Civil,¹³ promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF). Lá fora reconhecido (em sede doutrinária) que a tutela da dignidade da pessoa humana englobava o direito ao esquecimento.

12 Cfr. NOVAIS, Jorge Reis (2015, p. 99–100) “[...] a dignidade da pessoa humana desempenha, num contexto de potencial conflitualidade ou de tensão entre diferentes valores materialmente constitucionais, um papel de parâmetro ou de critério orientador das ponderações que aí necessariamente se realizam, desenvolvendo, nesse papel, e relativamente à eventual prevalência dos direitos fundamentais, funções de sentido divergente ou até oposto”.

13 E a justificativa ofertada pelos doutrinadores lá reunidos: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. Ressalte-se que, em na referida jornada acadêmica, o enunciado acima transcrito disse com o art. 11 do Código Civil de 2002. Entretanto, não é demais lembrar que o art. 21 do Código Civil, tal como o art. 11, não deixam de ser densificações do inc. X do art. 5º da CF/88.

Eis a delimitação fática do objeto deste estudo. A escolha por casos julgados oferece a vantagem de fornecer um ponto de vista institucional, possibilita vislumbrar as preferências dos tribunais que, ao fim e ao cabo, dizem a palavra final sobre a aplicação do direito. Muito embora essa aplicação não esteja imune a críticas e sujeita a aperfeiçoamentos, papel reservado a doutrina e, por que não, à sociedade, na qualidade de protagonistas dos seus direitos.

No que toca ao seu aspecto processual, o caso Aída Curi consiste, fundamentalmente, em uma ação de indenização por danos morais, materiais e por violação de direito de imagem, movida por Nelson Curi, Roberto Curi, Waldir Curi e Maurício Curi, irmãos de Aída Curi, vítima de homicídio em 1958, na cidade do Rio de Janeiro. O polo passivo da ação foi a TV Globo LTDA (Globo Comunicações e Participações S/A).

O fato subjacente à pretensão de direito material consubstancia-se na nova veiculação da TV Globo, no Programa “Linha Direta — Justiça”, sobre o homicídio de Aída Curi, ressurgindo a lembrança e memória dos familiares da vítima frontalmente em colisão com o direito à informação e à publicidade dos nomes dos acusados do crime bárbaro e de repercussão nacional no ano de 1958. Sustentou a família da vítima que assim como os condenados, as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento, consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados, que já causaram, por si, inesquecíveis traumas e incuráveis feridas. A atitude da emissora foi questionada pelos autores da ação sob o argumento de terem notificado previamente à empresa para não apresentar o caso familiar no Programa “Linha Direta — Justiça”.

No primeiro grau de jurisdição, o Juízo de Direito da 47^a Vara Cível da Comarca da Capital do Rio de Janeiro julgou improcedentes os pedidos dos autores da ação. Sobreveio apelação, que manteve a sentença, ou seja, continuou a julgar improcedente o pedido dos familiares¹⁴. O relator do julgamento no

14 INDENIZATÓRIA. PROGRAMA “LINHA DIRETA JUSTIÇA”. AUSÊNCIA DE DANO. Ação indenizatória objetivando a compensação pecuniária e a reparação material em razão do uso, não autorizado, da imagem da falecida irmã dos Autores, em programa denominado “Linha Direta Justiça”. 1 — Preliminar — o juiz não está obrigado a apreciar todas as questões desejadas pelas partes, se por uma delas, mais abrangente e adotada, as demais ficam prejudicadas. 2 — A Constituição Federal garante a livre expressão da atividade de comunicação, independente de censura ou licença, franqueando a obrigação de indenizar apenas quando o uso da imagem ou informações é utilizada para denegrir ou atingir a honra da pessoa retrata, ou ainda, quando essa imagem/nome foi utilizada para fins comerciais. Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado,

Recurso de Apelação,¹⁵ Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo declarou que a publicação do referido caso apenas reconstituiu a investigação (história), como era de costume no Programa Linha Direta, baseando-se em informações e depoimentos colhidos do acervo do judiciário sobre o caso, sendo utilizadas apenas informações públicas e de fácil acesso a qualquer interessado (TJ/RJ, 2010, p.4). Após outros incidentes processuais os quais não cabem informar (como oposição de embargos de declaração, por exemplo), foi interposto Recurso Especial (REsp.) para o Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, a pretensão recursal da família de Aída Curi não foi acolhida. O STJ entendeu que o acontecimento entrou para o domínio público, e seria impraticável retratar o caso Aída Curi sem citá-la. Ficou entendido que o reconhecimento do “direito ao esquecimento” não conduz necessariamente ao dever de indenizar, pois no caso de familiares de vítimas de crimes passados

foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi, é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos. A Ré cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado. O esquecimento não é o caminho salvador para tudo. Muitas vezes é necessário reviver o passado para que as novas gerações fiquem alerta e repensem alguns procedimentos de conduta do presente. Também ninguém nega que a Ré seja uma pessoa jurídica cujo fim é o lucro. Ela precisa sobreviver porque gera riquezas, produz empregos e tudo mais que é notório no mundo capitalista. O que se pergunta é se o uso do nome, da imagem da falecida, ou a reprodução midiática dos acontecimentos, trouxe, um aumento de seu lucro e isto me parece que não houve, ou se houve, não há dados nos autos. Recurso desprovido, por maioria, nos termos do voto do Desembargador Relator.

- 15 Fundamentação do referido acórdão: No mais, cuida-se de ação indenizatória em decorrência da exibição do nome e imagem de Aída Curi, vítima de homicídio ocorrido nos anos 50, em programa denominado “Linha Direta Justiça”, que tem por objetivo abordar crimes marcantes na sociedade brasileira e informar aos telespectadores o resultado do julgamento dos processos. A publicação televisiva reconstruiu a história, baseando-se em dados colhidos no acervo judiciário e depoimentos de testemunhas, jurados, familiares, promotores e magistrados. Todas as informações a respeito do caso eram públicas e de acesso a qualquer um que o desejasse. [...] Os fatos expostos no programa eram do conhecimento público e, no passado, foram amplamente divulgados pela imprensa. A matéria foi e é discutida e noticiada ao longo dos últimos cinquenta anos, inclusive, nos meios acadêmicos. Uma entrada no site de pesquisa Google registra mais de 470.000 anotações com o nome Aída Curi, o que torna amplamente público toda a dinâmica do evento retratado. A Ré nada criou ou inventou, mas apenas cumpriu com sua função social de informar, alertar e abrir o debate sobre o controvertido caso. Os meios de comunicação também têm este dever, que se sobrepõe ao interesse individual de alguns, que querem e desejam esquecer o passado. [...] Na trilha do entendimento deste relator, definir se o programa tinha cunho jornalístico ou era um documentário é questão secundária e que não subsidiará a decisão, exatamente porque entendo que como os fatos são públicos e notórios, disponíveis para todos que desejam esclarecimentos ou informações, não se pode responsabilizar a ré por disponibilizá-los para os seus telespectadores (STJ, 2013a, p. 2).

que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, haveria a constatação de que na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um direito ao esquecimento, a dor iria diminuindo, de modo que relembrar o fato trágico da vida não causaria o mesmo abalo de antes.

Para se chegar a esse desfecho, referido Tribunal precisou enfrentar previamente a questão de saber se seria aplicável, ao caso em tela, a inteligência da Súmula 403/STJ: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”. Tal Súmula pode ser aplicada em caso de responsabilidade civil, danos morais, direito à imagem, publicação não autorizada (na esteira da máxima segundo a qual a ninguém é dado enriquecer-se à custa de terceiros ou de sua imagem).

A interpretação da Súmula 403/STJ nos força a admitir que sua razão de ser consiste em afirmar que o valor da imagem é acometido quando ela é utilizada de forma degradante e desrespeitosa, é um dano *in re ipsa* (como costuma se pronunciar o STJ em outras questões) porque é inerente. O que difere, e muito, das questões em que o patrimônio em sentido estrito é afetado, oportunidade em que se avalia a indenização pela extensão do dano, que é mensurado com um referencial palpável.

Vale salientar a inviolabilidade da honra, da intimidade, da vida privada e da imagem das pessoas, sendo assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral causado quando há a violação destes direitos¹⁶. Cumpre notar, a Súmula 403 concretiza e densifica a Constituição Federal de 1988. Portanto, é desproporcional afastar a aplicação de uma Súmula que fortalece a Constituição. Então como ponderou o STJ? A corte superior entendeu que nem toda veiculação não consentida da imagem é ilegal ou digna de reparação, mostrando-se frequentes os casos em que a imagem da pessoa é publicada de forma desrespeitosa e sem nenhum viés econômico ou comercial.

Asseverou o STJ que no caso Aída Curi a imagem não era o cerne da publicação, de caráter acessório e não o principal. Outrossim, o caso não mostrou que a exposição do nome Aída Curi se deu de modo vexatório ou degradante. Por tudo isso, decidiu-se pela ausência do dever de indenizar.

Não ousamos pretender exaurir o tema aqui debatido, haja vista que o direito ao esquecimento transcende os direitos da personalidade e perpassa, de forma

16 Ver a Constituição Federal de 1988, artigo 5º, inciso X.

interdisciplinar, no direito ao ambiente e equilibrado (tragédias ambientais como a ocorrida no município de Mariana no ano de 2015), no direito penal e, quiçá, no direito eleitoral (graves casos de corrupção na política) devem alcançar o direito ao esquecimento? Determinados fatos jurídicos não serão apagados da história porque suas marcas são irrecuperáveis. O século XXI legará grandes desafios para a ordem jurídica e o intérprete será motivado pela interdisciplinaridade não apenas de áreas do direito, mas entre as ciências.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade desencadeada por sujeitos que desejam ter determinados fatos de sua vida esquecidos gera para a ciência do direito e para a prática jurisprudencial um enorme desafio. Fazer uma análise extensiva dos direitos inerentes à pessoa, e perceber que, dentre aqueles, está o direito ao esquecimento, implica em aquiescer com a possibilidade que certos fatos possam, por meio de intervenção judicial, não mais serem publicados e expostos.

Desta forma, embora a vida em sociedade implique em alguns dissabores derivados dos conflitos de interesses entre as pessoas e suas diferentes visões de mundo, é forçoso admitir que um sujeito de direito pode judicialmente extirpar do domínio público um fato disseminado sobre sua pessoa¹⁷. Indubitavelmente, não se pode desconsiderar a dor que a retomada de certos eventos traz para pessoas que, também em nome da dignidade da pessoa humana, têm o direito de esquecê-los — quando o esquecimento é condição para viver em dignidade.

A problematização dos prós e dos contras da interferência judicial na liberdade de informação e expressão em nome da tutela ao esquecimento

17 Na obra de PINHEIRO, Alexandre Sousa (**Privacy e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**, 2015) “A partir de exemplos da *common law* o autor procura encontrar resposta para o problema da intrusão na esfera privada dos indivíduos através de novos meios tecnológicos como a máquina fotográfica. O fundamento para o novo direito foi recolhido no right to be let alone. Relativamente a doutrina alemã, construiu-se o direito da protecção de dados que protegia a autodeterminação informacional — informationelle Selbstbestimmung — segundo a qual o titular dos dados pessoais tinha o direito de conhecer e consentir na recolha, armazenamento, uso e transmissão de informação pessoal, salvo quando a lei funcionasse como condição de legitimidade. A evolução dos sistemas de comunicações eletrónicas e a comunicação global em rede transmitindo informações pessoais obriga a repensar a protecção de dados e deve culminar no mais adequado direito a identidade informacional”.

percorrerá caminhos movediços, começando em saber quais métodos jurídicos podem fazer isso (e de que modo), sem afastar os possíveis riscos de medidas de censura “indireta” por parte do Judiciário em desfavor da imprensa. O campo de atuação do “direito ao esquecimento” deverá sofrer limites e ponderações em nome de outros direitos também fundamentais, dentre eles a informação, a ressocialização do causador do dano a ser esquecido, os interesses difusos cuja titularidade de indeterminável, nestes uma especial atenção para os danos ambientais cujo retorno do status quo tem se revelado uma quimera somado à extensão territorial e alto valor econômico de indenização. O direito eleitoral também tem seus desafios no tocante ao condenado por corrupção, com perda do mandato, ter o direito ao esquecimento da veiculação do crime praticado e já cumprida a pena, não obstante a exploração do fato pela oposição.

O reconhecimento, seja em tese ou no caso concreto, de um direito ao esquecimento exige prévio enfrentamento de temas contemporâneos que geram enormes questionamentos à sociedade como um todo, por possuírem em seu íntimo, princípios constitucionais conflitantes, tais como o princípio da liberdade de expressão, em detrimento ao direito à liberdade individual. Princípios estes que são fundantes da sociedade moderna e por isso, igualmente importantes. De se notar que, na base de todos esses princípios, e até mesmo no cerne do direito ao esquecimento, jaz o princípio da dignidade da pessoa humana.

A colisão de valores referentes ao choque entre o direito ao esquecimento e o direito à informação e à liberdade de imprensa tem nas graves violações de direitos humanos, ocorridas no Brasil, um ponto de vista privilegiado para que sejam vislumbrados alguns limites iniciais à invocação do direito ao esquecimento¹⁸.

Pelas graves violações que ocorreram, tanto no Brasil quanto no restante do mundo, em acontecimentos, tais como, grandes guerras e ditaduras, percebeu-se a necessidade de se adotar nas Constituições, sistemas que protegessem de maneira irrestrita os direitos humanos ou mais especificamente, o direito à dignidade da pessoa humana. Por esta razão, é extremamente importante

18 Na doutrina de NOVAIS, Jorge Reis (2015, p. 99) “[...] há ainda a elevada complexidade que resulta do facto de, simultaneamente, os direitos fundamentais constituírem garantias jurídico-constitucionais fortes, furtadas à disponibilidade do Estado e oponíveis à maioria e aos titulares conjunturais do poder, mas serem também garantias que, em contrapartida, podem ter de ceder no confronto ou na colisão como outros bens, valores, interesses ou direitos. [...] os direitos fundamentais são dotados, por natureza, de uma reserva geral imanente de ponderação com outros direitos, princípios, bens ou valores cuja igual necessidade e dignidade de protecção aconselha ou exige compromisso, compatibilização, cedência ou possibilidade de derrogação recíprocos”.

perceber que a ausência de aplicação do direito ao esquecimento em casos de graves violações aos direitos humanos não ofendem a dignidade da pessoa humana: ao contrário, reafirmam-na.

No Brasil, a ditadura militar causou um grave trauma coletivo no que diz respeito à defesa dos direitos humanos. O pesado jugo de um Estado repressor sobre a sociedade civil traz à memória fatos ocorridos que geram fortes sentimentos de revolta e injustiça e dor. Entretanto, para além das graves violações aos direitos humanos acontecidas àquela época, o poder público brasileiro, seja por ação ou omissão, continua a protagonizar episódios cujo não esquecimento é não apenas condição para não repetir: ao não esquecer prestamos homenagem à dignidade da pessoa humana, dada a sua gravidade.

Tal foi o caso da Aída Curi sob a análise do julgamento do REsp nº 1.335.153/RJ no qual o STJ firmou o entendimento de que mesmo reconhecido o direito ao esquecimento não aplicou a condenação de indenização sob a argumentação de que a exposição do nome “Aída Curi” não ocorreu de modo vexatório ou degradante.

O tema é embrionário, polêmico e não apresenta solução simples. Entretanto, os primeiros passos de nossa jurisprudência sobre o assunto nos direcionam a futuros melhores no tocante à efetividade do direito ao esquecimento e sua umbilical relação com os Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht, **BVerfGE** 35, 202 (Lebach), 5 de junho de 1973.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 30 set. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Enunciado 531. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.335.153-RJ. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, publicado no **Diário da Justiça**. Brasília, DF, 28 maio 2013. Disponível em: <www.stj.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 04 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 403. DJe 24.11.2009, ed. 486. Brasília. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf>, Acesso em: 04 abr. 2015

BUCAR, Daniel. Controle temporal de dados: o direito ao esquecimento. **Revista eletrônica de direito civil**, a. 2, n. 3 jul./set. 2013. Disponível em: <<http://www.civilistica.com>>. Acesso em: 20 de maio 2015.

COSTA JR., Paulo José da. **O direito de estar só** — tutela penal da intimidade. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão no processo C-131/12 Google Spain SL, Google Inc. / Agencia Española de Protección de Datos, Mario CostejaGonzález. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-05/cp140070pt.pdf>>. Acesso em: 04 abr. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento: discussão europeia e sua repercussão no Brasil. **Revista de informação legislativa**, ano 50, n. 199, p. 271–283, jul./set. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. 5. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2014.

NOBRE, Edílson Pereira. O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 37, n. 145, p.185–196, jan./mar. 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**. Dignidade e direitos fundamentais. Almedina: Coimbra, v. I, 2015.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. **Privacy e protecção de dados pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional**. Lisboa: A.A.F.D., 2015.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHWABE, Jurgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Berlin:Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005.

A CONSTITUINTE DE 1986–1987 E A
POSITIVAÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS
NO BRASIL PÓS-DITADURA MILITAR

Gabriela Natacha Bechara
Horácio Wanderlei Rodrigues
Felipe Pante Leme de Campos



INTRODUÇÃO

Ainda que em relativo descompasso com as demais democracias ocidentais, surge, após um longo período ditatorial¹, a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB, promulgada em 1988. Essa Constituição, obedecendo a um processo de reivindicações históricas e uma mobilização social ímpar, vem consolidar novo entendimento acerca do respeito aos direitos e garantias individuais, sistematicamente violados durante o regime ditatorial.

A CRFB/88 vem a ser conhecida como a “Constituição cidadã”², uma vez que, entre outros, positiva um leque de novos direitos e, em seu art. 1º e incisos, consagra o princípio da dignidade humana como fundamento da nação, bem como a soberania, a cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. É a partir da promulgação da CRFB/88 que se

1 Esclareça-se, nesse sentido, a utilização do termo enquanto definidor do golpe civil-militar ocorrido em 1º de abril de 1964, pois: “[...] Ninguém, nem Magalhães Pinto, Carlos Lacerda ou Ademar de Barros imaginava algo diferente de uma curta intervenção militar. [...] JK, com seu jeito característico de fazer política, declarou não ser a favor do golpe, mas sublinhou, tampouco apoiaria Jango, para não ficar contra Minas Gerais. Uma ditadura militar prolongada também não estava nos planos do presidente do Senado, Auro de Moura Andrade que, percebendo a desintegração do governo, decidiu precipitar os acontecimentos e depôs Goulart. Convocou uma sessão conjunta secreta do Congresso Nacional e, na madrugada de 2 de abril, declarou vaga a Presidência da República. Nem mesmo diante dos protestos veementes de Tancredo Neves, que informava estar Jango em território nacional — e, portanto, em pleno exercício de seus poderes —, o senador titubeou: cortou o som, apagou as luzes do Congresso e consumou o golpe. Ninguém imaginava outra coisa além de eleições em 1965. Mas todos estavam enganados. Uma facção entre os golpistas tinha agenda própria, o governo dos militares iria durar 21 anos, e o Brasil acabava de ingressar numa longa ditadura” (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 447).

2 Afirma, nesse sentido Schwarcz e Starling (2015, p. 488): “A Assembleia Constituinte instalou-se em 1º de fevereiro de 1987, e a Constituição foi promulgada no ano seguinte, em 5 de outubro de 1988. O novo texto constitucional tinha a missão de encerrar a ditadura, o compromisso de assentar as bases para a afirmação da democracia no país e uma dupla preocupação: criar instituições democráticas sólidas o bastante para suportar crises políticas e estabelecer garantias para o reconhecimento e o exercício dos direitos e das liberdades dos brasileiros — não por acaso, foi batizada de “Constituição Cidadã”. É a mais extensa Constituição brasileira — tem 250 artigos principais, mais 98 artigos das disposições transitórias — e está em vigor até hoje. Além do próprio Ulysses Guimarães, sua redação pôs em cena um elenco notável de parlamentares: Fernando Henrique Cardoso, Florestan Fernandes, José Serra, Lula, Mário Covas, Plínio de Arruda Sampaio. Também é a única que foi escrita no decorrer do mais democrático debate constitucional da história do país. Durante um ano e oito meses o Congresso se transformou no centro da vida pública nacional e a sociedade se organizou para participar do debate constitucional em associações, comitês pró-participação popular, plenários de ativistas, sindicatos. Surgiram inúmeras formas de manifestação. A mais inovadora, as ‘emendas populares’, abarcava todo tipo de tema, e funcionou como um instrumento de democracia participativa — no fim do processo, foram encaminhadas 122 emendas populares à Constituinte, contendo mais de 12 milhões de assinaturas”.

confere à sociedade brasileira a possibilidade de assegurar, pela primeira vez em sua história, um período democraticamente estável, pautado pela proteção dos direitos individuais e sociais, sem golpes e com a possibilidade do funcionamento regular de suas instituições e o seu fortalecimento.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por objeto a constituinte de 1986–1987 e seu momento imediatamente anterior, resgatando, ainda que de forma não exaustiva, a participação da sociedade civil organizada e dos movimentos sociais na luta pela positivação de direitos e garantias na Magna Carta brasileira. Acredita-se que essa questão merece especial destaque, pois em meio ao que parece ser um cenário político de recrudescimento dos direitos humanos, faz-se mister valorizar o processo que culminou com a promulgação da CRFB/88, demonstrando, para além da importância das conquistas ali previstas, que a participação popular na luta pela conquista e manutenção de direitos e garantias é contínua e permanente³.

Nesse condão, este trabalho se organiza da seguinte forma: primeiramente aborda-se o período da ditadura militar e suas violações aos direitos e liberdades civis e políticas. Em seguida, faz-se alguns apontamentos acerca da forma como se deu o processo constituinte brasileiro de 1986–1987 e a participação popular, que culmina na CRFB/88. Finalmente, parte-se para as conclusões do trabalho.

1. A DITADURA MILITAR E O REGIME DOS ATOS INSTITUCIONAIS

A ditadura militar brasileira (1964–1985) foi um regime de exceção,⁴ estabelecido pelas forças armadas em nome de uma alegada proteção frente à

3 A importância da consciência histórica sob a perspectiva abordada no presente trabalho é latente em Bloch (2001, p. 65): “A incompreensão do presente nasce fatalmente da ignorância do passado. Mas talvez não seja menos vão esgotar-se em compreender o passado se nada se sabe do presente. Já contei em outro lugar o episódio: eu estava acompanhando, em Estocolmo, Henri Pirenne. Mal chegamos, ele me diz: ‘O que vamos ver primeiro? Parece que há uma prefeitura nova em folha. Começemos por ela’. Depois, como se quisesse prevenir um espanto, acrescentou: ‘Se eu fosse antiquário, só teria olhos para as coisas velhas, mas sou historiador. É por isso que amo a vida.’ Essa faculdade de apreensão do que é vivo, eis justamente, com efeito, a qualidade mestra do historiador.”

4 Nesse sentido, ilustrativo: Schwarcz e Starling (2015, p. 449): “A área sensível do novo sistema político estava localizada no controle, pelas Forças Armadas, da Presidência da República. Os militares assumiram o governo de forma inconstitucional, conferiram a si próprios poderes de exceção e cinco

ameaça comunista que se espalhava pelo continente americano e o restante do mundo. Autodenominando-se de Revolução⁵, o intuito era o de resguardar a sociedade brasileira, sua família, liberdade e religiosidade (na forma cristã), bem como sua democracia, salvando o país da corrupção e subversão que acompanhavam os comunistas.

O período de exceção no Brasil, diferentemente dos outros regimes militares latino-americanos⁶, se caracterizou pelo uso do aparato legal como forma de sustentação e legitimação perante a população civil, mantendo, com pequenas exceções, o Congresso Nacional em funcionamento.

Durante o período, o sistema partidário estava organizado em apenas dois partidos, a Aliança Renovadora Nacional — ARENA, partido apoiado pela situação (militares) e o Movimento Democrático Brasileiro — MDB, a oposição consentida. Na realidade, tratava-se de manter as aparências, pois os membros do Congresso Nacional, frente às constantes ameaças e tentativas de coerção por parte dos militares, não conseguiam exercer seus mandatos de forma livre e imparcial.

De tal sorte, apesar da aparência de legalidade, os militares eram quem legislava concretamente, por meio dos Atos Institucionais e Atos complementares, estabelecendo-se o denominado Regime dos Atos Institucionais. Nesse sentido, vale ressaltar que os Atos Institucionais eram normas arbitrariamente editadas,

gerais do Exército se alternaram no comando do Executivo — Castello Branco (1964-67), Costa e Silva (1967-69), Garrastazu Médici (1969-74), Ernesto Geisel (1974-79) e João Figueiredo (1979-85) —, além do curto período de mando de uma Junta Militar, composta pelos ministros das três Forças, entre agosto e outubro de 1969”.

5 Para além da apropriação significativa do conceito em si de revolução, há a fundamentação histórica, consoante Schwarcz e Starling (2015, p. 456): “As Forças Armadas até hoje empregam o termo “Revolução” para se referir ao golpe e isso ocorre por conta do primeiro Ato Institucional: garantia-se legitimidade ao sistema e institucionalizava-se a repressão. Em razão dos vários Atos Institucionais que se seguiram, esse passou a ser conhecido como AI-1, e forneceu ao governo do general Castello Branco o instrumento jurídico que permitiu encarcerar milhares de pessoas, bem como improvisar áreas de detenção em estádios de futebol, como o Caio Martins, em Niterói, além de transformar embarcações da Marinha Mercante e da Marinha de Guerra em navios prisões. O AI-1 também liberou a execução de manobras policial-militares de detenção em massa, com bloqueio de ruas, busca de casa em casa e checagem individual, que se deram durante o ano de 1964, em Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Rio de Janeiro, São Paulo e Pernambuco — cerca de 50 mil pessoas acabaram detidas nessas manobras, conhecidas como Operação Limpeza”.

6 A Revolução Cubana ocorreu em 1959. Por sua vez, pode-se citar como exemplo das demais ditaduras latino-americanas as estabelecidas em 1954 na Guatemala e no Paraguai, em 1966 na Argentina, em 1968 no Peru, em 1973 no Uruguai e no Chile, em 1978 na República Dominicana, entre outras.

entre os anos de 1964 e 1969, pelos comandantes das forças armadas ou pelo presidente, sem qualquer consulta popular ou ao poder legislativo.

Ao todo, durante o regime ditatorial, foram editados 17 Atos institucionais (AI)⁷. Os primeiros atos são os mais conhecidos: o Ato inaugural, Ato Institucional n.º 1, de 09.04.1964, redigido por Francisco Campos⁸, estabelece, principalmente, a eleição indireta para Presidente, conferindo ainda poderes para alterar a Constituição, suspender direitos políticos e cassar mandatos aos comandantes das forças armadas e ao Presidente; o AI n.º 2, de 27.10.1965, que, entre outras medidas, suspende garantias de vitaliciedade, inamovibilidade, estabilidade e a de exercício em funções por tempo certo, excluindo da apreciação do Poder Judiciários certos atos; o AI n.º 03, de 05.02.1966, que cuida das eleições ocorridas no mesmo ano; o Ato institucional n.º 04, de 12.12.1966, que convoca o Congresso Nacional para apreciar projeto de Constituição proposto pelo Presidente; e, por fim, entre as menções aqui cabíveis, o famigerado AI n.º 05, de 13.12.1968, que suspende a garantia do *habeas corpus*, dispõe sobre os poderes do Presidente para decretar estado de sítio, intervenção federal, suspensão de direitos políticos e restrição ao exercício de qualquer direito público ou privado, cassação de mandatos eletivos, voltando a excluir seus atos da apreciação do Poder Judiciário e podendo decretar recesso no Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais. Ainda, em conjunto com o AI n.º 05, foi editado o Ato Complementar n.º 38, determinando o fechamento do Congresso Nacional, que assim permaneceu por quase um ano.

Doravante, a Constituição de 1967, outorgada em 24.01.1967, com entrada em vigor em 15.03.1967, voltou a centralizar o poder nas mãos do chefe do Poder Executivo, mantendo a forma de governo (República), forma de estado (Federação), a capital do país (Brasília), a inexistência de uma religião oficial e, teoricamente, a organização dos três poderes (ainda que, na prática, o Legislativo e Judiciário tivessem sua competência diminuída).

Em virtude do afastamento do general Artur da Costa e Silva da Presidência, por motivos de saúde, foi formada uma Junta Governativa Provisória em 1969.

7 Os 17 Atos Institucionais encontram-se disponíveis em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/atos-institucionais>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

8 Francisco Campos foi o responsável pela elaboração e redação da Constituição de 1937.

Essa Junta foi responsável pela edição da Emenda Constitucional n.º 01 de 1969⁹ — EC n.º 01/1969, introduzindo modificações no texto constitucional¹⁰.

Os anos seguintes foram de sistemáticas violações aos direitos humanos. Inúmeros brasileiros foram presos, torturados, mortos e alguns estão desaparecidos até os dias de hoje. Assim, em contrapartida às violações, desrespeitos e retrocessos do período, surgem algumas iniciativas de resistência à abusividade perpetrada pelas forças militares e seus apoiadores. Tais grupos são frutos da repressão e da impossibilidade de oposição legal e de resistência civil e são influenciados pelas guerrilhas que haviam começado a se formar nos países latino-americanos vizinhos. Dessa forma:

Em resposta à falta de alternativa para a oposição legal, grupos de esquerda começaram a agir na clandestinidade e a adotar táticas militares de guerrilha urbana e rural. Em setembro de 1969, houve o primeiro ato espetacular da guerrilha urbana, o sequestro do embaixador norte-americano. Daí até o final do governo Médici, em 1974, forças da repressão e da guerrilha se enfrentaram em batalha inglória e desigual. Aos seqüestros e assaltos a bancos dos guerrilheiros, respondia a repressão com prisões arbitrárias, tortura sistemática de presos, assassinatos. Opositores assassinados eram dados como desaparecidos ou mortos em acidentes de carro. A imprensa era proibida de divulgar qualquer notícia que contrariasse a versão das forças de segurança (CARVALHO, 2004, p. 162–163).

O fato de as guerrilhas serem isoladas politicamente e divididas, além das sucessivas mortes e desaparecimentos dos militantes que as compunham, fizeram com que os grupos de luta armada começassem a desaparecer. Em 1972, a maioria dos grupos armados já não existia. Seus líderes morreram em confronto com as forças militares ou sob tortura. Dessa forma, todos os grupos que optaram pela luta armada, cedo ou tarde, acabaram esfacelados pelos militares, resultando na prisão, tortura, morte, “desaparecimento” e banimento de centenas de militantes. Na verdade, dada a falta de preparo da maioria dos jovens envolvidos, bem como a diferença de recursos disponíveis, tem-se que a

9 O texto da Emenda encontra-se disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 08 jun. 2015.

10 Essas alterações trazidas pela edição da EC n. 01/1969 fazem com que alguns juristas defendam tratar-se, a bem da verdade, de nova Constituição, debate este que não se entende como pertinente ao presente trabalho.

esquerda armada jamais constituiu ameaça política significativa ao regime, mas seus ataques deram argumentos aos militares linha-dura, fortalecendo a opinião dos que defendiam uma maior repressão. (SKIDMORE, 1989, p. 249)

Em 1973, o general Ernesto Geisel toma posse, prometendo o início de uma distensão política¹¹, verdadeira liberalização do regime com uma abertura “lenta, gradual e restrita”. Assim, apesar da repressão, uma nova conjuntura nacional começa a se formar, com o crescimento das lutas populares e o isolamento político do regime, ao mesmo tempo em que se agrava a situação econômica. Esse cenário tem como propulsores a promessa de distensão por parte do general Geisel e as vitórias do MDB nas eleições de 1974, que apesar de configurarem uma oposição consentida, mostram a existência de um movimento para rearticulação política da sociedade.

Pessoas dos mais diversos segmentos da sociedade civil começam a se manifestar¹² e a organizar-se em favor de uma mudança de regime e pela redemocratização do estado brasileiro, podendo-se citar entre eles professores, intelectuais, estudantes, artistas, religiosas, sindicatos, associações de moradores

11 A estratégia da distensão foi formulada pelo general Golbery. Quanto às razões de Geisel e Golbery para promoverem a abertura provavelmente dizem respeito ao desgaste enfrentado pelo governo e os reflexos negativos da Ditadura Militar nas forças armadas. Nesse sentido, Schwarcz e Starling (2015, p. 469): “Geisel era com certeza imperial, de tão autoritário, mas tinha também claro o sentido que queria dar à descompressão do sistema e contava com dois operadores políticos competentes: o general Golbery atuava ‘para dentro’ e foi o estrategista da abertura controlada; Petrônio Portella, senador pelo Piauí, era discreto, prolixo e dissimulado, tinha bom trânsito entre os parlamentares e habilidade para a costura interna do Congresso — atuou como interlocutor do governo nas negociações com os setores moderados de oposição”.

12 Interessante acontecimento relacionado ao fortalecimento da então ‘resistência’ civil é a morte do jornalista Vladimir Herzog, então diretor da TV Cultura, que comparece à sede do Codi-DOI paulista aos 25 de outubro de 1975 e, no mesmo dia, é encontrado morto dentro de uma cela. O Exército, então, ‘constrói’ a versão de um suicídio, pelo que, conforme afirma Schwarcz e Starling (2015, p. 472–473): “A morte de Herzog, contudo, fez reagir uma rede de informação liderada pelo Sindicato dos Jornalistas Profissionais do Estado de São Paulo, que denunciou a farsa do suicídio e aglutinou o movimento de protesto contra a prisão ilegal, a tortura e o assassinato. [...] O tiro tinha saído pela culatra. Aproximadamente 30 mil estudantes paralisaram as aulas nas principais universidades paulistas. Começou a se alinhar uma ampla frente de mobilização contra a ditadura, que reunia o MDB, o Sindicato dos Jornalistas, o movimento estudantil, a OAB, a CNBB e a ABI, e que, sem muito planejamento, se estendeu por vários dias e desaguou no culto ecumênico na catedral da Sé. Este foi concelebrado por quatro lideranças religiosas — os rabinos Henry Sobel e Marcelo Rittner, d. Paulo Evaristo Arns e o pastor presbiteriano Jaime Wright -, além de contar com um convidado no altar-mor: o arcebispo de Olinda e Recife, d. Helder Câmara. [...]. ‘Há momentos em que o silêncio fala mais alto, explicou d. Helder Câmara a um jornalista, após a cerimônia religiosa. E resumiu numa frase a força do que havia acabado de acontecer: ‘Hoje o chão da ditadura começou a tremer. É o começo do fim’”.

e associações trabalhistas, grupos representando parcelas mais vulneráveis da sociedade, como negros, mulheres, pessoas com incapacidades físicas, idosos, bem como a imprensa estrangeira e a imprensa nacional.

São exemplos de mudança no cenário político brasileiro os Pacotes de abril de 1977 e de junho de 1978, a Lei de Anistia, de 1979, a Lei da Reforma Partidária, também de 1979, a Emenda Constitucional n.º 15, de 1980, estabelecendo eleições diretas para Governadores e resultando em eleições diretas para o cargo já em 1982, e o movimento “Diretas Já”, iniciado no ano de 1983, com a rejeição da PEC n.º 05/1983 apresentada pelo Deputado Federal Dante de Oliveira.

A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começara assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição dos Governadores em 1982. Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiásticas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político social (SILVA, 2010, p. 88).

Ainda que rejeitada, a EC n.º 05/1983 deu ensejo à eleição indireta de Tancredo Neves, em 1985, encerrando duas décadas de ditadura militar no Brasil. Com o seu falecimento, assumiu o seu vice, José Sarney, que, apesar de seus laços com o governo autoritário, deu continuidade à abertura democrática, instituindo, mediante o Decreto n.º 91.450/1985¹³ a Comissão provisória de Estudos Constitucionais, conhecida por Comissão Afonso Arinos, seu presidente, e, buscando cumprir o disposto na EC n.º 26 de 27.11.1985¹⁴, determinou a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte (LENZA, 2013, p. 128–129).

13 O Decreto encontra-se disponível no seguinte endereço: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=91450&tipo_norma=DEC&data=19850718&link=s>. Acesso em: 06 jun. 2015.

14 A Emenda Constitucional encontra-se disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 06 jun. 2015.

2. A CONSTITUINTE DE 1986–1987

Conforme pode ser observado, o regime militar, pautado pela restrição aos direitos, fez com que inúmeros segmentos da sociedade se insurgissem, dando início a um longo debate pelo reestabelecimento da democracia e dos direitos civis e políticos no país.

[...] inumeráveis organizações civis, entidades populares, órgãos da imprensa, estudantes, advogados, professores, trabalhadores e políticos de oposição, atuando já no clima da distensão, não cessaram de requerer a volta a um regime marcado, pela confiança e credibilidade nos poderes de governo e na investidura legítima de seus titulares (BONAVIDES; ANDRADE, 2006, p. 456).

Assim, o processo de abertura política longa, gradual e segura, que teve início no governo do General Ernesto Geisel, culmina ao fim do governo do General João Batista de Figueiredo.

Ainda que esse processo tenha se iniciado, originariamente, pela liberalização política do próprio regime autoritário — em face de dificuldades em solucionar problemas internos — as forças de oposição da sociedade civil se beneficiaram do processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas. A transição democrática, lenta e gradual, permitiu a formação de um controle civil sobre as forças militares. Exigiu ainda a elaboração de um novo código, que refizesse o pacto político-social (PIOVESAN, 2013, p. 85–86).

As eleições gerais de 15 de novembro de 1986 escolheram os deputados federais e senadores que fariam parte da elaboração da nova Constituição. Isso porque a Assembleia Nacional Constituinte se estabeleceu em 1.º de fevereiro de 1987 e foi convocada pela supracitada Emenda Constitucional n.º 26, de 27 de novembro de 1985. No entanto,

Não prevaleceu a ideia, que teve amplo apoio na sociedade civil, de eleição de uma constituinte exclusiva, que se dissolveria quando da conclusão dos trabalhos. Ao revés, optou-se pela fórmula insatisfatória de delegação dos poderes constituintes ao Congresso Nacional, a

funcionar, temporariamente, como constituinte à sua instalação, por se encontrarem no curso de seus mandatos de oito anos (BARROSO, 2006, p. 39–40).

Dessa forma, não havendo a criação de uma assembleia exclusivamente constituinte, alguns dos senadores que faziam parte do Congresso Nacional à época foram eleitos sob a égide do regime de exceção, os chamados “senadores biônicos”, eleitos indiretamente pela ditadura. No entanto, a presença desses parlamentares não impediu que a Constituinte de 1988 incorporasse em seu texto muitas das inúmeras demandas apresentadas pela sociedade civil e os movimentos sociais.

[...] a intensa participação popular que envolveu o processo constituinte, desde a subscrição de emendas pelos mais diversos segmentos da sociedade civil até o assédio avassalador aos parlamentares dentro e fora do Congresso Nacional, traduziu fenômeno da psicologia social, de certa maneira inédito, em nossa formação político-cultural, que ganhou notoriedade na esteira das jubilosas manifestações populares em prol da realização das eleições diretas para Presidente da República [...] (CASTRO, 2010, p. 119).

Sobre a participação popular na Constituinte de 1987, tem-se que:

Pode-se afirmar que essa participação não resultou em adoção de propostas populares, mas o fato é que sugestões e emendas com milhões de assinaturas chegaram ao Congresso e foram submetidas à Comissão de Sistematização, permitindo-se aos indicados pelos subscritores das mesmas, o direito de palavra no plenário (BONAVIDES; ANDRADE, 2006, p. 479–480).

Como reflexo dessas mobilizações e da participação sem precedentes, a Constituição de 1988 efetivamente incorporou em seu texto muitas das demandas da época, refletindo as pressões dos diferentes grupos da sociedade, atingindo novo patamar no ordenamento jurídico brasileiro:

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços.

O surgimento de um sentimento constitucional no país é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se mantinha em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor (BARROSO, 2010, p. 247).

Sobre o assunto, o próprio Barroso esclarece, todavia, que:

[...] além das dificuldades naturais, advindas da heterogeneidade das visões políticas, também a metodologia de trabalho utilizada contribuiu para as deficiências do texto final. Dividida, inicialmente, em 24 subcomissões e, posteriormente, em 8 comissões, cada uma delas elaborou um anteprojeto parcial, encaminhado à Comissão de Sistematização. Em 25 de junho do mesmo ano, o relator dessa Comissão, Deputado Bernardo Cabral, apresentou um trabalho em que reuniu todos estes anteprojetos em uma peça de 551 artigos! A falta de coordenação entre as diversas comissões, e a abrangência desmesurada com que cada uma cuidou de seu tema, foram responsáveis por uma das maiores vicissitudes da Constituição de 1988: as superposições e o detalhismo minucioso, prolixo, casuístico, inteiramente impróprio para um documento dessa natureza. De outra parte, o assédio dos lobbies, dos grupos de pressão de toda ordem, gerou um texto com inúmeras esquizofrenias ideológicas e densamente corporativo (BARROSO, 2006, p. 41–42, grifou-se).

Dessa forma, consubstanciadas ante as exigências fáticas das realidades em que se inserem, as Constituições incorporam essas preocupações com a proteção da dignidade da vida humana, estabelecendo direitos e garantias no intuito de evitar futuras lesões sistemáticas¹⁵. A norma passa a incorporar valores de forte caráter ideológico.

15 Nessa perspectiva, esclarecedora a afirmação de Fioravanti (1999, p. 161): “Nella formula contemporanea della democrazia costituzionale sembra invece essere contenuta l’aspirazione a un *giusto equilibrio* tra il principio democratico, valorizzato in costituzione attraverso gli istituti della democrazia politica, e lo stesso ruolo del legislatore e del governo, e l’idea, insita in tutta la tradizione costituzionalistica, dei *limiti della politica*, da fissare mediante la forza normativa della costituzione, e in particolare attraverso il controllo di costituzionalità, sempre più determinante nell’ambito delle democrazie odierne”.

A Constituição, como lei básica, é princípio formal a que todo cidadão pode e deve recorrer. Por isso, a Carta Magna não pode ser apenas um espelho da sociedade e de suas relações, mas deve expressar as aspirações e os ideais dos cidadãos, deve apontar sempre para o que o conjunto dos indivíduos encara como o objetivo último da vida em comum. Todos temos o direito de nos rebelar contra qualquer espécie de coerção e abuso de poder, em qualquer instância em que se manifestem: nossa arma chama-se Constituição. Ela é a resposta à exigência também de Montesquieu, há mais de dois séculos: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder” (BONAVIDES; ANDRADE, 2006, p. 487).

A CRFB/88 traz sensíveis inovações, principalmente no tocante aos direitos fundamentais, uma vez que são, pela primeira vez no Brasil, tratados com relevância, obtendo *status* jurídico. O texto constitucional demonstra ainda sintonia com a Declaração Universal de 1948 e com os principais pactos internacionais, com a pretensão de estender a todas as classes sociais o Estado de Direito¹⁶.

16 Elucide-se, quanto ao termo Estado de Direito: “Foi na Alemanha que nasceu, com a palavra, o conceito de *Rechtsstaat* — ao qual correspondem hoje, em outras línguas, os termos *État de droit* [Estado de direito], *Law State*, *Stato del diritto*, *Estado de derecho* etc. Mesmo que se possa ter mostrado que diversos elementos que entram na compreensão desse conceito pertencem ao pensamento jurídico-político desde o século XVI, é preciso reportá-lo à cultura alemã do século XIX para captar rigorosamente seu sentido original. De fato, é para fazer oposição à noção de *Obrigkeitsstaat* que se traduz usualmente — de maneira muito aproximativa — por ‘Estado de polícia’, que a ideia do *Rechtsstaat*, que se traduz por ‘Estado de direito’ foi avançada. De acordo com Heinz Monhaupt, a aliança entre duas palavras *Recht* e *Staat* teria aparecido em 1798 em Placidus — cujo verdadeiro nome era Johann Wilhelm Petersen — que aplicava à doutrina do direito de Kant. Na verdade, o autor da *Rechtslehre* (1796) em nenhum de seus escritos emprega a expressão *Rechtsstaat*; mas o estatuto que, na sua filosofia normativo-crítica, Kant dá ao Estado torna este inseparável das estruturas jurídicas que, pela institucionalização da *trias politica* (os três poderes), tornam possível a coexistência de liberdades. Como a ideia racional prática de liberdade é, segundo Kant, o princípio regulador do direito político, o Estado, em seu próprio conceito, implica a recusa da autoridade absoluta e arbitrária do Poder e, ao mesmo tempo, da vocação administrativa e gestonária que, como tal, ela não deixaria de se outorgar” (GOYARD-FABRE, 1999, p. 312–313). Acerca da análise de termos correlatos, elucide-se, ainda: “Tuttavia, se non altro per evidenti ragioni di sintesi, è la Germania a dover essere messa in primo piano in questo nostro tentativo di verifica di un rapporto tra costituzione e Stato di diritto [...] La prima constatazione è che questo è il luogo ed il tempo storico in cui si produce in modo esplicito la celebre differenziazione di significato tra le due parole tedesche [...]: *Konstitution* e *Verfassung*. È noto che Friedrich Julius Stahl [...] ha svolto un ruolo di primo piano nella elaborazione concettuale di tale differenziazione. [...] *Verfassung* [...] essa è ‘articolazione della comunità degli uomini, che fonda e rende stabile lo Stato come istituzione’. Dunque, la *Verfassung* è quella condizione storico-esistenziale,

Conforme observa Barroso acerca da recepção da CRFB/88:

A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar, já não apenas da supremacia formal que sempre teve, também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos. Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil (BARROSO, 2010, p. 363).

A Constituição brasileira consagra o princípio da dignidade da pessoa humana logo em seu primeiro artigo, quando eleva a dignidade humana a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, por fim, o pluralismo jurídico. Ela também implementa sistemas protetores dos direitos com base na dignidade da pessoa humana, fazendo dos direitos fundamentais importante parâmetro de interpretação. A Constituição inovou, ainda, ao se caracterizar como aberta e flexível quanto à recepção de novos direitos (art. 5º, §2º), ampliando o rol de direitos protegidos quando instituiu a possibilidade de existência de outros direitos fundamentais que não apenas aqueles expressamente positivados em seu texto.

Em um mundo marcado pela dependência econômica e tecnológica, em que o modelo neoliberal ganha cada vez mais espaço, surge um texto constitucional atento às peculiaridades brasileiras, adaptado à realidade existente no país e que teve grande influência das Constituições da Itália (1948), da República Federativa da Alemanha (1949), da República Portuguesa (1976) e da

ma anche quel processo dinamico, che consente ad una comunità di uomini di articolarsi, ed in definitiva di far pervenire ad esistenza compiuta lo Stato come istituzione, ovvero come autorità capace d'*imperium*, di chiedere ed ottenere obbedienza. Più precisamente, la *Verfassung* così intesa è ciò che consente ad un popolo — la 'comunità degli uomini' di Stahl — di essere veramente tale e non mera somma di pretese individuali e di gruppo, ciò che consente di costruire e stabilizzare un'autentica comunità politica, e con essa lo Stato medesimo. [...] *Konstitution* [...] Infatti, il difetto principale di quest'ultima stava nel fatto che essa appariva essere inconsistente proprio come atto di fondazione della autorità politica, dello Stato come istituzione. Riducendo quello Stato ad un mero strumento di tutela dei diritti individuali, a semplice 'risultato della volontà degli individui', la *Konstitution* non riusciva ad individuare nella sua specificità ed autonomia il decisivo momento della autorità politica, la sua fondazione nel popolo come entità storico-organica, come concreta articolazione della comunità degli uomini' (FIORAVANTI, 1993, p. 191–192).

Constituição espanhola (1978), essas duas últimas também resultantes da retomada da democracia em países até então ditatoriais.

A relevância atribuída aos direitos fundamentais, o reforço de seu regime jurídico e até mesmo a configuração do seu conteúdo são frutos da reação do Constituinte, e das forças sociais e políticas nele representadas, ao regime de restrição e até mesmo de aniquilação das liberdades fundamentais (SARLET, 2010, p. 65–66).

A nova Constituição surge, portanto, em um cenário repleto de diferentes ideologias e reivindicações, em que a redemocratização se dá a partir de uma comportada transição democrática, pois não foi precedida por um ato de ruptura¹⁷, sendo, sim, resultante de uma negociação política que já vinha se delineando no horizonte político. É um texto que sintetiza as contradições e os ideais de mudança¹⁸, o sincretismo étnico e cultural brasileiro, além das riquezas e contradições do país (CASTRO, 2009, p. XXVI e XXVII).

17 Esclarecedora a análise de Fioravanti (1999, p. 158–159): “Tuttavia, queste stesse Costituzioni della seconda metà del nostro secolo hanno poi finito, nel loro concreto svolgimento, per rappresentare una forma nuova e inedita, entro cui le dottrine ricevute della costituzione democratica sono state certamente utilizzate, ma poi anche quasi del tutto superate. Così è, in primo luogo, per l’idea, davvero capitale nella storia della costituzione democratica, del potere costituente. Quel potere è certamente riaffermato nel corso del Novecento, a partire dalla Costituzione di Weimar del 1919, ma con un significato che sempre più si allontana da quello rivoluzionario francese della manifestazione di sovranità del popolo, o della nazione. Leggiamo a questo proposito, in modo esemplare, in una sentenza del Tribunale Costituzionale spagnolo: ‘la distinzione tra potere costituente e poteri costituiti non opera solo nel momento in cui si stabilisce la Costituzione; la volontà e la razionalità del potere costituente obbiettivizzati nella Costituzione non solo fondano la Costituzione nella sua origine, ma anche fondano permanentemente l’ordine giuridico statale e presuppongono un limite alla potestà del legislatore’”.

18 Acerca da imperiosidade, sob pena de esfacelar-se a força normativa da Constituição, esclarecedora a exposição de Hesse (1991, p.19): “Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se se fizerem presentes, na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, considerando-se que o surgimento de uma Constituição corresponde, historicamente, a algumas características de seu tempo, para entender a incorporação de certos direitos, garantias e princípios na CRFB/88, deve-se entender o contexto no qual essa Constituição surgiu, uma vez que tem sua origem no processo de redemocratização do país.

No entanto, convém assinalar que, obedecendo ao contexto histórico em que se encontrava inserida, a constituinte de 1986-1987 procurou dar vazão aos anseios de sua população, respeitando o cenário nacional e internacional de reverência e proteção aos direitos humanos, elevando o princípio da dignidade humana a categoria de princípio norteador para toda a legislação infra-constitucional.

À luz do exposto, pode-se verificar que a CF/88 revela-se como fruto de uma evolução da maturidade política, jurídica e social do povo brasileiro, que se desdobra em uma sociedade mais complexa, mas que se encontra, no entanto, inserida dentro de uma continuidade histórica. Isto porque a promulgação da CRFB/88, por meio da Assembleia Constituinte de 1986-87, não rompe com a ordem jurídica anterior, implantando revolucionariamente uma nova ordem. Pelo contrário, a CRFB/88, advinda de uma negociação e não de uma ruptura com o pensamento e o modo de vida que tenta suprimir, acaba por dar vazão a tentativas de retorno aos pensamentos de outrora: conservadores, autoritários e patrimonialistas, que desrespeitam o já conquistado, ou o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos humanos como um todo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BLOCH, Marc. **Apologia da história, ou, o ofício de historiador**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. **História constitucional do Brasil**. 8. ed. Brasília: OAB, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2015.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. **A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. 20 anos da Constituição Democrática de 1988. BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. (Coord.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. XXIII–XXXVI

FIORAVANTI, Maurizio. **Costituzione**. Bologna: Il Mulino, 1999.

FIORAVANTI, Maurizio. **Stato e Costituzione: Materiali per una storia delle dottrine costituzionali**. Torino: G. Giappichelli Editori, 1993.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. **Brasil: uma biografia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SKIDMORE, Thomas. **Brasil: de Castelo a Tancredo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

O DIREITO DOS NÃO HUMANOS NO
BRASIL: UMA ANÁLISE ABOLICIONISTA
DA LEI DE Nº 11.794/2008

Aline de Almeida Silva Sousa

Cleopas Isaías Santos

Isabella Pearce C. Monteiro



INTRODUÇÃO

A vivisseção remonta aos tempos em que não havia clara distinção entre religião e ciência, considerando que Hipócrates já a praticava para fins didáticos. Em seguimento, na Renascença, esta prática vigorou como metodologia padrão em razão do costume, da ausência de consideração moral quanto à vida do animal não humano e da dificuldade de adquirir cadáveres humanos. A adoção deste modelo concorreu para um enorme atraso científico mundial como, por exemplo, a teleologia de Galeno, que condiciona a existência de todas as coisas para atender aos fins humanos. (GREIF; TRÉZ, 2000, p. 2–3).

Justifica-se a exploração de animais não humanos para fins de vivisseção em razão de não fazerem parte do ciclo moral humano, e existem três grandes ideologias que pretendem justificar esta supressão. A primeira delas é sustentada por Descartes, que considerava o animal como um ser inanimado e incapaz da experiência de dor ou de prazer, em razão da ausência de linguagem e desejo, que seriam pressupostos para a racionalidade; a segunda ideologia, defendida por Aquino e Locke, não entende os animais não humanos como meros autômatos e percebe que são capazes de vivenciar sofrimento e prazer, contudo, assevera que são destituídos de alma e espiritualmente inferiores, havendo autorização divina para utilização dos mesmos; a última vertente considera que a ausência de certas capacidades fisiológicas e cognitivas, que impossibilitam a reciprocidade destes animais, seria o fundamento para a exclusão dos mesmos de nossa comunidade moral (TRINDADE, 2013, p. 128–129).

Em razão destes modelos ideológicos, a cada ano, por volta de 67.000.000.000 (sessenta e sete bilhões) de animais terrestres não humanos e sencientes (capazes de sentir dor e buscar o prazer, entre outros sentimentos) são mortos por animais humanos, para fins de consumo. (HUMANE SOCIETY INTERNATIONAL, 2012).

Desse modo, sabe-se que o único objetivo da experimentação científica em animais é produzir conhecimento, qualidade de vida e riquezas para o homem, sem qualquer consideração direta dos interesses de animais não humanos. No entanto, embora antes já houvesse mobilização contra a exploração e a perpetração da dor, foi com a publicação de *Animal Liberation* (1975), do filósofo utilitarista Peter Singer, que se fortaleceram os movimentos anticrueldade contra não humanos.

Assim sendo, podemos identificar três seguimentos teóricos que tratam do Direito dos Animais não humanos. O primeiro é o conservadorismo, que não questiona o paradigma de exploração do animal e não considera não humanos como possíveis agentes morais, receptores de obrigações diretas, haja vista ausência de reciprocidade; o segundo é o bem-estarismo, que sustenta a importância do tratamento humanitário e do bem-estar do animal, promovendo a regulamentação do uso para atenuar o sofrimento, mas não combate a exploração institucionalizada; e o terceiro seguimento é o abolicionismo, que objetiva o fim da exploração institucionalizada de animais não humanos, não os considerando como mera propriedade que se move sozinha (FELIPE, 2014, p. 17–22).

No campo da experimentação animal para fins científicos, a segunda vertente instituiu o sistema dos 3R (*Replecemente, Refinamente, Reduction*) e, por conseguinte, se justificaria para esta teoria o uso de animais para fins científicos, desde que ocorra, primeiramente, a substituição por meios alternativos quando possível, a aplicação de meios menos dolorosos e a redução da quantidade de animais não humanos utilizados no experimento. Contrariamente, a vertente abolicionista entende como válido somente o sistema do 1R, ou seja, a substituição por meios alternativos. (SANTOS, 2015 p.53).

Obedecendo aos preceitos do bem-estarismo, foi criada a Lei de n.º 11.794/08, chamada de Lei Arouca, com a finalidade de regulamentar a experimentação em animais para fins científicos no Brasil, especialmente no âmbito do ensino e pesquisa. O maior avanço trazido por esta Lei está em seu art. 3º inc. IV, que prioriza a utilização de técnicas alternativas ao uso de animais, além de dispor sobre a redução do sofrimento e quantidade do uso. (BRASIL, 2008, p. [?]). Entretanto, esta lei não pode ser vista como modelo ideal, tendo em vista que seria ilógico tratar bem o animal para depois submetê-lo à crueldade. (SANTOS, 2015, p.59). Destarte, o referido dispositivo legal não atende integralmente o disposto no art. 225, parágrafo primeiro, inc. VII da Constituição Federal Brasileira de 1988, visto que devem ser vedadas as práticas que submetam o animal a crueldade. (BRASIL, 1988, p. [?]).

Por conseguinte, para Greif e Tréz (2000, p. 80), a única solução para combater a crueldade na experimentação científica seria mediante o abolicionismo, visto que o uso de animais é desnecessário, ineficaz e prejudicial para a saúde humana, em razão da constante ocorrência de desastres iatrogênicos.

Tem-se como exemplo os experimentos com macacos para a cura da poliomielite (doença que causa paralisia parcial ou total) que levaram os

cientistas a pensar que a transmissão ocorria pela via nasal e, em decorrência disto, todas as pesquisas relacionadas a transmissão pela via oral (via correta) foram negligenciadas. Ainda em 1937, de acordo com as “descobertas” que partiram da utilização de macacos, os pesquisadores tentaram prevenir a doença por meio da pulverização nasal de crianças. Entretanto, o procedimento se demonstrou ineficaz e ocasionou perda total do olfato para algumas delas. (GREIF, TRÉZ, 2000, p. 4–5). Portanto, de que forma a lei 11.794/08 inviabiliza a proteção dos animais não humanos contra a crueldade?

1. A LEI DE Nº 11.794/2008: DAS VIRTUDES E DOS LIMITES

O regramento atual da experimentação científica em animais no Brasil está presente na Lei Arouca, que pretende estar em conformidade com o paradigma bem-estarista de proteção ao direito dos animais não humanos, que está em evidência internacionalmente. Tem-se como exemplo o *International Guiding Principles for Biomedical Research Involving Animals* (CIOMS, 1985, p. [?]), que reforça a necessidade da consideração primeira de meios alternativos ao uso de animais no ensino e na pesquisa, conforme o sistema dos 3R; bem como a Declaração Universal de Direito dos Animais da UNESCO (1978), em seu artigo 8º, que entende ser incompatível experimento científico cruel com a atribuição de direitos aos animais, incentivando também o desenvolvimento e uso de meios alternativos. Ademais, a Lei Arouca também foi criada para regulamentar o art. 225, parágrafo primeiro, inc. VII da Constituição Federal brasileira, que expressamente proíbe as práticas que exponham o animal à crueldade. Desta feita, aqui discutem-se as possíveis definições.

Para o dicionário online TheFreeDictionary.com (2015, p. [?]), a crueldade em humanos ou animais está na imposição deliberada e maliciosa de sofrimento físico e mental. Quanto a sua aplicação em humanos, a crueldade é identificável em qualquer comportamento abusivo e ultrajante para o ser humano. Já quanto a sua aplicação em animais, a crueldade é considerada somente quando há perpetração de dor ou morte sem necessidade.

Esta distinção confirma notoriamente o paradigma antropocêntrico em que vivemos, já que automaticamente afirma que, em certas ocasiões, os não

humanos poderão ser maltratados e mortos para atender às nossas demandas. Por sua vez, Francione (2008, p. 68–69) aborda esta questão a partir do *status* jurídico de propriedade do animal e assevera que leis anticrueldade relacionadas à noção de bem-estar e tratamento humanitário autorizam a exploração institucionalizada, ainda que de forma indolor, quando sobrevierem necessidades humanas. Entretanto, não se possui conhecimento, na cultura ocidental, de qualquer modalidade de tratamento humanitário que autorize o abate de seres humanos, mesmo anestesiados e incapazes de sentir dor, para fins de produção em massa, de forma expressa na legislação. A própria Lei de n.º 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), em seu art. 32, autoriza, em certa medida, na ausência de meios alternativos, a aplicação de experimentos dolorosos. (BRASIL, 2015, p. [?]). Desta feita, este artigo segue preceitos abolicionistas, logo, a definição de crueldade também será considerada a partir do *status* jurídico de propriedade do animal.

O art. 1º da Lei 11.794/08 dispõe que a sua finalidade é regulamentar a experimentação científica de animais no âmbito do ensino e na pesquisa. No ramo educacional, especialmente na graduação, tem-se o hábito de utilizar animais vivos como “modelos” de aprendizagem. A intenção deste uso seria a mera observação da fisiologia, anatomia interna e comportamento em cativeiro, sendo estas práticas realizadas em todos os cursos da área da saúde, bem como Química e Biologia. (GREIF; TRÉZ, 2000, p. 12). Entretanto, Greif (2003, p. 25–26) afiança que este método é dispensável e danoso para o aprendizado, visto que, em alguns cursos de graduação, o objeto é tão somente a saúde humana. A fisiologia, anatomia e metabolismo do animal são extremamente diferentes do homem, logo, o conhecimento produzido por estes meios não possui qualquer utilidade para aplicação. Além do mais, o uso de animais vivos retira dos estudantes a concentração desejada, bem como contribui para que o aluno se habitue a práticas cruéis, pois, durante o experimento, o animal manifesta evidentes reações de sofrimento.

Quanto às pesquisas, estão em maior destaque as relacionadas à fisiologia, imunologia, neurociência, cardiologia, transplantes e estudos de células tronco (LEVAI apud SANTOS, 2015, p. 36). Entretanto, os defensores do abolicionismo alertaram que experimentos científicos em animais não humanos são desnecessários, ineficazes e prejudiciais para a saúde humana. Entre o ano de 1968 e 1993, cerca de 120 remédios oriundos de experimentos científicos com animais foram retirados do mercado, mesmo depois de recebido

o certificado público de segurança pelos laboratórios. Ocorreu que, embora fossem seguros em ratos e macacos, tais remédios causaram toxidade hepática e a morte de humanos. Como exemplo, tem-se o *Benoxapofen* (*Opren*), que servia para combater artrite e foi responsável por sérios danos hepáticos, provocando a morte de 61 humanos.

Inclusive, a longevidade humana não aumentou devido ao avanço na ciência adquirido em experimentos, mas pelo declínio de doenças infectocontagiosas e a conseqüente mortalidade infantil, que só foi possível com a melhora nas condições de saneamento básico, higiene e alimentação, e não por conta da introdução de novos medicamentos e vacinas no mercado. (GREIF; TRÉZ, 2000, p. 35–45).

Já foi mencionado que, em seu 3º inc. IV, a Lei Arouca prioriza o uso de meios alternativos. Logo, podemos entender como meios alternativos aqueles que substituem completamente os animais; os que reduzem a quantidade utilizada; e os que atenuam o sofrimento. Embora se possa questionar a lógica deste entendimento, visto que quando se fala em recursos alternativos, normalmente, entende-se que sejam procedimentos que não se utilizam de animais não humanos, foi este o sentido adotado pelo Decreto 6.899/09 em seu art. 2º inc. II, e alíneas seguintes (BRASIL, 2009). Contudo, a Diretiva 2010/63 (2010, p. [?]) dispõe que a exploração de animais para fins científicos e educacionais só deverá ser considerada quando não existir possibilidade substitutiva.

Tem-se como exemplo de meios que buscam a substituição completa a cultura de células tronco: estudos epidemiológicos (observação dos eventos espontâneos e análise de fatores externos como alimentação, rotina, nível de stress, entre outros), autópsia, simulação virtual e modelos matemáticos, cultura de bactérias e protozoários, medicina preventiva (baseada em reduzir hábitos maléficos provenientes da própria rotina humana), *Eyetex* (procedimento *in vitro* que, para medir a irritação ocular, utiliza proteína vegetal presente somente no feijão, objetivando substituir o teste de *Draize*, que se aplica na córnea de animais vivos), *Edipack* (uso de tecido humano clonado para testar substâncias potencialmente tóxicas), bem como outros. (GREIF; TRÉZ, 2000, p. 9–14).

Quanto aos animais abarcados, esta lei se limita a regulamentar pesquisas que tenham como objeto seres do filo *Chordata* (animais que possuem a presença de noto corda, fendas branquiais na faringe e tubo nervoso dorsal) e subfilo *Verbata* (cordados que têm como característica exclusiva um encéfalo grande encerrado numa caixa craniana e uma coluna vertebral). (BRASIL,

2008, p. [?]). Entretanto, no capítulo I art. 3º, das disposições gerais acerca do objeto, da Diretiva da União Europeia 2010/63 (2010, p. [?]), incluiu-se os cefalópodes vivos no âmbito de regulamentação da experimentação científica em animais, haja vista possuírem, igualmente, um sistema nervoso complexo capaz de vivenciar dor e buscar prazer. Por conseguinte, cabe a Lei Arouca reavaliar seus limites e objeto de regulamentação.

2. DOS MOVIMENTOS ANTIVIVISSECCIONISTA

Já foi mencionado que existem três modalidades de argumentos que serviram para conferir aos animais o status de mera propriedade. O primeiro os classifica como “autômatos”, o segundo os considera como espiritualmente inferiores e o terceiro os qualifica como fisicamente inferiores.

Primeiramente, afirma-se que a tese cartesiana nunca convenceu nem a cientistas nem a leigos que vivem em contato direto com a natureza. Logo, jamais se aceitou a tese mecanicista difundida por Descartes, pois a simples observação empírica do comportamento animal torna evidente o fenômeno da consciência. (REGAN, 1985, p. 39 apud FELIPE, 2014, p. 41). Ainda, adverte-se que a diferença entre as capacidades mentais de humanos e não humanos são consideráveis, entretanto, não em gênero, mas em grau. Inclusive, já se observou sentido, intuição, amor, memória, atenção curiosidade e imitação em diferentes níveis de desenvolvimento (DARWIN, 1874, p. 68).

Quanto ao aspecto religioso, a mitologia ancestral era a marcada pela constante presença de entidades híbridas, metade humana metade animal. O reconhecimento do animal como ente sagrado era consequência da veneração à sua força e destreza. Entretanto, o viés bíblico católico do antigo testamento trouxe para nós a ideia de superioridade humana espiritual, destacando o antropocentrismo na imagem do Criador (LOURENÇO, 2008, p. 41-43). Todavia, utilizar a bíblia para justificar algo moralmente é, por si só, uma arbitrariedade, uma vez que se pode encontrar tanto passagens que pregam o domínio do homem como trechos que determinam obrigações humanas direcionada aos animais (FRANCIONE, 2000, p. 111 apud TRINDADE, 2013, p. 130). Inclusive, sabe-se que ditames religiosos não são avaliados de forma universal, logo, não se pode considerá-los como argumentos contundentes.

Com relação ao terceiro grupo, ao identificar que seres humanos possuem características que são ausentes em animais não humanos, os defensores dessa perspectiva passam a tratá-los como seres inanimados. Desta forma, os animais não são considerados agentes morais, vez que não atuam com reciprocidade, não estando aptos a assinar o “contrato social” formulado na concepção Hobbesiana. Contudo, mesmo que a visão Moderna de contrato social fosse verossímil, existem vários humanos que não estão hábeis a assiná-lo, como: pessoas senis, extremamente idosas, crianças, pessoas em estado comatoso, etc. No entanto, tais humanos não são tratados como coisas. Consequentemente, agir com reciprocidade seria irrelevante para incluir os animais em nossa comunidade moral (FRANCIONE, 2000, p. 111 apud TRINDADE, 2013, p. 131–132).

Desta feita, os avanços na ciência e reflexões morais acerca das condições do tratamento de animais passaram a se manifestar em forma de movimentos organizados pela sociedade civil. Especificamente, para a questão da experimentação animal, surgiram os movimentos antivivisseccionistas, que são inúmeros, entretanto, pretende-se descrevê-los somente em categorias ideológicas.

Primeiramente, destaca-se o movimento chamado abolicionista, seguindo a linha do antivivisseccionismo científico inspirado nos preceitos de Ruesh (apud GREIF; TRÉZ, 2000, p. 26). O autor declara que todos os o experimentos em animais devem ser rejeitados, tanto por motivos éticos quanto por motivos científicos — que esta prática destrói o respeito pela vida e tira a sensibilidade do experimentador — que os experimentos são conduzidos apenas em benefício financeiro e comercial dos próprios experimentadores, jamais havendo provas de que possam ser aplicados em humanos — que este modelo não transmite um diagnóstico correto, visto que as condições biológicas, anatômicas, e metabólicas são incompatíveis. Muitas das doenças não têm sua origem em aspectos orgânicos, mas em fatores externos como: condições psicológicas, condições dietéticas, níveis de stress, etc. Por isso, a medicina preventiva possui eficácia comprovada, ao contrário da experimentação científica em animais.

O outro grupo é classificado como reducionista ou bem-estarista. Ele promove a aplicação da política dos 3R. Destaca-se que não são movimentos contrários a vivisseção, defendendo-a como um “mal necessário”. Para Greif e Tréz (2000, p. 32) este movimento tem como única preocupação a propagação da experimentação científica em animais. Portanto, é de fácil conclusão que a perspectiva bem-estarista não é hábil para combater a crueldade, assim como a lei objeto desta pesquisa. De fato, leis que promovem o “tratamento

humanitário” sem enfrentar o status de propriedade animal autorizam a exploração institucionalizada, bem como a influência de dor e crueldade, quando for conveniente. Eis que o próprio *status* de mera coisa abona que os interesses do proprietário sejam considerados em detrimento aos da propriedade, legitimando um desequilíbrio de interesses. (FRANCIONE, 2008, p. 97–100).

Destarte, somente o *abolicionismo* é capaz de promover o fim da crueldade e assegurar qualquer forma de dignidade aos animais não humanos. Porém, a própria perspectiva abolicionista é divergente quanto á forma de inclusão de animais em nossa comunidade moral e, a despeito desta pesquisa não ter espaço para abarcar todos os autores abolicionistas, as principais divergências serão consideradas.

3. DAS TESES SOBRE A INCLUSÃO DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS EM NOSSA COMUNIDADE MORAL

A primeira teoria abolicionista a ser mencionada é o utilitarismo de Singer (2002, p. 19–45) fundado na tese de que interesses semelhantes devem ser considerados de forma análoga, logo, os interesses “maiores” possuir consideração em detrimento de “menores”. Todas as ações devem ser calculadas com a máxima de realizar preferências e minimizar o sofrimento. O autor considera como pessoa aquele que possui autoconsciência — sendo hábil a se perceber em meio a outros, além de possuir senso de passado e expectativa de futuro. Logo, em suas comparações, quando o homem é exposto a situações de perigo, terá um sofrimento adicional em razão do grau elevado de autoconsciência.

Para Francione (2008, p. 137–145), as noções de autoconsciência e racionalidade levantadas por Singer excluem um enorme grupo de animais sencientes e, mesmo aqueles que possuem autoconsciência, não estariam seguros de receber tratamento moral equivalente ao de pessoa, visto que não exibem, em grau paralelo, certas habilidades humanas. Ou seja, a teoria de Singer somente abarca os animais antropomorficamente. Portanto, essa categoria de “quase” pessoa é, na prática, mera regulamentação do uso da propriedade. Inclusive, alguns humanos não poderiam estar inseridos em suas noções de autoconsciência, como: nascituros, senis e pessoas em estado comatoso. Contudo, em razão da não aceitação por outros membros humanos, estes seres

teoricamente excluídos não poderão ser tratados como objeto. Isso demonstra que a teoria não possui seguimento lógico em sua própria estrutura. Além do mais, Singer não procura soluções para dar fim à exploração institucionalizada, desta forma, não se adota como fundamento desta pesquisa.

Regan (apud LOURENÇO, 2008, p. 424), diferente de Singer, fundamenta sua teoria em uma ideia de justiça (embora não a defina de forma clara) e igualdade individual, afirmando que todos os seres possuem valor inerente, sendo inapropriado instrumentalizá-los para a maximização de qualquer fim, pois são considerados “sujeitos de uma vida”. Aduz ainda, a partir de estudos empíricos e teóricos, que os mamíferos possuem capacidade de sentir dor, prazer, desejo, memória, percepção, autoconsciência e perspectiva de futuro. Para Regan, estes animais possuiriam autonomia preferencial, sendo a morte um desfecho indesejável. Entretanto, Tanner (2009, p.7), ao apresentar críticas, afirma que a existência de consciência e autodeterminação está associada a um sistema nervoso complexo, de modo que todos os vertebrados e cefalópodes também são autoconscientes e podem ser considerados “sujeitos de uma vida”. Logo, a teoria falha ao restringir, de forma desmotivada, o seu âmbito de proteção.

Ainda, em uma tentativa de resolver conflitos que poderiam surgir entre animais humanos e não humanos, bem como para afastar-se das concepções utilitaristas, Regan (apud TRINDADE, 2013, p. 169) formula o dilema do “bote salva-vidas”. Trata-se de um bote que possui espaço para somente quatro indivíduos. Entretanto, estão abancados um cachorro e quatro pessoas humanas — de modo que, se alguém não for retirado, o bote irá afundar e os passageiros não sobreviverão. A solução dada pelo autor é o sacrifício do cachorro, visto que os humanos teriam graves perdas. Continuando, aduz que não se considera nesta análise um critério quantitativo, sendo irrelevante a quantidade de cães. Mesmo que fossem 1000 animais não humanos em prol de um humano, eles deveriam ser sacrificados, pois o critério utilizado seria “qualitativo”.

Francione (2008, p. 217–226) apresenta duas objeções ao dilema. Primeiramente, o autor afirma que esta teoria mantém, em todos os termos, a exploração institucionalizada, pois não pondera os indivíduos como portadores de valor inerente e igual, não superando de forma alguma a perspectiva utilitarista ao empregar critérios quantitativos e qualitativos de medição. Além disso, se argumenta que o dilema nada tem a ver com o cenário atual de exploração institucionalizada: em casos de urgência, conforme o retratado,

as ações não serão guiadas por preceitos éticos, de modo que não há qualquer escolha que seja moralmente melhor que a outra.

A concepção de Francione é a que melhor enfrenta a necessidade de modificação do status jurídico do animal. Logo, para este autor, o direito fundamental de não ser tratado como coisa é condição primária para participação na comunidade moral e a sciência seria o único requisito para que estes possam ser reconhecidos como pessoas, e não coisas. Logo, se passarem a ser considerados como pessoas, não poderão, legalmente, ser objeto de exploração institucional. (LOURENÇO, 2008, p. 453).

Portanto, se admitirmos que a crueldade decorrente exploração institucionalizada tem fundamento no status de propriedade do animal, assim como ocorre na escravidão humana (FRANCIONE; GARNER, 2010, p. 11), é notória a necessidade de personalização dos animais, que integrariam a categoria jurídica de pessoas, equiparados aos absolutamente incapazes. (LOURENÇO, 2008, p. 485).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabe-se que o conceito de “pessoa” pertence à realidade jurídica e não fático-biológica. Desta feita, é conclusivo que, todas as vezes que a Constituição Federal se referir ao “homem” (humano) e utiliza a expressão pessoa humana, identifica-se que a própria, por via reflexa, considera a existência de pessoas não humanas. Do contrário, bastaria a referência a “pessoa” quando se estivesse mencionando os humanos.

De tal modo, é possível a reconstrução interpretativa do texto constitucional, por meio das mutações informais, que permitem a consideração do *status* de pessoa aos animais não humanos sencientes, bem como se torna possível associar o status de propriedade do animal à noção crueldade a que se refere o art. 225, parágrafo primeiro, inc. IIV da Constituição Federal. Desta forma, a partir de uma interpretação conforme a Constituição, esta Lei poderá ser considerada inconstitucional, visto que a sua própria finalidade — o uso do animal vivo para fins científicos —, é conflitante com o *status* de pessoa.

Ainda, no Direito Ambiental, está em evidência o paradigma do antropocentrismo alargado, reconhecendo a importância de ampliar a proteção

ao meio-ambiente como bem jurídico que se propõe a resguardar a qualidade do ar, solo, mata, água, e todo ecossistema para o benefício da humanidade. Desta feita, a crueldade na experimentação científica geralmente tem como alvo animais que não estão em risco de extinção e ainda são reproduzidos em massa para fins de produção, havendo autorização para a sua exploração sob a falácia da “necessidade”. Logo, é ausente a possibilidade de se criar mecanismos, partindo de uma perspectiva meramente jurídica ambiental, que sejam capazes de combater a exploração institucionalizada de animais não humanos.

Por fim, reafirma-se que as leis que buscam regulamentar o uso da propriedade, no intuito de produzir somente o bem estar, são incapazes de resguardar os interesses daquele que está na condição de mercadoria. Logo, as leis anticrueldade somente contribuem para a manutenção da exploração institucionalizada, sendo esta responsável pelo maior número de animais não humanos utilizados.

Ou seja, enquanto houver esse desequilíbrio de interesses entre animais humanos e não humanos, o direito do proprietário sempre será considerado em detrimento ao da propriedade e, ainda, quando for conveniente, haverá a influência de dor e crueldade. No entanto, é importante lembrar que vivemos com um modo de produção que se mantém a partir da exploração de animais, humanos e não humanos, reduzidos ou não a tecnologias. Portanto, mudanças devem ser pensadas para além do *status* jurídico.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Presidência da República, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mar. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.605/98 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm>. Acesso em: 06 maio 2015.

BRASIL. **Lei nº 11.794 de 8 de outubro de 2008**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111794.htm>. Acesso em: 06 maio 2015.

BRASIL. **Decreto Lei nº 6899/09**. Disponível em: <<https://defensoresdosanimais.wordpress.com/juridico-2/legislacao/legislacao-federal/nova-6/>>. Acesso em: 21 maio 2015.

CIOMS. **International guiding principles for biomedical research involving animals**. 1985. Disponível em: <http://cioms.ch/publications/guidelines/1985_texts_of_guidelines.htm>. Acesso em: 10 maio 2015.

DARWIN, C. **The descent of man, and selection in relation to sex**. 2. ed. 1874. Disponível em: <<http://www.munseys.com/diskone/darwindescent.pdf>>. Acesso em: 14 maio 2015.

UNIÃO EUROPEIA. **Directiva 2010/63/UE** do Parlamento Europeu e do Conselho. 22 de setembro de 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:276:0033:0079:Pt:PDF>>. Acesso em: 14 maio 2015.

FELIPE, Sônia Teresa. **Ética e experimentação animal: fundamentos abolicionistas**. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2014.

FRANCIONE, Gary L. **Animals as Persons: Essay On the Abolition of Animal Exploitation**. New York: Columbia University Press, 2008.

FRANCIONE, Gary L; GARNER, Robert. **The Animal Rights Debate: Abolition or Regulation?** New York: Columbia University, 2010.

GREIF, Sérgio; TRÉZ, Thales de A. **A verdadeira face da experimentação animal: a sua saúde em perigo**. Rio de Janeiro: Sociedade Educacional “Fala Bicho”, 2000.

GREIF, Sérgio. **Alternativas ao uso de animais vivos na educação: pela ciência responsável**. São Paulo: Instituto Nina Rosa, 2003.

HUMANE SOCIETY INTERNATIONAL. **Animal agriculture should be included in Rio +20 discussions** says HIS, 2012. Disponível em: <http://www.hsi.org/news/news/2012/04/united_nations_conference_rio_051512.html>. Acesso em: 10 de maio 2015.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Direito dos Animais: Fundamentação e Novas Perspectivas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.

SANTOS, Cleopas Isaías. **Experimentação Animal e Direito Penal: O crime de Crueldade e Maus-Tratos á Luz da Teoria do Bem Jurídico**. Curitiba: Juruá, 2015.

SINGER, Peter. **A Ética Prática**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

TANNER, J. The epistemic irresponsibility of the subjects-of-a-life account. **Between the species**, v. 13. n. 9, 2009. Disponível em: <<http://digitalcommons.calpoly.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1006&context=bts>>. Acesso em: 14 de maio 2015.

THEFREEDICTIONARY.COM. Verbetes “**cruelty**” Legal Dictionary, 2012. Disponível em: <<http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/cruelty>>. Acesso em: 10 de maio 2015.

TRINDADE, Gabriel Garmendia da. **Animais como pessoas: a abordagem abolicionista de Gary L. Francione**. Dissertação de Mestrado — Universidade de Santa Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas. Rio Grande do Sul, 2013.

UNESCO. **Declaração Universal do Direito dos Animais**. Bruxelas: 1978. Disponível em: <<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>>. Acesso em: 14 de maio 2015.



FAZENDA PÚBLICA E ACESSO À
JUSTIÇA: OS JUIZADOS ESPECIAIS
COMO ELEMENTO PROPULSOR PARA
A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS

Andrine Oliveira Nunes
Natashia Paula Bedê Maia de Castro



INTRODUÇÃO

Apesar do acesso à justiça ser considerado um dos deveres basilares do Estado, consagrado como cláusula pétrea¹ pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Art. 5º, XXXV, CRFB/88), percebeu-se que, para a consecução deste objetivo, se faria necessária a transposição de alguns obstáculos impeditivos do ingresso em juízo. Em razão disso, determinou-se a criação de um órgão especializado, que contemplasse a prestação jurisdicional para causas de menor complexidade, denominado Juizado Especial.

Ainda sob a égide da Constituição de 1967, o legislador demonstrou suas intenções ao promulgar a Lei Federal n.º 7.244, de 7 de novembro de 1984, que dispunha sobre a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, limitando-se àquelas cujo valor não ultrapassasse a vinte salários mínimos. Com a promulgação da Constituição Cidadã, adveio a previsão constitucional, em seu artigo 98, inciso I, que emergiu pendente de materialização por meio da legislação infraconstitucional.

Logo, a implementação destes órgãos judiciais têm ocorrido, gradativamente, a partir da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995 — que, em seu artigo 97, revoga a Lei n.º 7.244/84 e passa a dispor sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios —, seguida pela Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001 — que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal — e, finalmente, a Lei n.º 12.153, de 22 de dezembro de 2009 — que dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios —, sendo esta última o objeto central deste estudo.

Apesar de todos os benefícios trazidos pela criação dos Juizados Especiais, inclusive os da Fazenda Pública, no que concerne especificamente à possibilidade de se firmar acordos com os entes públicos — expressamente prevista pelo art. 8º da Lei n.º 12.153 de 2009 — e também no que tange à realização de

1 Dispositivo constitucional que não pode ser alterado nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição (PEC). As cláusulas pétreas inseridas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estão dispostas em seu artigo 60, §4º. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais inseridos no Título II da CRFB/88.

conciliações, percebeu-se um aparente conflito entre a disposição legal e a efetivação destes ditames.

Assim, pode-se dizer que o objetivo geral deste estudo se pauta na discussão sobre a possibilidade da conciliação como forma de resolução de conflitos nos Juizados Especiais da Fazenda Pública, frente à implementação de novo normativo legal, como paradigma para efetivação da norma e realização concreta da função a qual se destina.

Quanto à metodologia utilizada, esta pesquisa está caracterizada como fenomenológica, pois está relacionada à intencionalidade, e a descrever, compreender e interpretar um determinado fenômeno que se apresenta à percepção. O procedimento utilizado será o levantamento bibliográfico e a pesquisa documental.

Desta forma, as conclusões deste trabalho assinalam que, para o bom funcionamento dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, faz-se necessária uma mudança cultural daqueles que representam a Administração Pública em juízo, no sentido de priorizar os métodos alternativos de solução de conflitos, em detrimento da falsa ideia que se faz do conceito de interesse público, normalmente utilizado como subterfúgio do Estado, contribuindo para o verdadeiro acesso à justiça.

1. JUIZADOS ESPECIAIS: A REAL POSSIBILIDADE DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS POR MEIO DA CONCILIAÇÃO

O homem, enquanto ser social, vive rodeado de conflitos. Por este motivo, a criação de normas de conduta se tornou essencial para a vida em sociedade. É fato que isto não fez com que os litígios deixassem de acontecer, mas certamente possibilitou um direcionamento para sua resolução.

O surgimento dos Juizados Especiais está intimamente atrelado ao direito fundamental de acesso à jurisdição. Esta preocupação remonta ao surgimento do Estado Social, traduzindo-se na possibilidade de qualquer cidadão levar sua querela à apreciação do Poder Judiciário.

Melhor seria se não fosse necessária tutela alguma às pessoas, se todos cumprissem suas obrigações e ninguém causasse danos nem se aventurasse em pretensões contrárias ao direito. Como esse ideal é utópico, faz-se necessário pacificar as pessoas de alguma forma eficiente,

eliminando os conflitos que as envolvam e fazendo justiça. O processo estatal é um caminho possível, mas outros existem que, se bem ativados, podem ser de muita utilidade (DINAMARCO, 2004, p. 118-119).

Cumpre, portanto, fazer uma rápida digressão analítica constitucional dos Juizados Especiais, para que, em seguida, se possa adentrar nas especificidades que envolvem a Fazenda Pública. É o que se fará a seguir.

1.1. Previsão constitucional

Antes de adentrar na análise do dispositivo constitucional que alberga a criação dos Juizados Especiais, é relevante a leitura do preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, **fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988). (Grifo nosso).

Apesar do preâmbulo constitucional não possuir qualquer vinculação normativa, sabe-se que este dispositivo expressa o momento histórico e a visão do legislador constituinte. Sob este aspecto, verifica-se que “*a solução pacífica das controvérsias*” está entre as prioridades do Estado brasileiro.

Assim, a lição que se extrai é no sentido de que a sociedade brasileira terá como objetivos fundamentais, além daqueles elencados no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, a busca pela pacificação social, expressão que perfeitamente se coaduna com a existência dos Juizados Especiais.

No que se refere aos direitos e garantias fundamentais assegurados no artigo 5º da Constituição, inclui-se o acesso à justiça ou a inafastabilidade do Poder Judiciário, previsto no inciso XXXV² do mencionado dispositivo. Isto significa

2 “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1998).

que todos terão garantida a possibilidade de postular perante o Estado-juiz para que haja a pacificação de seus litígios.

Sabe-se que, por meio do supracitado inciso, a jurisdição é assegurada de modo *lato*, sem qualquer distinção em relação às partes, à matéria ou à complexidade da causa. Contudo, o constituinte originário estava ciente dos avanços proporcionados pela implantação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas em alguns Estados brasileiros e da existência da já mencionada “*litigiosidade contida*”. Assim, com o fito de melhor atender a esta demanda, de modo a possibilitar o alcance do princípio fundamental de acesso à jurisdição, incluiu-se artigo constitucional, determinando a criação dos Juizados Especiais, nos seguintes termos:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau; (BRASIL, 1988).

Segundo definição de José Afonso da Silva (1998), trata-se de norma constitucional de eficácia jurídica limitada de princípio institutivo, já que surge dependente de materialização por meio de legislação infraconstitucional.

Esta eficácia jurídica limitada é também denominada de mediata, deferida ou reduzida, a depender do doutrinador que trate do tema. São aquelas normas constitucionais que, apesar de sua existência material, não possuem aplicabilidade prática, necessitando de norma integrativa de natureza infraconstitucional para que venham a ser produzidos seus reais efeitos. Sobre a delimitação, em princípio institutivo, José Afonso da Silva (1998) elucida:

São, pois, normas constitucionais de princípio institutivo aquelas através das quais o legislador constituinte traça esquemas gerais de estruturação e atribuições de órgãos, entidades ou institutos, para que o legislador ordinário os estructure em definitivo, mediante lei. (SILVA, 1998, p. 126).

Ressalte-se que há aqui, porém, certa relativização do conceito de eficácia limitada mencionado acima. Isto porque, apesar da Lei nº 9.099 ter sido

sancionada, apenas em 26 de setembro de 1995, preexistia a Lei nº 7.244/84, que se manteve em vigor até a publicação deste novo diploma normativo, fazendo com que perdurasse até ali o procedimento de Pequenas Causas.

A Lei nº 9.099/95 revogou expressamente a Lei nº 7.244/84. Não alterou sua essência, mas fez mudanças significativas no seu procedimento. Com a sua publicação, pode-se dizer que começou a se moldar o microsistema processual tendente a restabelecer a credibilidade dos órgãos judiciários e a efetividade da prestação jurisdicional.

Em suma, a construção do Juizado Especial, da forma como prevê a Constituição Federal de 1988, foi trilhando um caminho até chegar naquilo que se conhece hodiernamente. Começou a se estruturar com a publicação da Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, seguiu com a Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, e finalmente, com a Lei nº 12.153/09, relativa aos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

Esses três diplomas legislativos formam, reunidos, um microsistema processual próprio, distinto do CPC, ainda que a ele tenha de recorrer para se completar. As leis que compõem o microsistema dos Juizados Especiais constituem um conjunto normativo que, antes de outros raciocínios, dialoga entre si, em **aplicação intercambiante ou intercomunicante**. (DONIZETTI, 2012, p. 442-443). (Grifo do autor).

A cada nova lei trazia-se o aprimoramento do procedimento e definições específicas quanto à competência (fosse em razão da matéria ou em razão do valor da causa), até que com a publicação da Lei nº 12.153 em 2009 se tornou completo o microsistema dos Juizados Especiais.

1.2. Juizados especiais da Fazenda Pública

Enquanto a Lei nº 9.099/95 declara sua total incompetência para as causas de interesse da Fazenda Pública (artigo 3º, §2º) e impossibilita as pessoas jurídicas de direito público de atuarem como partes nos processos (artigo 8º), a Emenda Constitucional nº 22, de 18 de março de 1999, insere o §1º ao artigo 98 da

Constituição Federal de 1998, determinando a criação dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal.

Com isso, a Lei nº 10.259/2001 que veio para dispor sobre os Juizados Especiais da Justiça Federal trouxe a possibilidade de se litigar contra a União e suas respectivas autarquias, fundações e empresas públicas (artigo 6º, inciso II).

Seis anos depois, o Congresso Nacional entregou à sociedade brasileira outro diploma legal de semelhante envergadura: a Lei dos Juizados Especiais Federais (Lei 10.259, de 12.07.2001), que estendeu as facilidades já propiciadas pela Lei 9.099, de 1995, a determinadas causas contra o Poder Público Federal, valendo destacar as lides de natureza previdenciária. (GOMES JUNIOR; et. al., 2011, p. 33)

Diante da experiência bem-sucedida na seara da Justiça Federal, o legislador verificou cenário favorável à concepção de uma lei que contemplasse causas de pequeno valor e baixa complexidade envolvendo também as pessoas jurídicas de direito público estaduais e municipais. Assim, sob a iniciativa do então Senador Antônio Carlos Valadares, foi apresentado o Projeto de Lei do Senado nº 118 de 2005 dispendo sobre a instituição dos Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Após aprovação de Substitutivo da Câmara dos Deputados e de passar por Veto Parcial do Presidente da República por contrariedade ao interesse público (art. 66, §1º, CF/88), que retirou do texto legal o §3º do artigo 2º e o §4º do artigo 19, o Projeto de Lei foi convertido na Lei Ordinária nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009³.

Como consequência natural de aprendizado, a Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública passou por diversos melhoramentos em relação às Leis nº 9.099/95 e 10.259/2001. Além disso, inseriu propriedades específicas que não constam nas leis anteriores. Sobre essas particularidades tratará o tópico a seguir.

3 Para maiores informações sobre o desenvolvimento de aprovação do Projeto de lei que culminou com a Lei nº 12153/2009, pode-se visualizar o PLS – Projeto de Lei do Senado, de nº 118, de 2005, disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=73137>; como o SCD – Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 118 de 2005, disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=91259>; e o VET – Veto nº 59 de 2009, disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=95237>, todos com acesso em: 30 mar. 2014.

2. ESPECIFICIDADES DA LEI Nº 12.153 DE 22 DE DEZEMBRO DE 2009

O artigo 27 da Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil e das Leis nº 9.099/95 e 10.259/2001 para as situações de omissão. Porém, vale dizer que a Lei 12.153/2009 deixa suas especificidades próprias muito bem estabelecidas no decorrer de seu texto, não se deixando confundir com os diplomas normativos anteriores. Nas próximas linhas será explanado como esta lei se comporta em termos de competência, legitimação, prerrogativas, sistema recursal e composição do órgão julgante.

Delimita-se a competência em razão da matéria e em razão do valor da causa. O artigo 2º da Lei posta em tablado estabelece o teto de sessenta salários mínimos, similar ao que se tem nos Juizados Especiais Federais (artigo 3º da Lei nº 10.259/2001). Ocorre que o valor da causa não será óbice para o processamento do feito pelo rito especial dos Juizados, pois através da aplicação subsidiária do artigo 3º, §3º, da Lei nº 9.099/95, entende-se que haverá a renúncia do excedente caso se opte pelo ajuizamento perante estes órgãos especiais.

Contudo, como a competência objetiva dos Juizados Especiais se expressa pelo binômio complexidade e valor da causa, existem situações em que, mesmo não sendo ultrapassado o valor limite, as causas não serão recepcionadas pelo microsistema dos Juizados da Fazenda Pública, conforme se verifica no §1º do artigo 2º, abaixo transcrito:

Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.

§1º Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública:

I. as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos;

II. as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas;

III. as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares (BRASIL, 2009).

Logo, entende-se que o legislador considerou tais ações incompatíveis com o rito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, tendo em vista a análise de sua complexidade. Outro não é o entendimento de Theodoro Júnior (2010):

Na verdade, embora o art. 2º cuide basicamente do pequeno valor da causa como o critério geral a observar na definição da competência do Juizado Especial da Fazenda Pública, a exclusão, *ratione materiae*, feita em seu §1º, **demonstra que se trata não só de um juízo de pequenas causas, mas também de causas de menor complexidade, devendo as duas condicionantes ser observadas cumulativamente.** (Grifo nosso).

Excetuados os casos transcritos acima, naqueles em que o valor da causa não ultrapassar o limite estabelecido pela lei, haverá competência absoluta dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (artigo 2º, §4º), a exemplo do que se vê na Lei dos Juizados Especiais Federais (artigo 3º, §3º, da Lei nº 10.259/2001) e diferentemente do que ocorre nos Juizados Especiais comuns, em que a escolha entre a justiça ordinária ou especial fica a critério da parte autora.

A lei prevê, ainda, em seu artigo 23, a possibilidade de limitação da competência pelo período de até 5 (cinco) anos a partir da sua entrada em vigor. Isto significa que os Tribunais de Justiça Estaduais e do Distrito Federal poderão eximir seus Juizados Especiais da Fazenda Pública de receber determinados tipos de ações para atender às necessidades de organização de seus serviços judiciários e administrativos.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios utilizou-se da Resolução 7, de 5 de abril de 2010, para criar seus Juizados Especiais da Fazenda Pública e fazer uso desta prerrogativa, retirando temporariamente da sua seara de competência as seguintes ações:

Art. 3º Em consonância com o art. 23 da Lei 12.153, de 2009, a competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública observará, na Justiça do Distrito Federal, as seguintes limitações:

- I. ações que tenham por objeto prestação de serviço de saúde e fornecimento de medicamentos;
- II. ações que tenham por objeto questões atinentes a concursos públicos;
- III. ações que tenham por objeto ressarcimento por preterição de militares;
- IV. ações que tenham por objeto questões atinentes a licitações (TJ-DFT, 2010).

Assim, somente após o período legal estabelecido é que estas ações estarão aptas a serem recepcionadas pelo rito especial dos Juizados da Fazenda Pública no Distrito Federal.

Agora tratando de legitimidade, o artigo 5º da Lei nº 12.153/2009 traz o rol de pessoas com capacidade processual para litigar, ativa e passivamente, perante os Juizados Especiais da Fazenda Pública. Dentre os autores, além das pessoas físicas estão as pessoas jurídicas de direito privado que se enquadrem perante a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, como microempresas e empresas de pequeno porte, já que, consoante seu artigo 74, lhes é permitido demandar perante os Juizados Especiais.

No que tange ao rol dos legitimados ativos, até para haver coerência com a finalidade da lei, que é resolver, de maneira mais célere, litígios que envolvem a Fazenda nos casos relacionados, a LJEPF incluiu as microempresas e empresas de pequeno porte, que, muitas vezes, passam pelas mesmas dificuldades financeiras, e muitas vezes até maiores, que a pessoa física, no que tange à possibilidade de acesso ao Judiciário (GOMES JÚNIOR, 2011, p. 102).

Para atuar como réus, a exemplo da Lei nº 10.259/2001, que traz em seu artigo 6º, inciso II, a União e demais membros da Administração Pública indireta (exceto sociedades de economia mista), tem-se entre os legitimados os Estados, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, bem como as autarquias, fundações e empresas públicas a eles vinculadas (artigo 5º, inciso II, da Lei nº 12.153/2009).

Em relação às possíveis prerrogativas de prazos dos entes públicos, o legislador optou por não concedê-las, por entender que o princípio da celeridade não se coaduna com a presença de prazos privilegiados, em dobro e em quádruplo,

como estabelece o artigo 188 do Código de Processo Civil, efetivando-se assim a isonomia processual entre as partes.

O que dispõe o art. 7º da lei em comento está em total consonância com a preconizada **isonomia processual** e, não menos importante, com a **razoável duração do processo**, inserida na Constituição Federal pela EC 45/2004.

Na verdade, o tratamento diferenciado para a prática de atos processuais, tradicionalmente concedido ao Poder Público, é criticado em muitas esferas da doutrina. Mas acredita-se que a tônica desta legislação é exatamente a de criar um maior equilíbrio entre os litigantes (GOMES JÚNIOR, 2011, p. 114). (Grifo nosso).

Ainda que haja litisconsórcio, seja ele ativo ou passivo, e as partes tenham diferentes procuradores, também não haverá aplicação do que estabelece o artigo 191 do Código de Processo Civil, qual seja, prazo em dobro para contestar, recorrer e, de modo geral, falar nos autos. Neste sentido, o FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais⁴ se manifesta expressamente pela inaplicabilidade do supracitado artigo através do seu Enunciado 123⁵.

A celeridade é ressaltada até mesmo em relação ao início da contagem de prazo. Isto porque, segundo Enunciado 13 do FONAJE⁶, os prazos começam a correr da data da cientificação do ato e não da juntada de seu comprovante nos autos, ao arpejo do que estabelece o artigo 241 do Código de Processo Civil.

4 Instalado em 1997, sua idealização surgiu da necessidade de se aprimorar a prestação dos serviços judiciários nos Juizados Especiais, com base na troca de informações e, sempre que possível, na padronização dos procedimentos adotados em todo o território nacional. Apresenta os seguintes objetivos: I — Congregar Magistrados do Sistema de Juizados Especiais e suas Turmas Recursais; II — Uniformizar procedimentos, expedir enunciados, acompanhar, analisar e estudar os projetos legislativos e promover o Sistema de Juizados Especiais; III — Colaborar com os poderes Judiciário, Legislativo e Executivo da União, dos Estados e do Distrito Federal, bem como com os órgãos públicos e entidades privadas, para o aprimoramento da prestação jurisdicional. (Disponível em <<http://www.fonaje.org.br/site/institucional/historico-do-projeto/>>. Acesso em 04 de abril de 2014.)

5 ENUNCIADO 123 — O art. 191 do CPC não se aplica aos processos cíveis que tramitam perante o Juizado Especial (XXI Encontro — Vitória/ES). (FONAJE, *online*).

6 ENUNCIADO 13 — Os prazos processuais nos Juizados Especiais Cíveis, contam-se da data da intimação ou ciência do ato respectivo, e não da juntada do comprovante da intimação, observando-se as regras de contagem do CPC ou do Código Civil, conforme o caso (nova redação — XXI Encontro — Vitória/ES). (FONAJE, *online*).

O sistema recursal dos Juizados Especiais da Fazenda Pública é composto pela possibilidade de interposição de agravo das decisões que deferem ou indeferem medidas cautelares e antecipatórias (artigos 3º e 4º da Lei nº 12.153/2009); de recurso inominado das sentenças (artigo 4º da Lei nº 12.153/2009); de recurso extraordinário das decisões proferidas pela Turma Recursal (artigo 21 da Lei nº 12.153/2009); e de embargos de declaração em caso de omissão, contradição, obscuridade ou dúvida oriunda das decisões, sentenças ou acórdãos (aplicação subsidiária do artigo 48 da Lei nº 9.099/95).

Aqui, percebe-se que não houve qualquer tipo de inovação do legislador no sentido de restringir ou ampliar a possibilidade recursal nos Juizados da Fazenda Pública em face dos Juizados Especiais Federais, optando-se por manter a mesma sistemática. De acordo com Cunha (2011, p. 761) “Tudo o que se disse sobre o sistema recursal dos Juizados Federais aplica-se, integralmente, aos Juizados Estaduais da Fazenda Pública”. Isto se repete, inclusive, em relação à ausência do reexame necessário, prevista no artigo 11 da Lei nº 12.153/2009 e no artigo 13 da Lei 10.259/2001.

A Lei nº 12.153/09 estipula que não há reexame necessário nas causas sujeitas aos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal (art. 11). Assim sendo, dada a conformação do microssistema, não tem aplicação ao rito procedimental dos Juizados esse artigo 475 do Código de Processo Civil (MADUREIRA; RAMALHO, 2010, p. 274).

Quanto à composição do órgão julgante, a Lei nº 12.153/2009 está em conformidade com o que prevê o artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, posto que estipula o provimento de juízes togados e leigos. Além destes, há a presença do conciliador, de forma equivalente ao que dispõe o artigo 7º da Lei nº 9.099/95. Na realidade, há uma transcrição literal do artigo supra, que condiz ao §1º do artigo 15, da Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública.

Os juízes leigos e os conciliadores são enquadrados como auxiliares da justiça e têm como missão precípua a solução pacífica das controvérsias através da realização de acordos. Suas atribuições estão elencadas nos artigos 22, 37 e 40 da Lei nº 9.099/95 e também no artigo 16 da Lei nº 12.153/2009, e dizem respeito especialmente à tentativa de conciliação e, em sendo frustrada, à possibilidade de se iniciar a instrução do processo.

O art. 15, *caput*, da Lei 12.153/2009, na esteira das suas antecessoras (Leis 9.099/1995 e 10.259/2001), põe em destaque o papel da conciliação no âmbito dos JEF, estabelecendo que, *na forma e limites da legislação estadual e distrital*, serão designados conciliadores com o propósito de cumprir o disposto no art. 22 da Lei 9.099/1995 (presidir a audiência de conciliação e reduzi-la a termo). Mais do que isto, o conciliador agora não terá, apenas, o indispensável papel de presidir o mais importante ato do procedimento sumaríssimo (a audiência de conciliação, inclusive na fase executiva), mas **terá atribuições**, também na forma do art. 16, §1º, da Lei 12.153/2009, **de colher informalmente a prova oral a bem da definição dos limites fáticos da controvérsia, a qual poderá servir de base para a prolação da sentença se não houver resistência das partes** (art. 16, §2º, da Lei 12.153/2009) (GOMES JÚNIOR, 2011, p. 179–180).

Assim, pode-se dizer, sem ousadia, que as figuras do conciliador e do juiz leigo foram formuladas com o intuito de materializar todos os princípios norteadores dos Juizados Especiais. Trazem a simplicidade e informalidade, vez que desburocratizam o processo e aproximam o Judiciário do cidadão; a oralidade e a celeridade, que são os marcos principais da audiência preliminar conciliatória; e por fim, a economia processual, pois uma vez atingido o objetivo de se findar a ação judicial, sua atuação configurará o máximo rendimento com o mínimo esforço.

Logo, o microsistema dos Juizados Especiais foi concebido com o intuito de proporcionar aos cidadãos uma maior facilidade de acesso à justiça, uma vez constatada a existência do fenômeno da “*litigiosidade contida*” por Watanabe (1985), onde cidadãos possuidores de um bom direito deixavam de procurar a tutela jurisdicional em virtude do seu descontentamento com o Poder Judiciário.

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental — o mais básico dos direitos humanos — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos (CAPPELLETTI, 1988, p. 09).

Percebe-se que o acesso à jurisdição, enquanto direito fundamental constitucionalmente previsto, perfeitamente se coaduna com os princípios norteadores dos Juizados Especiais — oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade; sendo, portanto, a conciliação, meio adequado de solução de conflitos, daí corresponde à materialização destes princípios e, conseqüentemente, à efetivação plena da prestação jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo mostrou que para que as Fazendas Públicas estaduais e municipais pudessem firmar acordos no âmbito judicial, era necessário a existência de um diploma legal que trouxesse esta oportunidade, vez que tais entidades se encontram adstritas ao princípio da legalidade administrativa.

Por conta disso, foi formulada a Lei nº 12.153/2009, seguindo o exemplo da Lei nº 10.259/2001 que dispunha sobre esta questão na seara federal, de modo a tornar completo o microsistema dos Juizados Especiais, que prima pelo fácil acesso à prestação jurisdicional.

Superado este primeiro momento, a criação da lei, passa-se à etapa seguinte: a instalação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública (o que segundo o artigo 22 da Lei nº 12.153/2009 isto deveria ocorrer no prazo de até dois anos) com a consequente regulamentação da possibilidade de se firmar acordos por parte de cada ente da Federação (artigo 8º da Lei nº 12.153/2009).

Assim, além de ter o Juizado Especial da Fazenda Pública instalado, e isto se dá através dos Tribunais de Justiça de cada Estado, é necessário que as entidades da administração regulamentem a atuação das suas procuradorias no sentido de autorizar a celebração de acordos. Como se vê, o funcionamento pleno dos Juizados Especiais da Fazenda Pública carece de uma atuação conjunta do Poder Judiciário e do Poder Executivo local.

Ou seja, uma vez instalado, caberá aos chefes do Poder Executivo municipal e estadual, através de seu poder regulamentar e por meio de Decreto, permitir que seus advogados públicos possam conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Somente após esse trâmite é que eles estarão aptos a dar total efetividade à lei.

Uma vez regulamentada a possibilidade de acordo, caberá ao Procurador designado para a causa analisar os termos da demanda e administrativamente solicitar ao Procurador-Geral a autorização para apresentar proposta em juízo.

Entende-se que várias são as situações em que é possível a resolução pacífica da controvérsia. Pode-se citar, por exemplo, as causas repetitivas cujo entendimento favorável à parte autora já está consolidado jurisprudencialmente (como é o caso das ações de repetição de indébito por desconto previdenciário indevido ou nas ações de anulação de auto de infração de trânsito pela ausência da dupla notificação do infrator), nas ações de cobrança intentadas por advogados dativos para recebimento de honorários fixados em sentença, nas ações de exibição de documentos e nas ações de reparação de danos quando cabalmente demonstrados pela parte autora.

Em todas estas situações entende-se que há não só a possibilidade de conciliação como a obrigação das Fazendas Públicas de apresentar proposta de acordo para que haja a solução pacífica, célere e processualmente mais econômica da controvérsia.

Ademais, não se deve esquecer que os acordos firmados entre as partes estão passíveis de controle judicial. Cabe ao magistrado observar não somente sua conformidade com a lei, mas também os princípios administrativos correlacionados. Desta feita, é perfeitamente possível que o juiz deixe de homologar determinado acordo caso haja prejuízo injustificado à Administração Pública.

O que não é permitido, realmente, é a apresentação de uma proposta de avença por parte de um Procurador cuja regulamentação ainda esteja pendente (princípio da legalidade administrativa), pois se assim o fizer poderá vir a responder pelo ato tanto administrativamente quando judicialmente.

Assim, feitas as respectivas ressalvas, entende-se que a conciliação como meio alternativo de resolução de conflitos perfeitamente se coaduna com as lides em face das Fazendas Públicas estaduais e municipais intentadas através do rito dos Juizados Especiais, sem que haja o malferimento a qualquer princípio administrativo (nem mesmo ao princípio da indisponibilidade do interesse público), refutando-se a motivação apresentada pelos advogados destas entidades públicas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm>. Acesso em: 4 abr. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm>. Acesso em: 25 mar. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 nov. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm>. Acesso em: 25 mar. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 25 mar. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 jul. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10259.htm>. Acesso em: 29 mar. 2014.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 21 mar. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 mar. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF. Resolução 7, de 5 de abril de 2010. Dispõe sobre a criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública da Justiça do Distrito Federal. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 7 abr. 2010, ed. 62, fls. 4-5, publ. 8 abr. 2010. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/resolucoes-do-pleno/2010/007.html>>. Acesso em: 4 abr. 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2004.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FONAJE – FÓRUM NACIONAL DE JUIZADOS ESPECIAIS. **Enunciados**. Disponível em: <<http://www.fonaje.org.br/site/enunciados/>>. Acesso em: 4 abr. 2014.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; et al. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública: Lei nº 12.153/2009**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.

MADUREIRA, Cláudio Penedo; RAMALHO, Lívio Oliveira. **Juizados da Fazenda Pública: estruturação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual e Municipal (Lei 12.153/09) em vista da teoria dos microsistemas e das particularidades da celebração de acordos pelo Poder Público**. Salvador: Juspodivm, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Os Juizados Especiais da Fazenda Pública (Lei nº 12.153, de 22.12.2009)**. Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/palestras/pal022010.pdf>>. Acesso em: 31 mar. 2014.

WATANABE, Kazuo et al. **Juizado Especial de Pequenas Causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

O ECA E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE
DOS ADOLESCENTES: UM ESTUDO
SOBRE A APLICAÇÃO DA MEDIDA
SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAMENTO
NO MUNICÍPIO DE FORTALEZA – CE

Elizeide Santiago Martins
Zaneir Gonçalves Teixeira
Neile Montenegro de Albuquerque



INTRODUÇÃO

Este trabalho discorre sobre a aplicação da medida socioeducativa de internamento prevista na Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e Adolescente – ECA, dentro de um contexto histórico, social e normativo e o cumprimento desta nos Centros Educacionais de Fortaleza – Ceará. Apresentam-se as principais mudanças ocorridas na legislação, marcando a passagem da doutrina da “situação irregular” para a doutrina da proteção integral e a responsabilidade daqueles que têm o dever de cuidado e proteção a partir da Constituição Federal da República de 1988. Faz-se breve análise da realidade vivida pelos adolescentes dentro das Unidades de Atendimento, tomando por base a legislação, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE e a Constituição Federal, levando-se em consideração a aplicação da medida e a finalidade pedagógica a que se propõe, para que o adolescente volte ao seio familiar e ao convívio social.

Evidencia-se a natureza jurídica e a finalidade das medidas por meio da legislação, bem como se questiona seu grau de eficácia no Ceará, mediante dados fornecidos pela Secretaria de Trabalho e Desenvolvimento Social do Estado do Ceará – SDTS. Também se cuidou de colher informação da 7ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude do Estado do Ceará, responsável pela fiscalização dos Centros, além de um monitoramento feito pelo Fórum DCA (Fórum Permanente das Organizações Não-Governamentais de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente), realizado em 2013-2014, dentro das Unidades. Também serviu de fonte um documentário no qual ex-internos relatam experiências vividas dentro dos Centros. Estes documentos possibilitaram fazer uma análise mais criteriosa da realidade em que vivem os adolescentes dentro dos Centros Educacionais em Fortaleza.

1. ASPECTOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS

As Constituições brasileiras de 1824 e a de 1891 foram omissas no que se refere aos menores. Estes foram isentos da imputabilidade pelo Código Criminal do Império de 1830 até completarem 14 anos. Dos 14 aos 17 anos a Lei estabelecia o recolhimento nas Casas de Correções. Já o Código Penal da República de 1890 disciplinava, para os menores de 14 anos, o recolhimento em estabelecimento

industrial como forma de reparação pelos atos infracionais praticados com discernimento. O tempo de cumprimento da medida era determinado pelo juiz, embora a lei estabelecesse o limite máximo de 17 anos para o recolhimento. Na época, a maioria civil era alcançada aos 21 anos de idade, enquanto a imputabilidade penal se dava a partir dos 18 anos (GOUVÊA, [s.d.], p.01).

O Código de Menores de 1927, Decreto-lei n. 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, tornou-se o primeiro da América Latina a disciplinar a situação do “menor em situação irregular”, designando-se por tal, aquele que, por alguma razão, estava fora do lar, ou em risco pessoal, ou a colocar em risco a paz social. Trouxe mudanças para o sistema judiciário brasileiro, em razão das condições particulares dos menores. Nele estava previsto a figura do juiz privativo para menores; a elevação da aplicação da pena a partir dos 14 anos de idade; um procedimento diferenciado para os menores infratores entre 14 e 18 anos; a polícia especial de menores; a reestruturação de algumas unidades denominadas “internatos”; a liberdade vigiada; o internamento em reformatórios para adolescentes abandonados, pervertidos ou em perigo (GOUVÊA, [s.d.], p. 01)¹.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (doravante “ECA”), criado pela Lei federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, surge em outro contexto, diverso do Código de Menores. Sob a égide da proteção integral, nele vieram expressos os direitos da criança e do adolescente, afirmando seu valor como ser humano, o respeito à sua condição de ser pessoa em peculiar fase de desenvolvimento. Reconhece sua situação de vulnerabilidade e trata a população infanto-juvenil como merecedora de atenção especial pela família, sociedade e Estado. Prévios

1 Vale a pena trazer ao trabalho um trecho do Código. É forçoso notar que as leis andam à frente de seu tempo, marcando padrões mais elevados de tratamento, em comparação com o resultado efetivo da implantação de seus comandos. Nesse sentido, torna-se necessário reconhecer o avanço que o Código representou. No capítulo VII, por exemplo, em que trata dos menores delinquentes, pode-se ler, no vernáculo original. Art. 69. O menor indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou Contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, será submettido a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado physico, mental e moral delle, e da situação social, moral e economica dos paes, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda. §1º Si o menor soffrer de qualquer forma de alienação ou deficiencia mental, fôr epileptico, sudo-mudo e cego ou por seu estado de saude precisar de cuidados especiaes, a autoridade ordenará seja submettido ao tratamento apropriado. §2º Si o menor não fôr abandonado, nem pervertido, nem estiver em perigo de o ser, nem precisar do tratamento especial, a autoridade o recolherá a uma escola de reforma pelo prazo de um a cinco annos. §3º Si o menor fôr abandonado, pervertido, ou estiver em perigo de o ser, a autoridade o internará em uma escola de reforma, por todo o tempo necessario á sua educação, que poderá ser de tres annos, no minimo e de sete annos, no máximo.

ao ECA, estão dois importantes diplomas. Primeiro, a Constituição Federal de 1988, que havia recepcionado as reivindicações de diversos movimentos em prol dos direitos da criança e do adolescente, culminando no texto do artigo 227, que afirma ser prioridade absoluta (PEREIRA JUNIOR, 2011, p. 99). Também serviu de referência a Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos da Criança, da Organização das Nações Unidas, de 1989, ratificada pelo Brasil.

Não se afirma, portanto, que antes de 1988 não houvesse empenho das autoridades, segundo as leis nacionais nos permitem inferir, para proteger os menores. Nem mesmo que, após 1988, tenhamos avançado mais que nossos antepassados, em matéria de humanização da prática cotidiana. No entanto, há uma mudança de paradigma. Impõe-se, pelo menos legal e doutrinariamente, um novo modo de tratar o menor, que então passará a ser denominado de “criança e adolescente”. Agora devem ser considerados sujeitos de direitos, qualificados, preferenciais. Desde 1990, não somente as crianças em situação irregular seriam objeto de cuidado do Estado e da sociedade civil, senão que todas, em quaisquer situações, mereceriam tratamento como sujeitos preferenciais, com direito à máxima atenção, em garantia de seu melhor interesse. Wilson Donizeti Liberati (2010, p. 18–19), entende por absoluta prioridade “[...] que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes”.

A Doutrina da Proteção Integral tem seu alicerce jurídico e social na Convenção dos Direitos da Criança, de Nova Iorque, na Constituição Federal de 1988 e no ECA. A adoção dessa Doutrina acarretou, desde a perspectiva doutrinária e legal, mudanças significativas também para os adolescentes autores de atos infracionais. Nesse contexto estão inseridas as medidas socioeducativas, a partir de um sistema tríplice de garantias, no qual se estabelecem diretrizes para a implementação de políticas de atendimento (arts. 4º e 87º), de proteção nas situações de risco pessoais, sempre que os seus direitos forem ameaçados ou violados e que não estejam respondendo por atos infracionais (arts. 98º e 101º), e as medidas aplicáveis àqueles que assumem o papel de infrator (arts. 103º e 112º), respondendo, inclusive, com restrição de liberdade.

A internação, por exemplo, a mais grave das medidas socioeducativas, deverá ser aplicada em último caso, quando se tratar de ato infracional cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, por reiteração ou descumprimento injustificável da medida anteriormente imposta (art. 121, I, II e III). A medida

está sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição de pessoa em desenvolvimento (art. 121, caput). No entanto, a despeito da lei, a prática das medidas socioeducativas, em especial da internação, por vezes se assemelhou aos sistemas prisionais de adultos, piorados em razão da condição do adolescente.

Para aprimorar a aplicação das medidas socioeducativas, de modo a serem fiel cumprimento da ressocialização, outros instrumentos foram concebidos. Por exemplo, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo-SINASE. O SINASE, apesar de ter sua origem na primeira década dos anos 2000, foi instituído mediante a Lei Federal (nº 12.594 de 18 de janeiro de 2012), objetivando primordialmente consolidar o Estatuto da Criança e do Adolescente no desenvolvimento das ações socioeducativas. A referida lei regulamentou a execução das medidas destinadas ao adolescente que pratique ato infracional, conforme seu o art. 1º e conceitua o SINASE:

Art. 1º [...]

§1º Entende-se por Sinase o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo-se nele, por adesão, os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei.

Nesse momento, passa-se a analisar a situação das unidades de internamento, no Estado do Ceará, que necessitam de urgente aprimoramento para se adequar à previsão legal.

2. A REALIDADE DAS UNIDADES DE INTERNAMENTO NO ESTADO DO CEARÁ

As condições em que vive boa parte dos adolescentes nas periferias das grandes cidades brasileiras, especialmente aqueles que sofreram medidas socioeducativas, dificilmente contribuirão para transformá-los em pessoas melhores. Os atos praticados são, muitas vezes, favorecidos pelo meio em que estão inseridos, somado ao estado de vulnerabilidade advindo dos laços familiares frágeis. Obviamente

isso explica, em parte, ainda que não justifique o comportamento antijurídico, pois no mesmo ambiente convivem jovens que se mantêm incólumes em sua conduta. De todo modo, observa-se o aumento na participação de adolescentes em atos infracionais, estigmatizando-os como causadores da insegurança de sair às ruas. Por isso, as ações socioeducativas aplicadas devem ser no sentido de influenciar na construção de um novo projeto de vida, sendo acompanhadas de políticas públicas de recuperação dos ambientes por onde circula a população mais vulnerável à captação para o crime.

O potencial de uma pessoa é desenvolvido dentro das oportunidades que lhes são oferecidas. Por isso, é importante que ela seja preparada para saber escolher. Tal preparação se dá por meio do cuidado e da orientação. Isso exige que pais e mães sejam auxiliados em sua tarefa. Naturalmente, não conseguem bons resultados aqueles pais que ficam mais de 12 horas fora do lar, em razão da necessidade laboral, somado ao fato da pouca renda, veem-se na contingência de deixar filhos em casa e em seus arredores, locais nem sempre saudáveis, desde a perspectiva moral, também por ausência dos serviços de segurança, de serviços de promoção cultural e esportiva que possam ocupá-los nos horários extraescolares. Assim, vínculos de socialidade que deveriam desenvolver-se na adolescência, malogram-se. Sem vínculo social ou afetivo, mais facilmente se prejudica o desenvolvimento da personalidade humana, aumentando o potencial de atração em face da oportunidade da prática do ato infracional, que potencialmente, lhe trará benefícios outros, compensatórios. Alguns desses, antes ou depois, envolvem-se ainda no uso de drogas e na prostituição.

Segundo Luiz Angelo Dourado (1969, p. 114):

Quando se estabelece firme e duradouro laço entre pais, o desenvolvimento psicológico do filho se efetuará bem, seu superego será normal e a criança tornar-se-à um individuo moral e socialmente independente. Mas, se os pais, principalmente as mães, se satisfizerem em permanecer como personagens alheios e impessoais ou agirem de forma que seja impossível uma inclinação permanente entre filhos e pais, a educação dos filhos será um fracasso, o desenvolvimento do caráter far-se-á mal, a adaptação social poderá ser superficial e o futuro da criança correrá o risco de ficar exposto a todos os perigos possíveis de um desenvolvimento anti-social.

Não é correto vincular criminalidade à pobreza ou miséria, sem mais. Todavia, não se pode negar que alguns indivíduos entraram para a

criminalidade, pressionados por sua condição econômica, associada à dimensão social e psicológica. Esses fatores, juntos, podem inclinar o adolescente à prática de condutas delituosas. A este respeito, um estudo empírico realizado no Ceará aponta a conexão entre maior quantidade de crimes contra o patrimônio em ambiente de maior carência material, associado a desestrutura familiar (IPECE – 2013 – Informe nº 66, p. 03). Além disso, estudo acerca da criminalidade em Fortaleza associa a prática dos crimes às condições socioeconômicas da população, com a conseqüente sugestão de ação do Estado na melhoria do espaço urbano: “a melhoria dos equipamentos públicos como praças e parques, a oportunidade de estímulos de novos negócios a partir de incentivos fiscais e financeiros, ampliação de políticas para os jovens e escolas públicas em tempo integral e profissionalizantes” (IPECE – 2013 – Informe nº 66, p. 11).

No que se refere aos adolescentes sob internação, dados da Secretaria do Trabalho e Desenvolvimento Social (STDS) do Ceará, permitem inferir algo similar, pela natureza do ato infracional. Estão ali por prática de roubo cerca de 53% (cinquenta e três). Enquanto isso, o homicídio responde por 13% (treze por cento) e o latrocínio por 5% (cinco por cento). Nota-se, assim, que a concentração de atos infracionais relacionados a atos contra patrimônio chega a quase 60%: 53% de roubo e 5% de latrocínio, o que cumula atos contra a vida e o patrimônio.

O critério de excepcionalidade na aplicação das medidas restritivas de liberdade não diminuiu a tendência de internamento. As Unidades de Atendimento que executam os internamentos e as semiliberdades permanecem lotadas, inclusive, excedendo o número de vagas. Os adolescentes, que recebem como sanção a privação da liberdade, sofrem os efeitos danosos da falta de liberdade, do convívio familiar e da comunidade em que vivem. Ficam ansiosos, carentes e com baixa autoestima, por isso é muito importante que eles tenham acesso aos demais direitos previstos na legislação, para que tais efeitos sejam amenizados.

Informações prestadas pela 7ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude, responsável pela fiscalização das Unidades de Internamento, bem como depoimento de adolescentes que viveram a experiência de ficar internados em alguns Centros Educacionais em Fortaleza, atestam o problema.

A1- Quando chegamos nas UIs, somos recebidos pela Diretora e depois dela falar algumas coisas, vamos para um local chamado de tranca. É um local fechado, isolado, que não tem entrada nem saída de ar. É como

se fosse um dormitório, mas é fechado e não tem colchão, é uma única pedra (cama), talvez fosse para uma só pessoa, mas às vezes, tinha três, quatro....(Documentário: Bater a ideia desse jogo doido).

Enquanto isso, resoluções do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA (1993 a 2004), em seu art. 1º, estabelecia que as Unidades de Internamento poderiam ter, no máximo, 40 (quarenta) adolescentes. Além disso, o SINASE traz como proposta a elaboração de projetos, construções e reforma das unidades, objetivando um melhor atendimento. Todavia, o que se observa pelos depoimentos dos ex-internos é que tais propostas, em quase vinte anos, ainda não se concretizaram, pelo menos no Estado do Ceará.

A2- Eu passei dois dias na tranca — a tranca é assim: você não sai. Eram nove adolescentes. Não tinha como dormir porque era apenas uma pedra. Ai quando nós íamos ao banheiro e dava descarga, alagava o espaço. Assim, ficavam uns quatro ou cinco sentados em cima da pedra, conversando a noite toda, porque não tinha como dormir, o chão estava alagado. E as muriçocas? Estas eram enormes, do tamanho de uma mosca. As refeições eram colocadas por debaixo das grades. Nossa, a tranca é muito ruim é ruim que só. Lá era frio porque têm duas janelinhas com grades que não dava um metro, mas durante a noite quando chovia era muito chato (Documentário: Bater a ideia desse jogo doido).

O SINASE, o ECA e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade estabelecem que os espaços físicos, onde os adolescentes cumprem as medidas com privação de liberdade, devem oferecer instalações em condições adequadas de habitualidade, higiene, salubridade e segurança, ou seja, requisitos mínimos de saúde e dignidade humana para que o trabalho das equipes técnicas seja bem desenvolvido, visando a ressocialização. Entretanto, o trabalho de inspeção realizado bimestralmente nas Unidades de Internamento, pela 7ª Promotoria de Justiça de Infância e Juventude em Fortaleza, tem detectado uma realidade diversa da prevista na lei. Os ambientes físicos são inadequados para o cumprimento da proposta pedagógica estabelecida pelo ECA e SINASE, pois quase todas as Unidades encontram-se fora dos padrões estabelecidos.

As inadequações variam desde a inexistência do espaço físico, até necessidades básicas como: gestão de recursos humanos, infraestrutura, recursos materiais,

atividades sócio educativas, questões de ordem institucionais, além do problema da superlotação. Por isso, foram interditadas algumas Unidades (Dom Bosco, Patativa do Assaré e Cardeal Dom Aloisio Lorscheider) para que o Estado tomasse as devidas providências no sentido de tornar o ambiente adequado para o bom funcionamento do sistema (7ª PJIJ). Ao mesmo tempo, esse procedimento veio a desencadear outro problema também grave: a superlotação das três Unidades Provisória (São Miguel, São Francisco e Passaré) para onde foram transferidos os menores que excediam o quantitativo determinado, passando a funcionar com o triplo ou até o quádruplo de sua capacidade. Ao todo, são 15 (quinze) Centros funcionando no Estado, para atender a uma demanda de 1.059 internos, ficando 09 (nove) na capital e 6 (seis) no interior (STDS, 2015, p. 01).

Nesse contexto, em 2015 foi ajuizada, pela 7ª Promotoria de Justiça da Infância e Juventude, uma Ação Civil Pública, perante a 3ª vara da Infância e Juventude do Tribunal de Justiça do Ceará, requerendo que o Estado tomasse as seguintes providências: (1) aluguel de imóveis capazes de acolher o excedente da capacidade dos Centros superlotados; (2) a interdição parcial das Unidades Provisórias; (3) transferência dos adolescentes excedentes da capacidade das Unidades provisórias para novos ambientes físicos, não excedendo o limite de 90 (noventa) por casa; multa pelo não cumprimento; (4) abolição das trancas, usadas como medida disciplinar de isolamento, uma vez que estas constituem um verdadeiro ato de tortura institucionalizada pelo Estado. Entretanto, o requerimento foi atendido apenas parcialmente (Ação Civil Pública nº 01400508-29.2015.8.06.0001- 3ª vara da Infância e Juventude — Tribunal de Justiça do Ceará).

Em paralelo a isso, o laboratório de Inclusão social da STDS aponta a necessidade de uma gestão pública voltada para o pleno funcionamento do sistema de defesa dos adolescentes, sendo necessário: (1) cursos de capacitação, periodicamente, para os funcionários das Unidades, especialmente para os instrutores que, na maioria, desconhecem a legislação; (2) projetos educacionais para atender todas as faixas etárias, pois o projeto de Educação para Jovens e Adultos — EJA, desenvolvido, é somente para os maiores de 15 anos, e os Centros recebem adolescentes a partir dos 12 anos; (3) trabalho preventivo nos bairros de onde saíram muitos adolescentes infratores; (4) estruturas e profissionais qualificados, pois muitos passam por violência física e psíquica.

Para complementar o atendimento integral, está prevista no ECA (art. 94) a participação de vários profissionais que devem atuar dentro das Unidades.

Na composição da equipe técnica para implementação da saúde, recomenda-se a presença de médicos, enfermeiros e dentistas, particularizando o seu acompanhamento, além de terapeutas ocupacionais, psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais.

O serviço de saúde ofertado aos adolescentes é precário. No geral, são apenas 08 (oito) profissionais da equipe técnica para atender uma demanda que varia de 15 (quinze) a 217 (duzentos e dezessete) adolescentes por UI. Muitos têm doenças de pele e carecem de assistência bucal. Embora 85% (oitenta e cinco) dos adolescentes sejam usuários de drogas, falta tratamento para viciados e saúde mental. Pratica-se isolamento em 29% (vinte e nove) das UI onde existem adolescentes com transtornos mentais. As informações passadas pelos internos é que o único medicamento disponível é o paracetamol. Falta inclusive um diagnóstico da real situação da saúde nas Unidades (FDCA, 2014, p. 33).

Se, por um lado, é importante fazer exigências aos adolescentes para que sejam potencializadas suas capacidades, habilidades e especialmente reconhecê-los como sujeitos capazes de superar suas limitações, por outro, deve-se compreender que é preciso conhecer cada adolescente e seu potencial, levando-se em consideração o estágio de desenvolvimento de cada um. Por isso, projetos pedagógicos devem ser desenvolvidos no sentido de proporcionar escolaridade e profissionalização, cultura, esporte e lazer (art. 94, X, XI), tendo em vista, que estes são os que melhor oportunizam a promoção de novas possibilidades e caminhos a serem seguidos.

O que está sendo denunciado pelo FDCA é que o direito à educação dos socioeducandos internados está longe de ser efetivado, pois, além de ser oferecida somente a modalidade Educação para Jovens e Adultos – EJA, as aulas não acontecem diariamente e não há certificação do período estudado. Ao sair, aqueles que ficaram durante os 03 (três) anos não têm como comprovar a escolaridade (FDCA, p. 35–36).

A profissionalização seria outra garantia que se aliaria à ressocialização, em razão do potencial de abrir novos horizontes de vida aos adolescentes, oportunizando sua inserção no mercado de trabalho, mediante desenvolvimento de competências, habilidades e atitudes. Na maioria das UIs, acontecem atividades que poderiam ser consideradas de cunho profissionalizante, porém, estas não dialogam com o interesse e aptidão dos socioeducandos e apenas 43% (quarenta e três) oferecem certificação. Outra forma seria o encaminhamento

para estágios e oportunidades de trabalhos, todavia 72% (setenta e dois) das UIs não realizam esse procedimento (FDCA, 2014, p. 38–39).

O Plano Individual de Atendimento – PIA foi um instrumento pedagógico criado para garantir a efetividade na aplicação das medidas socioeducativas, considerando as fases de desenvolvimento do adolescente, suas limitações, potencialidades e capacidades. Constitui importante ferramenta que, ao se desenvolver em parceria com as famílias no acompanhamento evolutivo do adolescente, conquista metas no processo de ressocialização (SINASE/2006, art. 52), no entanto, o que se observa é a ausência do referido projeto.

O Estatuto assegura a convivência familiar a todas as crianças e adolescentes, mesmo àqueles que estão privados de liberdade. Contudo, apenas 50% das unidades afirmam realizar ações de promoção à convivência familiar e comunitária. A ausência de participação do adolescente e da família na realização do PIA faz com que os laços familiares permaneçam profundamente fragilizados. A medida é cumprida sem planejamento e de forma improvisada. Em 71% das UIs não existe espaço reservado para visitas e em nenhuma das Unidades ocorre visita íntima para os casados.

Embora seja assegurado pelo ECA (art. 5º) que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido qualquer atentado por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”, no Ceará, segundo a FDCA, denúncias de casos de agressões físicas, tortura e até violência sexual integram o cotidiano nas UIs (FDCA, 2014, p. 42–43).

A3 — No primeiro dia em que fui preso no São Miguel (16 a 21 anos), acharam um cossoco dentro do meu dormitório, por isso, todo mundo pagou. Ficamos recolhidos. Eu não tinha feito verdadeiramente nada, pois era meu primeiro dia lá. Cheguei por volta das 13h00min e às 15h00min chegaram para revistar o quarto. Mesmo sem eu saber de nada, me puxaram, colocando todos em uma parede e começaram a bater em nós com um cassetete. Isso o pessoal todo olhando para nós (Documentário: Bater a ideia desse jogo doido).

Uma das principais causas apontadas pelo Laboratório de Inclusão Social da STDS para esta realidade é a forma de contratação dos profissionais para atuarem como instrutores educacionais. Falta a eles o perfil para ocuparem função tão importante para o bom desempenho da medida. Muitos são ex

policiais militares, seguranças ou carcereiros de Unidades prisionais. O valor do salário e a exigência de apenas nível médio também influem para a contratação de pessoas despreparadas e sem o devido conhecimento das leis.

Busca-se entender o verdadeiro sentido de tanta violência na apreensão dos adolescentes e os resultados advindos dela na aplicação das medidas socioeducativas de internamento, além do porque dos poderes estatais não conseguirem barrar esse tipo de procedimento, já que a lei prevê o contrário. O que se observa, é que dados apontam para o crescimento da violência e do número de internados a cada dia, embora saibamos que somente um levantamento de dados é muito superficial para indicar o que está verdadeiramente latente no comportamento de cada um desses adolescentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar do significado jurídico que o ECA representa para todas as pessoas e entidades que trabalham em prol da garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes, o que se observa é que são poucos os motivos para comemoração em seus 25 (vinte e cinco) anos de existência, pois os avanços alcançados ao longo desse período têm se refletido de maneira insuficiente na vida daqueles que cumprem medidas socioeducativas de internamento nos Centros Educacionais de Fortaleza, permanecendo carentes de um olhar diferenciado por parte do Estado, da sociedade e das famílias.

O princípio da dignidade da pessoa humana traz em seu cerne valores sociais, jurídicos e constitucionais imprescindíveis em um Estado Democrático de Direito, que deveria proteger a pessoa humana, não sendo, portanto, admitida a agressividade, o descaso, o desrespeito e o problema da superlotação e da violência relatada pelos adolescentes no interior dos Centros Educacionais.

Vale ressaltar, que o SINASE e o PIA são projetos que não vêm alcançando os propósitos para os quais foram destinados. A sua aplicabilidade, conforme previsto, iria refletir diretamente na realidade vivenciada dentro das Unidades, especialmente acabando com o problema da violência nos Centros, onde vários direitos fundamentais são desrespeitados.

Observa-se ainda que a forma mais eficaz de dirimir os problemas enfrentados pelos adolescentes seria a prevenção, por meio de projetos realizados dentro e fora das Unidades, especialmente com as famílias dos tais, que vivem uma

dura realidade nas periferias da cidade. Prova disso é que aqueles que estão tendo a oportunidade de se profissionalizar dentro das Unidades, geralmente, ao adquirirem a liberdade, conseguem inserção no mercado de trabalho, como autônomos ou empregados.

A problemática da ressocialização que o governo acredita que deve ser realizada dentro das unidades- e a falta de verbas para projetos de inclusão social são dois dos principais problemas que precisam ser resolvidos pela STDS. Neste sentido, o Estado do Ceará não possui nenhuma política pública consistente que trabalhe com prevenção e ressocialização.

Ademais, o que se observa é que a tão sonhada ressocialização vem na contramão de tudo aquilo que está sendo aplicado: discriminação, descaso, desrespeito, vulnerabilidade, agressividade e violência. São estes os valores repassados diretamente aos adolescentes que cumprem medidas socioeducativas dentro dos Centros Educacionais em Fortaleza.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03//constituicao24.htm>. Acesso em: 06 fev. 2015.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 06 fev. 2015.

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 fev. 2015.

BRASIL. **Código Criminal do Imperio do Brazil de 1830**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 06 fev. 2015.

BRASIL. Decreto nº 847. **Código Penal dos Estados Unidos do Brazil de 1890**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/>>

decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 06 fev. 2015.

BRASIL. Decreto nº 17.943-A. **Código de Menores de 1927**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 05 de fev. 2015.

BRASIL. Lei 8.069, de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 03 fev. 2015.

BRASIL. **Resoluções do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente**. 1993 a 2004. Disponível em: <<http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-1-a-99.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2015.

BRASIL. Lei nº 12.594, de 2012. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em: 15 fev. 2015.

DOURADO, Luiz Angelo. **Ensaio de Psicologia Criminal: O Teste da Árvore e a Criminalidade**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1969.

FORTALEZA. Secretaria do Planejamento e Gestão – SEPLAG. **Caracterização Espacial dos Homicídios Dolosos em Fortaleza**. Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará – IPECE — 2013 — Informe nº 66. Disponível em: <http://www.fortaleza.ce.gov.br/sites/default/files/ipece_informe_66_caracterizacao_espacial_dos_homicidios_dolosos_em_fortaleza.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2015.

FORTALEZA. Secretaria do Trabalho e Desenvolvimento Social do Estado do Ceará (STDS). Documentário: **Bater a ideia desse jogo doido**. 2014.

FORTALEZA. Secretaria do Trabalho e Desenvolvimento Social do Estado do Ceará (STDS). **Síntese geral dos adolescentes**. fev. 2015.

Fórum Permanente das ONG'S de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente do Estado – Ceará. **Monitoramento do Sistema Socioeducativo — Liberdade assistida, privação de liberdade e Sistema de Justiça**. Disponível em: <<http://pt.calameo.com/read/00382306236affa4736e5>>. Acesso em: 23 fev. 2015.

GOUVÊA, Eduardo Cortez de Freitas. **Medidas socioeducativas** — Histórico, procedimento, aplicação e recursos. Disponível em: <<http://www.epm.tjsp.jus.br/Sociedade/ArtigosView.aspx?ID=2878>>. Acesso em 23 fev. 2015.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

PEREIRA JUNIOR, Antonio Jorge. **Direitos da Criança e do Adolescente em face da TV**. São Paulo: Saraiva, 2011.

POLÍTICA SOCIAL NO BRASIL

Gloriete Marques Alves Hilário
Juliana dos Santos Pereira Moraes
Suzy Erica de Sousa Lima



INTRODUÇÃO

Neste artigo abordar-se-á sobre as políticas públicas de assistência social brasileiras, que têm como público-alvo os cidadãos que se encontram em situações de risco e vulnerabilidade social. Foi na gestão do Governo do então presidente da época, Luiz Inácio Lula da Silva, que se desenvolveu uma política social de combate à pobreza, com a criação do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), que é o responsável pela Política Nacional de Assistência Social. Por intermédio do MDS, o governo implantou políticas articuladas de informação, monitoramento e avaliação, objetivando a promoção de novos patamares de desenvolvimento da política de assistência social no Brasil.

A assistência social possui dois níveis de proteção social. O primeiro é a proteção social básica com caráter preventivo e o segundo é a inclusão social. Os programas de assistência social se desenvolvem por dois centros de referência, o Centro de Referência de Assistência Social (Cras) e o Centro de Referência Especializada de Assistência Social (Creas).

As políticas de transferência de renda têm grande importância desde que, em sua formulação e implementação, não se constituam num fim em si mesma, visto que este instrumento pode, de imediato, aliviar os sinais da pobreza, mas não suas causas, que possuem implicações econômicas e sociais mais profundas. Por este motivo, a promoção do desenvolvimento social deve buscar por demandas políticas de inserção social, tanto no campo econômico quanto no campo social, o que exige Políticas Inter setoriais e uma capacidade do Estado de remodelar seus sistemas e práticas de proteção social.

1. POLÍTICA SOCIAL NO BRASIL

O Brasil por muito tempo conviveu com a falta de espaço para a formulação de políticas sociais. Tais espaços só começaram a ser construídos após o fim da ditadura militar e a partir da mobilização social, o que alcançou maior amplitude no governo Lula (2002-2010).

O surgimento de políticas sociais foi o resultado das lutas civis que antecederam o período da redemocratização, tendo em vista as grandes demandas sociais que começaram a ser percebidas pelo Poder Público.

Destarte, antes deste processo de redemocratização o Estado brasileiro adotava uma postura autoritária até mesmo quando atuava em prol dos direitos sociais, pois negava a participação popular não tornando público à sociedade os atos praticados pelo Governo, predominando assim o modelo de reprodução das desigualdades.

A participação social do Estado só ficou evidenciada apenas nos anos 70, na qual se vislumbra a importância do papel ativo do Estado na promoção de inclusão social e do desenvolvimento sustentável.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, Ribeiro (2008) afirma que em cada uma das áreas sociais (saúde, educação, assistência social e trabalho) operou-se um amplo processo de descentralização, com a ampliação da capacidade de decisão dos estados e municípios. Cada uma dessas áreas tornou-se um direito do cidadão, o que evidenciou avanços na universalização dos direitos sociais. A universalização garantiria a todos os brasileiros acessos iguais aos serviços sociais, independentemente de qualquer condição social.

1.1. Política social e os programas do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome

O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) foi criado em 2004, integrando três áreas distintas do governo: o Ministério Extraordinário de Segurança Alimentar e Combate à Fome (MESA), o Ministério da Assistência Social e a Secretaria Executiva do Programa Bolsa Família, ligada à Presidência da República. O MDS, passou a ser o responsável pela implementação da Política de Assistência Social, a Política de Segurança Alimentar e Nutricional e o Programa Bolsa Família.

O Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome entende proteção social como um conjunto de programas sociais que tem por escopo atender às parcelas da população mais suscetíveis ou expostas aos riscos sociais: pobres, crianças e adolescentes, idosos e portadores de necessidades especiais.

Os programas desenvolvidos pelo Ministério do Desenvolvimento Social focalizam a família como o núcleo na formulação de suas ações. A gestão é descentralizada fazendo com que a política social atinja seus fins, que é a melhoria das condições sociais das famílias.

Como exemplos de políticas desenvolvidas pelo MDS, temos: Sistema Único de Assistência Social (SUAS) e seus serviços socioassistenciais articulados aos benefícios e programas de transferência de renda, como por exemplo, o Bolsa Família.

1.2. Assistência social

Conforme definição da Constituição Brasileira, no artigo 194, “a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e à assistência social” (BRASIL, 1988).

Em que pese, a assistência social tenha sido estabelecida como uma política pública de seguridade social, somente conquistou sua legitimidade a partir de 1993, com a regulamentação da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), cuja definição se encontra no Capítulo I, artigo 1º, *in verbis*:

Art. 1º – A assistência Social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizadas através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas (BRASIL, 1988).

No Brasil, a assistência social já é prevista desde o período colonial. Grande parte da assistência era realizada dentro das próprias fazendas, como bem observado por Ribeiro (2008, p. 81):

O sistema de ajuda era realizado, nos primeiros séculos de colonização, pela Igreja — com o mandato do Estado — que se encarregava da assistência social, do ensino e da saúde. O catolicismo colonial, permeado de tradições medievais e mesclado com devoções populares, foi um campo fértil onde o indivíduo encontraria as associações voluntárias, como as irmandades e confrarias, através das quais teria acesso aos serviços sociais, ao lazer e ao convívio social.

Entre meados dos anos de 1989 e 1930, o Estado começou a tratar a assistência social como uma política social, que tinha uma proposta liberal de combate à

miséria e a pobreza. As primeiras regulamentações assistenciais se deram com a Consolidação das Leis Trabalhistas, promulgada em 1943, onde estavam sistematizados muitos decretos e regulamentos elaborados anteriormente.

A proteção social nesta época se relacionava diretamente com a inserção do homem no mercado de trabalho e a assistência social continuou sendo prestada aos que se encontravam à margem do processo produtivo, realizadas pelas instituições filantrópicas (RIBEIRO, 2008).

Em 2004, um novo modelo de gestão de assistência social foi concebido como política pública por meio da adoção da Política Nacional da Assistência Social: o Sistema Único da Assistência Social (SUAS), que implantou uma gestão descentralizada, participativa e regionalizada, na qual os serviços acontecem em parceria com os Municípios, Estados, Distrito Federal e União.

As políticas públicas de assistência social têm como público alvo os cidadãos que se encontram em situações de risco e vulnerabilidade social, como por exemplo, os deficientes, os excluídos pela pobreza, usuários de substâncias psicoativas entre outros.

No entanto, foi na gestão do Governo Luiz Inácio Lula da Silva que se desenvolveu uma política social de combate à pobreza, com a criação do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS), que é o responsável pela Política Nacional de Assistência Social. Por intermédio do MDS, o governo implantou políticas articuladas de informação, monitoramento e avaliação, objetivando a promoção de novos patamares de desenvolvimento da política de assistência social no Brasil.

A norma Operacional Básica (NOB/SUAS) disciplina a gestão pública de Política de Assistência Social no território brasileiro, exercida em consonância com a Constituição Federal de 1988. Proteção social na definição de NOB/SUAS é o seguinte:

A proteção social da Assistência consiste no conjunto de ações, cuidados, atenções, benefícios e auxílios ofertados pelo SUAS para redução e prevenção do impacto das vicissitudes sociais e naturais ao ciclo da vida, a dignidade da pessoa humana e a família como núcleo básico de sustentação efetiva, biológica relacional.

Essa política de assistência social visa construir um cidadão como um sujeito de direitos e possui como principais objetivos a consolidação da assistência

social como política de Estado, garantidora de direitos; a promoção da gestão da política social de maneira integrada em todo território nacional; a instituição de um novo modelo de organização dos serviços e benefícios socioassistenciais hierarquizados por níveis de complexidade e com base no território.

A assistência social possui dois níveis de proteção social. O primeiro é a proteção social básica com caráter preventivo e o segundo é a inclusão social. Os programas da assistência social se desenvolvem por dois centros de referência: O Centro de Referência de Assistência Social (Cras) que atende preventivamente, e o Centro de Referência Especializada de Assistência Social (Creas) para atendimento de pessoas que se encontrem em situação de risco pessoal e social.

1.3. As políticas de combate à pobreza na sociedade brasileira

As ações mais efetivas de combate à pobreza e às desigualdades sociais no Brasil ocorreram a partir da década de 1990, com o movimento “Ação da Cidadania Contra a Fome, Miséria e a Vida”, liderado pelo sociólogo Betinho.

Ribeiro (2008) afirma que esse movimento deu origem, no ano de 1994, ao Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA) que tinha como prioridades na luta contra a fome e a miséria a geração de emprego e renda, a democratização da terra e o assentamento dos produtos rurais, o combate à desnutrição materno-infantil e a criação de uma Política de Segurança Alimentar e Nutricional para o Brasil.

No ano de 1995, no governo de Fernando Henrique Cardoso, a CONSEA foi desmontada, sendo implantado o Programa Comunidade Solidária, que tinha como objetivo melhorar a qualidade de vida da população marginalizada pelos males da pobreza.

Com o cenário político dos anos 1990 e as crises econômicas, a política neoliberal do governo Fernando Henrique Cardoso ampliou os programas de privatização¹, e a partir do ano de 2000; com o fortalecimento do mercado

¹ Privatização no Brasil é o processo de venda e compra de empresas públicas ou da parcela sob controle do Estado brasileiro em uma empresa de economia mista para investidores e corporações privadas, nacionais ou multinacionais

interno as atenções começaram a se voltar para dentro do Brasil e na tentativa de resgatar os princípios formadores da “Ação da Cidadania contra a Fome, a Miséria e pela Vida”, começaram a implantar novas políticas públicas com a transferência condicionada de renda.

1.4. Transferência de renda e assistência social

As políticas de transferência de renda assumem especial importância desde que, quando da sua formulação e implementação, não se constituam num fim em si mesma, visto que este instrumento pode, de imediato, aliviar os sinais da pobreza, mas não suas causas, que possuem implicações econômicas e sociais mais profundas.

Por isso a promoção do desenvolvimento social deve buscar por demandas políticas de inserção social, tanto no campo econômico quanto no campo social, o que exige Políticas Intersetoriais e uma capacidade do Estado de remodelar seus sistemas e práticas de proteção social (CONH, 2004, p. 08).

As modalidades de Programas de Transferência Condicionada de Renda (PTCR), tem se popularizado nos países em desenvolvimento e se caracterizam pela transferência de quantias em dinheiro para famílias pobres, condicionada ao cumprimento de algumas exigências por parte dos beneficiados.

No Brasil existem dois grandes modelos de programas de transferência de renda:

- a. O Benefício de Prestação Continuada (BPC) que é um benefício não contributivo previsto na Constituição Federal, que auxilia com um salário mínimo mensal os idosos acima de 65 anos de idade e pessoas deficientes e incapacitadas para o trabalho, pertencente à família com renda inferior à $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo mensal. Tendo este como principal objetivo a proteção de pessoas idosas e as pessoas deficientes em razão da vulnerabilidade sofridas por elas, agravadas pela insuficiência de renda, garantindo o sustento e o acesso às demais políticas sociais e outras aquisições.
- b. O Bolsa Família (PBF) que é um programa de transferência direta de renda que atua nas áreas da saúde e educação, se baseia no sistema de condicionalidades, que será objeto do capítulo seguinte.

É um modelo positivo de enfrentamento à pobreza vislumbrado pelos governantes, pois é uma maneira de muito se fazer em prol da sociedade com pequenos gastos, auxiliando assim o país ao avanço social.

2. PROGRAMAS DE TRANSFERÊNCIA DE RENDA NO CONTEXTO ATUAL DOS DIREITOS HUMANOS

Segundo Kunneman (2009), os programas de transferência de renda podem ser considerados instrumentos eficazes de redução da desigualdade de renda.

No contexto dos **Direitos Humanos**, os programas de transferência de renda vêm recebendo novo enfoque. No entanto, muitos programas ainda continuam sendo vistos como caridade e não como programas que contribuem para a concretização das obrigações estatais, pois, como já visto no capítulo anterior, o Estado é o titular da obrigação de oferecer condições dignas de vida a cada pessoa, pautados na Constituição Federal.

Não sendo o Estado detentor de recursos financeiros suficientes para que possa assegurar o mínimo de dignidade a todos os cidadãos de seu país, precisa buscar junto à comunidade internacional, a quem cabe obrigação correlata de prover a ajuda necessária, fazendo valer o disposto no art. 2º, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela 21ª Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, tendo sido promulgada sua adesão pelo Brasil em 24 de abril de 1992.

Assim, o direito a um padrão de vida adequado é incondicional e obriga aqueles que aderiram ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais o seu cumprimento, sob pena de colidir com os Direitos Humanos.

Kunneman (2009, p. 36) verificou que os programas de transferência de renda são usados para incrementar algumas atividades econômicas, contudo, o autor não traz uma estimativa específica, mas existem pessoas que se acomodam à situação, satisfeitas com o simples padrão de vida que lhe é assegurado, não reconhecendo mais a necessidade de buscar a realização de atividades próprias que gerem renda, neste caso, os meios de renda assim concebidos poderiam impedir pessoas de realizar seu direito a uma subsistência por seu próprio trabalho.

Todavia, os Programas de Transferência de Renda à luz dos **Direitos Humanos**, substituem a dependência por uma garantia, uma vez que o padrão de vida básico não depende do sucesso ou fracasso de outras atividades econômicas.

O Brasil, desde 2003 vêm reformando seu sistema social por meio de um PTR (programa de transferência de renda), conhecido por todos que é o Bolsa Família, que se tornou concebível pelas décadas de trabalho de mobilização, de campanhas da sociedade civil, principalmente em relação à fome. Com as medidas adotadas, o governo brasileiro conseguiu implantar alguns direitos fundamentais contemplados na Constituição Federal de 1988: a assistência social, a saúde e a educação.

Neste contexto, muito embora sejam consideradas discriminatórias as condicionalidades, através do exercício de uma prática educativa, pode se formar um indivíduo socialmente mais consciente de seus direitos e deveres. Por isso, ao se colocar em prática as regras de **Direitos Humanos**, que visam garantir a dignidade da pessoa humana, as transferências de renda contribuem para minimizar os estigmas sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que os programas de transferência de renda podem ser considerados instrumentos eficazes de redução da desigualdade de renda e no contexto dos **Direitos Humanos**, estes programas vêm recebendo no Brasil um novo enfoque. No entanto, muitos programas ainda continuam sendo vistos como caridade e não como programas que contribuem para a concretização das obrigações estatais, pois, como já visto no capítulo anterior, o Estado é o titular da obrigação de oferecer condições dignas de vida a cada pessoa, pautados na Constituição Federal.

Não sendo o Estado detentor de recursos financeiros suficientes para que possa assegurar o mínimo de dignidade a todos os cidadãos de seu país, precisa buscar junto à comunidade internacional, a quem cabe obrigação correlata de prover a ajuda necessária, fazendo valer o disposto no artigo 2º, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela 21ª Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, que foi promulgada sua adesão pelo Brasil em 1992.

Alguns autores explanam que os programas de transferência de renda podem ser usados para incrementar algumas atividades econômicas, existindo até mesmo, pessoas que se acomodam à situação, satisfeitas com o simples padrão de vida que lhe é assegurado, não reconhecendo mais a necessidade de buscar a realização de atividades próprias que gerem renda; neste caso, os meios de renda assim concebidos, poderiam impedir pessoas de realizar seu direito a uma subsistência por seu próprio trabalho.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL, Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm>. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm>. Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL, Lei n. 10.836, de 09 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm>. Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL, Decreto n. 7447, de 01 de março de 2011. **Dá nova redação ao art. 19 do Decreto nº 5.209, de 17 de setembro de 2004, que regulamenta a Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004, que cria o Programa Bolsa Família**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20112014/2011/Decreto/D7447.htm>. Acesso em: 4 maio 2015.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. **Bolsa Família**, 2011. Disponível em: <<https://www.mds.gov.br/bolsafamilia>>. Acesso em: 4 maio 2015.

CAIXA, Econômica Federal. **Bolsa Família**. Disponível em: <<https://www.caixa.gov.br/voce/social/transferencia/bolsa-familia/index.asp>>. Acesso em: 4 maio 2015.

CONH, Amelia. **Programas de transferência de renda e a questão social no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2004.

KUNNEMAN, Rolf. **Transferências de renda e meta do desenvolvimento do milênio: uma abordagem de direitos humanos**. Passo Fundo: IFIBE, 2009.

RIBEIRO, Eveline Alves. **Significados de pobreza, assistência social e cidadania**. Fortaleza: UniCeará, 2008.

AS MUTAÇÕES OPERADAS PELA
INTERPRETAÇÃO JUDICIAL E SEUS LIMITES

Marcello Vitor Rocha Cota



INTRODUÇÃO

A terminologia mutação provém da biologia, designa mudanças operadas em seres vivos, de forma discreta e imperceptível. Embora a aludida terminologia tenha uma conotação pejorativa, sendo associada constantemente com deformações e anomalias genéticas, no presente estudo o termo mutação terá outra conotação, que será discorrida logo abaixo.

A mutação constitucional não é um fenômeno novo, pelo contrário, o termo mutação constitucional foi usado pela primeira vez em 1895 na obra de Paul Laband, intitulada “Mutações da Constituição do Reich alemão”. Apesar de o termo mutação constitucional ter sido utilizado pela primeira vez há muito tempo, tem-se notícias de que o Tribunal Constitucional Alemão, em 1953, já aborda acerca do tema em seus julgados (BARATA, 2009, p. 20).

No Brasil, segundo ao que se tem notícia, a mutação constitucional foi utilizada pela primeira vez no ano de 2005, na Rcl 3.801/GO. O tema aludido encontra-se em voga no Brasil e no mundo, não sendo em hipótese alguma assunto superado ou pacificado. Em que pese à longevidade do tema mutação, desde o final do século XIX e início do século XX (na Alemanha), há muito ainda o que ser estudado e desenvolvido no que tange a matéria.

O tema mutação constitucional é pouco estudado, fato que propicia a inexistência de consenso, tanto na doutrina como na jurisprudência, no que tange a questões fundamentais. Neste sentido, podemos ressaltar a existência de diversas nomenclaturas para ilustrar o fenômeno mutação, como mudança informal na doutrina de Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 09–10); transição constitucional ou revisão informal, segundo José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 1228–1230); vicissitude constitucional tácita, no magistério de Jorge Miranda (2007, p. 161–162), dentre outros nomes.

Além de dissenso na nomenclatura, há inúmeras divergências quanto às classificações da mutação. Segundo o chinês Hsu Dau Lin, existem quatro espécies de mutações; Georg Jellinek e Jorge Miranda discorrem acerca de três espécies; Milton Campos e Meirelles Teixeira trazem outras classificações (FERRAZ, 1986, p. 12–13). As divergências não param por aí, sendo fato que existe dissenso quanto ao próprio conceito de mutação, fato que refletirá nos limites da mutação, o que culminará em divergências, também quanto aos limites da mutação, questão estudada à frente.

O aludido fenômeno possui um conceito mais amplo ou mais restrito, segundo determinados expoentes. Alguns, como Paul Laband e Georg Jellinek, descobriram o fenômeno e manifestaram suas perplexidades, e outros, como, Rudolf Smend e até mesmo Hsü-Dau-Lin referiram ao conceito de mutação constitucional de maneira genérica como parte do conceito de Constituição (PEDRA, 2009, p. 128). Segundo doutrinadores, Rudolf Smend, Hermann Heler e também Hsü-Dau-Lin adotavam, de certa maneira, um conceito amplo e genérico de mutação constitucional, entendendo-se como uma situação de discrepância entre a constituição e a realidade constitucional.

A mutação em seu conceito amplo é alvo de críticas, já que esta definição tão ampla não é capaz de estabelecer as diferenças entre o desenvolvimento, a mudança informal e a transgressão e negação da Constituição (URRUTIA, 1998, p. 10 *apud* URRUTIA, 2000, p. 108) e debilita tanto em conjunto quanto pontualmente, o sentido normativo da constituição, em especial porque destrói a função estabilizadora e limitadora (SILVA, 2000, p. 284). Algumas bibliografias mais recentes defendem a mutação constitucional em sentido amplo, como um processo informal de mudança da Constituição, no qual é impossível traçar limites exatos, que ocorre através da atribuição de novos sentidos, conteúdos até então não ressaltados, por meio da interpretação, construção e usos e costumes (BULOS, 1997, p. 27; 41).

E, por sua vez, grande parte da doutrina passou a adotar o conceito restrito de mutação a partir do fortalecimento dos mecanismos de controle de constitucionalidade e com a reafirmação do entendimento de que as Constituições são normas jurídicas (KUBLISCKAS, 2009, p. 76) baseando-se nos ensinamentos de Konrad Hesse e Friedrich Müller. Ambos os autores discorrem acerca das modificações ocorridas no âmbito normativo, dentro da norma constitucional, com consequente alteração da realidade, embora o texto da norma permaneça intacto. No conceito restrito de mutação não há uma dimensão tão ampla e genérica como o sentido amplo, ora definido como a contradição entre a realidade e a norma constitucional, mas aquele sentido encontra-se atrelado a determinados limites.

Em que pese à nomenclatura utilizada pelo lusitano Jorge Miranda, vicissitudes tácitas, o aludido fenômeno modifica o conteúdo da norma sem respectiva alteração no texto constitucional, atinge parte da Constituição e não sua integralidade, e de maneira alguma atinge os princípios definidores de direito que o caracterizam (MIRANDA, 2007, p. 161–163). Os princípios estruturais políticos e jurídicos

da Constituição não podem ser contrariados, embora o fenômeno das mutações altere o sentido de algumas normas em virtude da transformação da realidade constitucional (CANOTILHO, 2003, p. 1229).

No Brasil, a monografia pioneira é de Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986, p. 09–10), esta entende que o fenômeno da mutação consiste na alteração do significado, sentido e do alcance das disposições constitucionais, e não da letra ou do texto expresso. Para que ocorra uma mutação constitucional é necessário a alteração do significado, sentido ou do alcance da norma constitucional, mas em hipótese alguma a mutação pode violar ou contrariar a letra e o espírito da Constituição, sob pena de tornar-se uma mutação inconstitucional. Segundo a autora, a mutação não encontra guarida no Poder Constituinte Originário e nem no Poder Constituinte Derivado, uma vez que aquela não possui a pretensão de estabelecer uma nova Constituição e nem de tampouco alterar o texto constitucional. A função constituinte difusa tem o escopo de completar a constituição, sanar obscuridades e preencher vazios constitucionais, de forma a continuar a obra do poder constituinte originário (FERRAZ, 1986, p. 10–11).

1. A MUTAÇÃO POR INTERPRETAÇÃO JUDICIAL

Apesar das inúmeras classificações quanto às modalidades de mutação, neste trabalho adotaremos a classificação mais recorrente que se subdivide em interpretação constitucional e costume constitucional. O costume constitucional não será objeto do nosso estudo, já que na realidade Brasileira e Portuguesa são raros os casos de mutação por costumes. Assim, restringimos as mutações operadas através da interpretação constitucional judicial, denominada de interpretação evolutiva por parte da doutrina (MIRANDA, 2007, p. 168–170), as quais têm sido corriqueiras, principalmente no Brasil. É fato que as mutações por interpretação constitucional legislativa e administrativa não podem ser desprezadas, mas são de somenos importância para os fins do presente trabalho.

As mutações por interpretação judicial são as mais frequentes, conhecida também como interpretação evolutiva por parte da doutrina, tendo em vista às semelhanças entre ambas e quase nenhuma diferença; talvez a única diferença identificada seja que aquela derive desta última (BARROSO, 2009, p. 129–130). Em que pese este posicionamento, segundo alguns autores, como Luís

Roberto Barroso, a mutação constitucional, via interpretação, é diferente da interpretação evolutiva. Aquela consiste na mudança do sentido da norma, contrariando o entendimento que ora prevalecia, seja em decorrência da mudança da realidade social quanto por uma nova percepção do direito. E, por sua vez, esta última, ocorre quando determinada situação não foi contemplada no momento da feitura da Constituição, por não existir ou diante da impossibilidade do legislador prever aquele acontecimento, mas ambas as situações se enquadram no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional. Além da distinção operada, o autor diferencia a interpretação evolutiva, ora mencionada, da interpretação construtiva, sendo que esta última consiste na ampliação do sentido, extensão ou do alcance da Constituição, como dos seus princípios e valores (BARROSO, 2009, p. 129–130).

Para o objeto do presente estudo, limites das mutações, não serão considerados estas peculiaridades tecida pelo autor Luís Roberto Barroso (2009, p. 129–130) que diferencia mutação constitucional via interpretação, interpretação evolutiva e interpretação construtiva. Assim, diante a semelhança entre mutação constitucional via interpretação e interpretação evolutiva, será adotado a nomenclatura de mutação por interpretação judicial ao longo do trabalho para facilitar didaticamente o estudo.

As mutações por interpretação judicial, termo didático adotado ao longo deste trabalho, consistem na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu texto literal, em razão das mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente do constituinte (KUBLISCKAS, 2009, p. 130). Como estes fatores históricos, políticos e sociais não se encontravam previstos na mente dos constituintes no momento da feitura da constituição, deve o juiz atribuir novos conteúdos, uma vez que a Constituição deve ser aplicada aos casos modernos.

Diante ao fato de que a Constituição deve ser aplicada para o futuro, naqueles casos que vão surgir, não é possível que a Constituição espelhe todos os problemas e dimensões reais, mesmo que a norma seja muito bem-criada pelos seus elaboradores, uma vez que não poderá ter de antemão preparadas respostas explícitas para todos os problemas¹ (QUEIROZ, 2000, p. 109).

1 A evolução tecnológica, por exemplo, proporcionou a edição de diversos livros em cd-room, não utilizando do papel para sua impressão. É típica hipótese de mutação constitucional, operada por via de interpretação, ao considerar como imunes aos impostos os livros editados em cd-room, uma vez que os livros editados em cd-room prestam como papel.

Daí é incontestável o papel ativo do intérprete de renovar o direito, já que por intermédio da mutação constitucional por via de interpretação há a adaptação do conteúdo do texto normativo às necessidades e exigências surgidas após a emanção da lei, congregando as normas interpretadas com o restante das normas jurídicas, inclusive aquelas posteriores ao dispositivo interpretado, bem como atender os destinatários atuais. (BOTELHO, 2011, p. 27).

Por falar em papel ativo do intérprete, surge aqui uma dicotomia entre a interpretação e a construção, bem como o aparecimento de duas correntes antagônicas. Uma delas entende que os signos da interpretação e construção são totalmente distintos; já a outra entende que a construção é uma modalidade de interpretação. Na primeira modalidade, o intérprete se atém ao texto positivado, procurando o sentido da norma constitucional, não desvinculando do texto para buscar outros elementos interpretativos. Já na outra modalidade, o intérprete extrapola os limites prescritos pelo legislador constituinte, buscando recursos através de outras fontes. Esta modalidade intitulada pela nomenclatura de construção constitucional consubstancia o entendimento de que toda autêntica e verdadeira interpretação é uma construção. Assim, o intérprete não pode ater-se exclusivamente ao texto, à sua letra, olvidando dos princípios e valores superiores da justiça e da moral. (BULOS, 1997, p. 143–144).

Entretanto, ressalta-se que a interpretação e a construção não são atividades distintas, mas constituem fases de um mesmo processo, sendo que a construção se encontra contida em um estágio do processo interpretativo (BULOS, 1997, p. 144). Assim, observa-se que a mutação dar-se-á também pela construção constitucional, ou seja, quando o intérprete utiliza-se dos critérios de interpretação tradicionais, mas não se reporta tão somente ao texto constitucional, e justifica sua interpretação a partir dos critérios extrajurídicos incorporados — como princípios e valores — com a finalidade de adaptar o texto constitucional à realidade social ou à exigência do momento no sentido de uma mais perfeita eficiência do regime instituído (KUBLICKAS, 2009, p. 131–132), sem padecer abalos estruturais, como os oriundos de ação revolucionária (BONAVIDES, 1996, p. 471).

Desta feita, a mutação constitucional por interpretação judicial ocorre tanto na interpretação quanto por construção, as quais decorrem a partir da mudança da realidade social ou por uma nova percepção do direito (BOTELHO, 2011, p. 27–28). Apesar da mutação constitucional por via de interpretação refletir em diversas hipóteses, este fenômeno pode ser percebido quando: há um alargamento no sentido do texto constitucional, aumentando a sua abrangência

para alcançar novas realidades; se atribui sentido concreto e determinado ao texto constitucional; há modificação da interpretação anterior com atribuição de novo sentido ao texto legal, diante das mudanças da realidade em face da Constituição; quando ocorre uma adaptação do texto constitucional a uma nova dinâmica social, a qual não era prevista no momento da elaboração da Constituição; quando ocorre uma adaptação da Constituição para atender exigências do momento da aplicação constitucional; quando preenche lacunas da legislação infraconstitucional; dentre outros casos, já que esta enumeração é meramente exemplificativa, e não exaustiva (FERRAZ, 1986, p. 58).

2. OS LIMITES DAS MUTAÇÕES: A ELASTICIDADE QUE O TEXTO CONSTITUCIONAL PERMITIR

O texto é o ponto de partida da atividade interpretativa e este limita de forma inultrapassável a construção do intérprete (SILVA, 2007, p. 174). Ao interpretar um determinado texto é necessário ter como parâmetro o próprio texto, uma vez que o texto fixa os limites para a concretização da norma, ou seja, o conteúdo insculpido na norma constitucional poderá modificar-se somente no interior da delimitação traçada pelo texto (HESSE, 1992, p. 101). Hans Kelsen parte da moldura fixada pelo texto e aduz que toda e qualquer interpretação constitucional deve ser compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma (RAMOS, 2010, p. 168). Konrad Hesse corrobora com a importância do texto constitucional, sendo que, a partir deste, é possível dizer se determinada leitura é compatível ou incompatível com o texto da Constituição (COELHO, 2007, p. 112).

Nesta esteira de raciocínio, o texto da constituição limita a atuação criativa do intérprete, e, este, ao efetuar a interpretação, sempre atribui um sentido ao texto, mas o sentido atribuído não pode, de forma alguma, ser arbitrário — como se o texto e a norma estivessem separados. Assim, é inquestionável a relação de dependência entre o texto e a norma, sendo que a norma é o resultado de uma construção hermenêutica do conteúdo do texto (STRECK, 2006, p. 184–185). Neste sentido, o texto de uma norma não pode ser interpretado sem a observância do direito como um todo, o qual é composto pelas fontes tradicionais do direito e também pelos princípios de justiça e de

equidade. A interpretação deve ser compatível não apenas com o texto, mas com o ordenamento jurídico, que prevê a constituição no ápice das normas.

Além de delimitar os limites da concretização, o texto restringe a extensão da interpretação e direciona a decisão do intérprete (PEDRA, 2009, p. 203–204). O texto aponta a direção que o intérprete deva seguir, e muitas vezes, apresenta mais de um significado, mas nestes significados, apresentados pelo texto, encontram-se uma finitude, portanto, não são infinitos. (PEDRA, 2009, p. 203).

A partir da teoria da concretização da constituição, admite-se que o texto apresenta certa elasticidade, sendo que as mutações devem se circunscrever aos sentidos possíveis do texto. Esta elasticidade do texto é o limite das mutações constitucionais interpretativas via judicial, e não o texto propriamente dito. A elasticidade do texto da Constituição não é a letra do texto, mas a elasticidade que ele permite (PEDRA, 2009, p. 203).

É como as mutações encontram-se intimamente relacionadas com as mudanças na sociedade, esta subsiste dentre os sentidos possíveis do texto que está sendo interpretado. A mutação deve ocorrer dentro das possibilidades semânticas que o texto da constituição permitir, sendo esta não admitida caso vulnere ou confronte com o sentido e a finalidade do texto normativo (PEDRA, 2009, p. 204). Quando determinadas decisões judiciais, a pretexto de concretizar, violam flagrantemente o texto da constituição, ocorre a quebra ou fraude constitucional. (DIAS, 2012, p. 78). Neste sentido, caso pretenda atribuir sentido novo ao texto e este novo sentido não comportar no texto, deve-se recorrer ao procedimento de reforma constitucional (BARROSO, 2009, p. 127–128).

A constituição escrita demarca a linha divisória entre o poder de reforma e as mutações constitucionais, sendo que em hipótese alguma uma mutação pode avançar o terreno da reforma. Como a mutação não altera o texto, mas somente a reforma pode fazer isso, o texto não deve avançar no terreno da reforma, restando imprescindível respeito a este processo, já que a mutação também possui uma finalidade precípua de evitar ou mesmo de diminuir reformas contínuas que, de forma defeituosa, contradizem princípios constitucionais essenciais (BOTELHO, 2011, p. 36).

Nesta esteira de raciocínio, não restam dúvidas de que há uma complementariedade entre a reforma e a mutação, já que a mutação perde muito do seu sentido, mas, inversamente, quando se recorre à reforma, proliferam as mutações constitucionais (BOTELHO, 2011, p. 37). Como a

reforma constitucional e a mutação constitucional se complementam, pode-se afirmar que há também uma concorrência entre ambas, em especial no Brasil. A Constituição Brasileira é alvo de um excessivo número de emendas, o que ocasiona uma mudança da Constituição pela reforma. Além disso, nos últimos anos ocorreram diversas mutações interpretativas via judicial, o que tem gerado certa concorrência entre a mudança formal e a informal. Apesar de haver certa concorrência entre mudança formal e informal no Brasil, é cediço que nas constituições que o processo de reforma é mais facilitado, a mutação perde um pouco o seu sentido.

Lado outro, caso o processo de reforma seja estritamente dificultoso, como o da Constituição norte-americana, o processo de mutação se prolifera. As mutações nos Estados Unidos são constantes, sendo a Constituição Americana alvo de inúmeras reinterpretações da Suprema Corte, frente ao processo extremamente dificultoso de emenda previsto no art. V da aludida, fato que pode ser cabalmente constatado através das 27 emendas em 225 anos de Constituição Americana, já que o aludido diploma é de 1787.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As Constituições são dinâmicas e não estáticas, sofrem alterações ao longo do tempo, frente às transformações da realidade social e, às novas situações que estas trazem. Portanto, estes documentos configuram verdadeiros organismos vivos, já que no momento da sua feitura, da sua criação, o legislador não é capaz de prever a infinidade dos fatos que ensejarão modificações futuras. Diante disso, deve-se conferir elasticidade às normas, propiciando a recepção de fatos novos, permitindo, dessa forma, que a Constituição acompanhe as transformações sociais, políticas e econômicas.

Uma vez que as Constituições não se conservam como um monumento histórico intocável, ao longo do tempo elas são passíveis de alterações por vias distintas, seja por meio do processo de emendas constitucionais (alteração formal) ou do processo de mutação constitucional (alteração informal).

As mutações, diferentemente do processo de reforma, ocorrem de maneira frequente, bem como não se encontram expressamente previstas no texto da Constituição. Este fenômeno possui a finalidade precípua de promover as

mudanças necessárias de forma legítima, sem precisar recorrer aos processos solenes de reforma constitucional. Assim, as mutações são instrumentos que revelam a atribuição de novos sentidos, alcance e significados, sem nenhuma mudança na letra do texto da Constituição, por meio da interpretação na modalidade judicial e da construção, já que o objeto do presente trabalho restringe apenas a estas.

A interpretação e a construção não são atividades distintas, mas ambas são fases de um mesmo processo, sendo que esta última encontra-se inserida no processo de interpretação. A construção possui a finalidade de suprir as deficiências ou imperfeições da Constituição, sendo esta efetuada pelos tribunais com a finalidade de adaptar as Constituições às realidades. Isso propicia mudanças em seu alcance, sentido e significado, sem alteração alguma no seu texto, não carecendo de recorrer aos procedimentos formais de alteração da Constituição.

Desta feita, as mutações constitucionais são um instrumento limitado de alteração do sentido, significado e alcance do texto constitucional, e consequente, de sua norma. Sendo um fenômeno limitado, conforme explicitam alguns autores que traçam diversas demarcações para sua legitimidade, pode-se concluir que as mutações constitucionais têm como limites a elasticidade que o texto permitir.

Assim sendo, a atuação criativa do intérprete, ao efetuar a interpretação, não pode desvincular totalmente do texto, uma vez que a mutação deve ocorrer dentro das possibilidades semânticas que o texto da constituição permitir, circunscrevendo os sentidos possíveis. E caso haja a flagrante violação do texto da Constituição, a pretexto de concretizar direitos, ocorre a quebra ou fraude constitucional, devendo-se recorrer ao procedimento de reforma constitucional, já que a mutação constitucional se revela como insuficiente nesse caso.

Assim, o estudo das mutações constitucionais e seus limites para uma decisão judicial se apresenta como importante ferramenta para a interpretação constitucional, eis que permite a constante atualização de seu texto, seus sentidos e sua aplicação cotidiana, cuja tarefa se impõe a todos os intérpretes da Constituição como um desafio diante das constantes mudanças sociais, políticas e econômicas, devendo-se considerar como limites a essa interpretação inovadora, a elasticidade que o texto permitir e o respeito ao processo formal.

REFERÊNCIAS

BARATA, Rodrigo Sarmiento. **A mutação constitucional e o STF: Sua utilização e algumas perspectivas.** Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público. São Paulo: Sociedade de Direito Público, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOTELHO, Nadja Machado. **Mutação Constitucional — A Constituição viva de 1988.** Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões Intermédias e Mutação na Justiça Constitucional.** Belo Horizonte: Arraes, 2012.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição.** São Paulo: Max Limonad, 1986.

HESSE, Konrad. **Escritos de derecho constitucional.** 2. ed. Trad. Pedro Cruz Villalon. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações Constitucionais.** São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** 6. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, v. 2.

PEDRA, Adriano de Sant'Ana. **Teoria da mutação constitucional**: Limites e possibilidades das mudanças informais da Constituição a partir da teoria da concretização. 331 f. Tese (doutoramento em Direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo: São Paulo, 2009.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial**. Coimbra: Coimbra, 2000.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo constitucionalismo do Estado Democrático (e social) de Direito — Uma crítica à dogmática jurídica Brasileira. In: MIRANDA, Jorge (Org.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 165–184.

URRUTIA, Ana Victória Sánchez. Mutación Constitucional y fuerza normativa de la Constitución. Una aproximación al origen del concepto. **Revista Española de Derecho Constitucional**, ano 20, n. 58, p. 105–135, enero/abr. 2000.



JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS
EM SAÚDE: AS DEMANDAS REFERENTES
AO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS
E TRATAMENTO MÉDICO NO ÂMBITO DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA PARAÍBA

Marília Aguiar Ribeiro do Nascimento

Germana Aguiar Ribeiro do Nascimento

Rafaela Silva



INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, inúmeros direitos e garantias receberam tratamento normativo, a exemplo do direito à saúde. No que tange a este direito, o texto constitucional estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas. Entretanto, a despeito de ser constitucionalmente previsto, o problema de acesso à saúde é muito recorrente no Brasil, haja vista que se trata de questão muito mais política do que jurídica, já que envolve definição de políticas públicas, orçamento, alocação de despesas e discricionariedade dos governos.

Este problema tem ensejado o acionamento do Poder Judiciário com vistas à efetivação do direito à saúde. Assim, a busca da tutela judicial, para obtenção de tratamento de doenças e fornecimento de medicamentos, tem se apresentado como uma constante no cenário do Poder Judiciário Brasileiro.

Neste contexto, o presente estudo tem por escopo observar o panorama das demandas judiciais referentes ao fornecimento de medicamentos e tratamentos de saúde no âmbito do Tribunal de Justiça da Paraíba, observando-se, quais óbices, normalmente, têm sido alegados pelo Poder Público para inibir a atuação do Poder Judiciário em matéria de políticas públicas em saúde.

Para isso, inicialmente, apresenta-se um breve apanhado teórico, com a caracterização do direito à saúde e seu tratamento normativo, além de discussão a respeito da judicialização das políticas públicas em saúde, destacando-se os fundamentos, comumente, utilizados pelo Poder Público de modo a impedir que o Poder Judiciário determine a efetivação do direito à saúde. Em seguida, procede-se a análise de acórdãos do Tribunal de Justiça da Paraíba, envolvendo pedidos de concessão de medicamentos e de realização de tratamentos de saúde pelo cidadão ao Estado da Paraíba e aos municípios paraibanos, por intermédio do Poder Judiciário daquele Estado.

1. DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL À SAÚDE

A análise do direito fundamental à saúde perpassa, necessariamente, por dois eixos. O primeiro deles diz respeito ao conceito de saúde e o conteúdo do direito à saúde, haja vista que a noção de que saúde constitui um direito

fundamental é fruto de uma longa evolução, tanto do conceito de direito à saúde, quanto propriamente do conceito de saúde, os quais passaram por modificações substanciais durante a história da humanidade. O segundo se refere ao seu tratamento jurídico-constitucional, no qual se destaca o Sistema Único de Saúde.

1.1. Conceito de saúde e conteúdo do direito à saúde

Em um primeiro momento, a saúde apresentava um conceito negativo, concebendo-se como a ausência de enfermidades, tendo sido ampliado, ao longo do processo histórico, com o reconhecimento de uma dimensão positiva, na qual estava relacionada à vida com qualidade, cabendo ao Estado e à sociedade o dever de realizar tal direito (SCHWARTZ, 2003, p. 112).

No século XX, com o Estado Social, a saúde passou a ter uma conotação coletiva, exigindo do Estado o dever de prestar serviços essenciais de atividade sanitária para que todos tenham acesso à cura de doenças, estabelecendo-se, a responsabilização do Estado pela saúde.

No período pós-segunda guerra mundial, a Organização Mundial da Saúde (OMS), em sua constituição, dispôs expressamente um conceito de saúde, como sendo um estado de completo bem-estar físico, mental e social, não consistente apenas na ausência de doença ou de enfermidade, garantindo que gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano. Este conceito ensejou uma série de discussões doutrinárias acerca da definição de bem-estar, não havendo um entendimento uniforme a respeito (DWORKIN, 2005, p. 11). Assim, supera-se o conceito negativo de saúde, a qual não é mais considerada como ausência de doenças, mas sim, como um estado de equilíbrio físico, mental e social, voltado sempre para busca de uma melhor qualidade de vida.

O conteúdo do direito fundamental à saúde é composto por uma complexidade e diversidade de ações. Assim, se o artigo 6º, caput, da Constituição Federal conjugado com o artigo 196, caput, preveem que o direito à saúde é um direito social de todos, questiona-se: qual o conteúdo constitucional preciso deste direito? De acordo com Schwartz (2001, p. 43), a saúde apresenta três vieses, quais sejam: um preventivo, um curativo e outro

promocional, voltado para a qualidade de vida, sendo assim um processo sistêmico que tem por escopo a prevenção, a cura de doenças e a melhor qualidade de vida possível, em simultâneo.

Na mesma linha, Rocha (2011, p. 82) afirma que as medidas atinentes à saúde preventiva precisam ser realizadas em progressão pelo poder público, mediante atividades essenciais, com o fito de determinar o diagnóstico precoce de doenças.

Galdino (2001, p. 509), por sua vez, sustenta que o conteúdo do direito à saúde engloba a fruição de um conjunto de facilidades, bens, serviços e condições, necessários para que a pessoa atinja e mantenha o nível mais alto e possível de saúde. Na mesma linha, Novais (2010, p. 168) defende que os direitos sociais apresentam conteúdo em grande medida indeterminado no plano constitucional, mas determinável, no plano infraconstitucional, pelo legislador ordinário, salientando que a generalidade dos direitos fundamentais, incluindo os direitos de liberdade, também apresenta em certa medida um conteúdo constitucional indeterminado.

Partindo de Novais (2010, p. 46), pode-se afirmar que a dimensão objetiva do direito fundamental à saúde se consubstancia, entre outras consequências jurídicas, nos deveres objetivos que resultam para os poderes públicos, quais sejam: os deveres objetivos de respeitar, de proteger e de promover o bem-saúde.

Nesse sentido, como correlativo do direito à saúde, o Estado tem o dever de respeitar o acesso individual de todos ao bem saúde. Por outro lado, o Estado possui o dever de proteger o acesso individual ao bem saúde de eventuais ameaças provindas de outros particulares de entidades públicas ou privadas, nacionais ou externas. Ademais, possui o Estado o dever de promover, de prestar o acesso individual à saúde, traduzido pelo fornecimento direto de serviços e bens materiais ao titular do direito à saúde.

1.2. Tratamento jurídico-constitucional e o Sistema Único de Saúde

Foi apenas a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, a primeira a positivizar o direito à saúde, como um autêntico direito fundamental, conforme elucida Silva (2007, p. 767). Pode-se, inclusive, depreender o direito à saúde a partir do termo “bem-estar”, presente no próprio Preâmbulo da Constituição, o

qual faz referência ao fato de que a Assembleia Nacional Constituinte instituiu um Estado Democrático que tem como uma das missões assegurar o bem-estar da sociedade.

Nos termos do artigo 196 da Constituição Federal, a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Tendo em vista o disposto, pode-se afirmar que o direito social à saúde apresenta fundamentalidade formal e material, à luz da Constituição atual, apresentando clara previsão legal e relevância pública, haja vista ser direito essencial para efetivação da dignidade humana (ROCHA, 2011, p. 59).

No mesmo sentido, Sarlet (2009, p. 75) sustenta que a fundamentalidade formal do direito à saúde decorre de sua superior hierarquia normativa, tratando-se de direito de natureza supralegal, ao passo que a fundamentalidade material encontra-se na relevância da saúde como bem jurídico protegido pela norma constitucional.

No que tange à competência, a Constituição prevê, no seu artigo 23, inciso II, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios possuem competência comum para cuidar da saúde, atribuindo, portanto, responsabilidade solidária aos aludidos entes de prover as condições indispensáveis ao pleno exercício do direito fundamental social à saúde.

De outra banda, os mesmos entes possuem competência concorrente para legislar sobre proteção e defesa da saúde, consoante previsão do artigo 24, inciso XII, da Constituição Federal.

Para o direito social à saúde, a Constituição Federal prevê ainda uma dotação orçamentária específica, devendo estar em consonância com os critérios determinados no seu artigo 198, acrescentando a possibilidade de intervenção federal quando não houver a observância da aplicação do mínimo exigido da receita nas ações e serviços públicos de saúde.

Nesse sentido, vê-se que a Constituição de 1988 alargou de certa forma, tarefas do Estado, englobando fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica, razão pela qual o domínio político passou a sofrer limitações e imposições de ação, por meio do projeto material constitucional vinculativo (PIOVESAN; VIEIRA, 2006, p. 132).

Ademais, o direito à saúde não é passível de ser abolido ou suprimido através de lei ordinária ou emenda constitucional, haja vista que, a cláusula pétreia atinge todos os direitos sociais.

Além disso, é no texto constitucional que se encontra previsto em seu artigo 198, a criação de um Sistema Único de Saúde, no Brasil, voltado para realização de ações e serviços de saúde. Posteriormente, esse sistema passou a apresentar uma significativa e abrangente regulamentação normativa no âmbito infraconstitucional, com destaque para a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que trata acerca da organização e benefícios do SUS, e a Lei nº 8.142, de 28 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a participação democrática no SUS, bem como das transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área de saúde.

2. JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

No âmbito da literatura, é possível vislumbrar diversas definições e modelos sobre políticas públicas, além de maneiras distintas de se analisar seus principais elementos. Como o campo da discussão acerca da judicialização dialoga de forma estreita com o das políticas públicas, faz-se necessário compreender o olhar constitucional sobre esta matéria, bem como a atuação estatal no processo de realização do direito à saúde.

2.1. Políticas públicas e o papel do Estado na efetivação do direito à saúde

De acordo com Souza (2006, p. 30), não existe uma única, nem melhor, definição sobre o que seja política pública.

Pela perspectiva constitucional, o campo das políticas públicas, de acordo com Freire Júnior (2005, p. 47), pode ser sintetizado como sendo o “conjunto ou medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito”, haja vista que, quando a Constituição Federal faz menção a políticas públicas, faz referência aos instrumentos de implementação de programas estatais voltados a concretização dos direitos fundamentais, dentre estes, os direitos sociais.

Se à luz da Constituição Federal, pode-se depreender este entendimento quanto às políticas públicas, pode-se afirmar que o Estado, por intermédio delas, tem papel determinante no processo de efetivação dos direitos sociais, a exemplo do direito à saúde.

A respeito disso, sustenta Novais (2010, p. 54) que os direitos sociais incluem a obrigação do Estado em realizar prestação factual, consistente ou numa subvenção financeira ou em custos financeiros diretos associados à criação e disponibilização de instituições, serviços ou estruturas voltadas para o acesso a bens econômicos, sociais ou culturais. Entretanto, o Estado só está obrigado a realizar a pretensão de uma prestação, se dispuser dos necessários recursos, isto é, a exigibilidade judicial desse direito fica intrinsecamente condicionada ao que o Estado pode fornecer em razão de suas disponibilidades econômicas. É o que se designa, reserva do financeiramente possível.

Com efeito, em uma perspectiva política, o objetivo maior é a realização máxima destes direitos sociais, sendo consideradas boas estratégias todas aquelas que conduzam a máxima efetividade possível.

Constitucionalmente, como observado, o direito à saúde se configura como um direito fundamental social. Assim, observa-se que os programas e ações em saúde são realizadas com vistas a concretizar o direito à saúde, sendo essenciais a comunidade e de participação obrigatória do Estado em sua organização, como prevê a própria Constituição Federal, constituindo-se uma política pública de Estado, haja vista que tem como objetivo “a consolidação institucional da organização política do Estado, a consolidação do Estado Democrático de Direito e a garantia da soberania nacional e da ordem pública” (AITH, 2006, p. 235). A atuação da iniciativa privada, por sua vez, tem apenas caráter suplementar à atividade estatal.

2.2. Controle jurisdicional das políticas públicas de saúde

A Constituição Federal, como exposto, prevê que o direito à saúde é um direito social fundamental, cuja realização sucede por meio de políticas públicas, cuja definição ou detalhamento, quando não previstas constitucionalmente, cabe aos Poderes Executivo e Legislativo, estabelecendo, ainda, quanto e como devem ser gastos os recursos públicos.

Ocorre que, a despeito de o direito à saúde ser esse direito constitucionalmente previsto, é constantemente violado, mormente no que tange ao aspecto prestacional, havendo omissões por parte do Poder Público, o que tem provocado muitos indivíduos a recorrerem ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, a atuação do Poder Judiciário passa a não se limitar a evitar ações abusivas do Estado, mas também realizar o controle efetivo das omissões que venham a atingir o direito fundamental à saúde. Assim, o Poder Judiciário tem atuação positiva no sentido da busca pela efetivação do direito à saúde.

Ocorre que a exigibilidade deste direito fundamental e, portanto, a judicialização do direito à saúde, apresenta diversas objeções, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial.

O primeiro óbice consiste na separação de poderes. Em relação a este princípio, ressaltava Montesquieu, no século XVIII: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos” (MONTESQUIEU, 2005, p. 169). Neste sentido, defende uma tripartição dos Poderes.

A leitura atual da separação de poderes, mormente com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, não permite uma interpretação ortodoxa em que os ramos do Legislativo, Executivo e Judiciário sejam colocados em uma situação estanque, sem interpenetrações ou interferência de um poder na função de outro poder (SOUSA, 1999, p. 35).

Dessa forma, Canotilho (1992, p. 704) ensina que os órgãos de soberania possuem, no exercício das competências que lhe são atribuídas pelos preceitos constitucionais, um campo de reserva primário, ligado à atividade finalística de cada poder, constituindo um núcleo essencial e um campo de reserva secundário.

Diante disso, por ser constitucionalmente previsto, este princípio tem sido levantado como obstáculo para judicialização do direito à saúde, haja vista que quando isso ocorre, o Poder Judiciário interfere de alguma maneira nas políticas públicas de saúde e, pelo que se observou, cabe ao Poder Executivo e ao Legislativo a função ordinária de formular e de implementar políticas públicas que satisfaçam o direito fundamental social à saúde.

Todavia, quando esses poderes políticos se omitem ou são deficientes na consecução das políticas públicas e, portanto, incapazes em garantir o cumprimento adequado dos direitos fundamentais sociais, não há que se impedir uma intervenção do Poder Judiciário, sob a alegação de violação da

separação de poderes, visto que se trata de um direito fundamental, essencial à dignidade humana. Assim, cabe inevitavelmente a atuação do Judiciário “como o terceiro gigante no controle das omissões do poder público” (CUNHA JÚNIOR, 2004, p. 352).

Outro óbice que é apontado corresponde à reserva do possível, teoria concebida na Alemanha. Este argumento pode ser compreendido sob dos aspectos, quais sejam: a reserva do possível jurídica e a reserva do possível fática. A reserva do possível jurídica está associada à ideia de inexistência de autorização orçamentária para realização de determinada despesa. Em contrapartida, a reserva do possível fática está associada à ideia de inexistência de recursos públicos suficientes como justificativa para o não atendimento pelo Estado de determinada prestação social. Entretanto, tal teoria não se sustenta diante do mínimo existencial, isto é, se a prestação material for indispensável à saúde do indivíduo contemplada na esfera deste mínimo, cabe ao Judiciário deferir o pedido, independentemente de questões econômico-financeiras eventualmente alegadas pelo Estado.

3. DISCUSSÃO JURISPRUDENCIAL

A análise da judicialização das políticas públicas em saúde no presente estudo parte do exame de jurisprudências do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba que reflete a forma de atuação do Poder Judiciário no que concerne à matéria em questão. Para isso, descrevem-se os procedimentos metodológicos adotados e se procede a análise de acórdãos do aludido tribunal, envolvendo pedidos de concessão de medicamentos e de realização de tratamentos de saúde pelo cidadão ao Estado da Paraíba e aos municípios paraibanos, por intermédio do Poder Judiciário deste Estado.

3.1. Procedimentos metodológicos

Trata-se de um estudo de caso exploratório de natureza qualitativa que utilizou como procedimento técnico principal a pesquisa documental através de análise de conteúdo. Para Gil (2010, p. 27), “as pesquisas exploratórias têm como propósito proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas

a torná-lo mais explícito”. A escolha de um estudo de caso se justifica pelo caráter empírico que permite a compreensão do fenômeno mais amplo, qual seja, a atuação do Poder Judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde. Assim, a análise empírica abrangeu o estudo de decisões judiciais proferidas pelo Tribunal de Justiça da Paraíba, envolvendo municípios paraibanos ou o próprio Estado da Paraíba.

Trata-se, portanto, de uma pesquisa documental, haja vista que a natureza dos dados é primária e restringe-se aos documentos jurídicos escritos, isto é, aos acórdãos levantados na base de dados do Tribunal de Justiça da Paraíba, proferidos entre janeiro de 2011 e janeiro de 2015. Quanto aos procedimentos de coleta de dados, consultou-se, inicialmente, o sítio eletrônico do Tribunal de Justiça da Paraíba¹, qual seja: <http://www.tjpb.jus.br/>, onde conta um banco de dados relativos aos processos em andamento. No link designado de jurisprudência, foram utilizadas as palavras-chaves “judicialização + direito à saúde”, que resultou na localização de 87 decisões. Ocorre que, apenas 23 destas decisões se tratavam de acórdãos, isto é, decisões do órgão colegiado do Tribunal. Dentre estes 23 acórdãos, por sua vez, somente 14 se referiam ao fornecimento de medicamentos ou de tratamento cirúrgico pelo Poder Público, os quais se tornaram amostra desta pesquisa.

A análise dos acórdãos foi predominantemente qualitativa, utilizando a técnica de análise de conteúdo/discurso proposta por Bardin (1977, p. 51). Sendo assim, partiu-se de quatro itens investigativos, quais sejam: primeiro, identificação do número do acórdão, classe processual e partes envolvidas; segundo, pedido postulado na ação ordinária; terceiro, concessão da antecipação da tutela; e, quarto, reconhecimento da possibilidade de judicialização das políticas públicas em saúde.

3.2. Análise dos acórdãos

Em relação ao primeiro item investigativo, observou-se que 78,57% dos acórdãos pertencem à classe processual definida como agravo de instrumento, recurso interposto contra decisão de primeira instância que concedeu a antecipação de tutela em ações ordinárias. Em relação à identificação das partes nessa classe processual, constatou-se que a totalidade dos agravos foram

1 Site oficial: <http://www.tjpb.jus.br/>

interpostos pelo Estado da Paraíba ou por municípios deste Estado em face de uma pessoa ou do Ministério Público.

Averiguou-se ainda que 14,28% dos acórdãos se referiam a mandado de segurança, cujo pólo ativo era ocupado por uma pessoa e 7,14% a apelação, interposta pelo Estado da Paraíba, irrisignado com a decisão de primeiro grau proferida pelo juízo monocrático.

No que concerne ao segundo item investigativo, percebeu-se que os pedidos formulados nas ações ordinárias se referem 64,28% à concessão de medicamentos, 28,57% à realização de procedimento cirúrgico e 7,14% à concessão de equipamento para tratamento médico.

No acórdão referente ao agravo nº 0000396-61.2012.815.0131, observou-se que, inicialmente, foi proposta Ação civil pública em face do Estado da Paraíba com o objetivo de compeli-lo a fornecer o medicamento prescrito e necessário para o tratamento da saúde do menor em questão por ser portador de epilepsia parcial — CID G40.2 e não possuir condições financeiras para arcar com tais despesas. A magistrada de primeiro grau concedeu a tutela antecipada. Contudo, o Estado da Paraíba interpôs recurso de apelação, aduzindo a sua ilegitimidade passiva “ad causam”, a ausência do medicamento pleiteado no rol de medicamentos excepcionais listados pelo Ministério da Saúde, a violação do princípio da independência e harmonia entre os poderes, da vedação da realização de despesa que exceda o crédito orçamentário anual e o princípio da solidariedade. Na análise, o relator reconhece a responsabilidade solidária da União, dos Estados e dos Municípios no que pertine à proteção e ao desenvolvimento do direito da saúde, com base na Constituição Federal.

Quanto à judicialização, o relator critica o fato de ter o Poder Judiciário que ser convocado para efetivar um direito já consagrado na Carta Política, o qual deveria ser colocado à disposição de toda a sociedade mediante políticas econômicas e sociais. E arremata, ao mencionar que “a discricionariedade do Poder Executivo na formulação e execução das políticas públicas não se mostra absoluta, pois, procedido de forma a comprometer a eficácia dos direitos sociais de segunda geração plasmados no art. 6º da CF, dentre eles, o da saúde, cabe ao Poder Judiciário nelas intervir, de modo que o mínimo existencial seja garantido aos indivíduos”.

O segundo acórdão refere-se ao mandado de segurança nº 2007637-86.2014.815.0000, com pedido de liminar, impetrado pela parte contra ato considerado ilegal praticado pelo Secretário Estadual de Saúde do Estado

da Paraíba, apontado como autoridade coatora. A impetrante arguiu que é portadora de Linfangioleiomatose, CID J84.8, necessitando de um concentrador de oxigênio portátil para uso de oxigênio suplementar 24 (vinte e quatro) horas por dia e que não dispõe de recursos financeiros suficientes para custear a aquisição do medicamento necessário. A liminar foi deferida e o Estado da Paraíba alegou ilegitimidade passiva “ad causam”. O relator rechaçou esta tese, ao mencionar que “o Supremo Tribunal Federal pôs fim no ato dos entes públicos se esquivarem de fornecer medicamentos necessários à sobrevivência de enfermo, ao pronunciar a impossibilidade de se revestir a norma do art. 196 da CF de uma promessa constitucional inconsequente” (PARAÍBA, 2014).

No terceiro acórdão que se refere ao agravo interno nº 001.2010.027.147-5/001, interposto pelo Estado da Paraíba, destaca-se referência à reserva do possível pela relatora, para quem, constitui-se um limite à efetivação dos direitos socioeconômicos, ao condicionar a materialização de direitos prestacionais à existência de recursos financeiros.

No sétimo acórdão analisado, referente ao agravo interno 001.2010.025391-1/001, a Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, por unanimidade, desproveu o recurso. Foi interposto pelo Município de Campina Grande, em desfavor de um menor, devidamente representado por sua genitora, contra decisão monocrática da relatoria que, nos autos de Ação de Obrigação de Fazer, negou seguimento à Remessa Oficial. Insatisfeito com o juízo monocrático proferido, o referido Município requereu a reconsideração da decisão, baseado nos seguintes argumentos: a inconstitucionalidade da judicialização da saúde pública e a violação da separação dos poderes. O relator novamente apresenta os argumentos com o fito de afastar as alegações do aludido Município:

Acerca do tema, é imperioso ressaltar que o direito à saúde, embora não esteja inserido diretamente no art. 52, encontra-se previsto na própria Constituição (arts. 62, 23, II, 24, XII, 196 e 227, todos da CF) e assume, da mesma forma que aqueles, a feição de verdadeiro direito fundamental de segunda geração. Sob este prisma, a saúde carrega em sua essência a necessidade do cidadão em obter uma conduta ativa dos entes da Federação no sentido e preservar-lhe o direito maior que é o direito à vida (PARAÍBA, 2012).

Na oitava decisão relativa ao agravo interno nº 200.2011.039635-1/001, a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba desproveu o recurso interposto pelo Município de João Pessoa contra decisão que negou seguimento ao Agravo de Instrumento manejado por ele. Argumenta o relator que “não

podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa” (PARAÍBA, 2012).

No mesmo sentido, a nona decisão relativa ao agravo interno nº 001.2010.027367-9/001 e o décimo acórdão analisado referente ao agravo interno nº 200.2011.032643-2/001, interposto pelo Município de João Pessoa, contra decisão proferida pela relatoria do Tribunal que negou seguimento ao agravo de instrumento movido em face da pleiteante de realização de procedimento cirúrgico, por estar em confronto com jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. Para o relator José di Lorenzo Serpa, “o Judiciário, ao deferir medida como a discutida nos autos, não está desrespeitando a separação de poderes, mas apenas garantindo ao cidadão o direito à saúde previsto na Constituição Federal” (PARAÍBA, 2012).

Este entendimento também é observado no acórdão referente ao agravo de instrumento nº no. 030.2011.000.332-1/001, interposto pelo Município de Pombal, nos autos do Mandado de Segurança ajuizado pelo Ministério Público do Estado da Paraíba contra o supracitado município. Do mesmo modo, é o entendimento apresentado pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos referentes à apelação cível nº 200.2010.002.124-1/001, ao agravo interno nº 0000790-82.2011.815.0461 e à apelação cível nº 200.2008.042208/002, todos atinentes ao fornecimento de medicamentos.

Diante disso, em relação ao terceiro item investigativo, pode-se constatar que a antecipação de tutela foi concedida em todas as ações ordinárias propostas, com fundamento no receio de dano irreparável e a comprovação, por prescrição médica, da necessidade do medicamento ou procedimento cirúrgico.

Ademais, quanto ao quarto item investigativo, pode-se afirmar que houve nas decisões analisadas amplo reconhecimento da judicialização das políticas públicas em saúde e a consequente contestação da teoria da reserva do possível — tese levantada em 50% dos acórdãos, a violação da separação dos poderes — tese sustentada em 28,57% das decisões, além da questão da ilegitimidade passiva de alguns entes — tese levantada em todos os acórdãos analisados. É o que se verifica na seguinte passagem:

O aparente conflito entre o direito individual do recorrido de receber o tratamento de que necessita e o interesse público de se atender aos cronogramas orçamentários, poderia ser facilmente dirimido pela

Administração Estadual, mediante uma melhor alocação dos recursos públicos para suprir as necessidades emergenciais e, até certo ponto previsíveis, haja vista a inoperância estatal em diversas áreas sociais, dentre elas, a saúde e a educação (PARAÍBA, 2015).

Assim, a despeito de o implemento das políticas públicas depender, obviamente, de dispêndio financeiro, o que, em regra, impede o Poder Judiciário de imiscuir no trato administrativo, sob pena de malferir o Princípio da Separação dos Poderes, “a discricionariedade do Poder Executivo na formulação e execução das políticas públicas não se mostra absoluta, pois, procedido de forma a comprometer a eficácia dos direitos sociais de segunda geração plasmados no art. 6º da CF, dentre eles, o da saúde, cabe ao Poder Judiciário nelas intervir, de modo que o mínimo existencial seja garantido aos indivíduos” (PARAÍBA, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da discussão, observou-se que o direito à saúde é um direito constitucionalmente previsto, caracterizado como fundamental social e que o Estado tem o dever de concretizá-lo, mediante a implementação de políticas públicas.

Ocorre que, na prática, muitas vezes, o cidadão não tem esse direito efetivado. Nesse sentido, sustentou-se a possibilidade e a importância da atuação do Poder Judiciário com vistas a pressionar os demais Poderes a atender as necessidades vitais da sociedade, sem que isso implique na violação do princípio da separação de poderes.

Nesta breve aproximação teórica com o tema, pode-se perceber que há evidências mais positivas do que negativas do processo de expansão do Poder Judiciário, entendimento corroborado pelos acórdãos analisados. Restou evidente, portanto, que tem o Poder Executivo a incumbência de eleger e implementar as políticas públicas em saúde, porém, em caso de deficiência na prestação desse dever, pode o Poder Judiciário fazer valer o direito do cidadão que tem um tratamento médico ou pedido de medicamentos negados pelo Poder Público, desde que comprovada sua necessidade inequívoca, em obediência ao princípio da dignidade humana e ao mínimo existencial.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. Políticas públicas de Estado e de governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas Públicas: reflexões sobre conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 215–240.

BARDIN, Laurance. **Análise de Conteúdo**. Lisboa: Edições 70, 1977.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina. 1992.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

DWORKIN, Ronald. **A virtude Soberana: A Teoria e a Prática da Igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GIALDINO, Rolando. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. **Investigaciones**: Secretaría de Investigación de Derecho Comparado, Buenos Aires, año 5, n. 3, p. 493–537, 2001.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. **Do espírito das leis**. Tradução de Cristina Murachco. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2010.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **Acórdão nº 200.2011.032643-2/001**. Relator: Des. José Di Lorenzo Serpa. Sessão de 19/1/2012. Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia.tjpb.jus.br/00/02/O9/000002O9D.PDF>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **Acórdão nº 001.2010.027367-9/001**. Relator: Des. José Di Lorenzo Serpa. Sessão de 23/2/2012. Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia.tjpb.jus.br/00/02/O7/000002O7O.PDF>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **Acórdão nº 200.2011.039635-1 / 001**. Relator: Des. José Di Lorenzo Serpa. Sessão de 23/2/2012. Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia.tjpb.jus.br/00/02/O7/000002O75.PDF>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **Acórdão nº 001.2010.025391-1/001**. Relator: Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho. Sessão de 06/3/2012. Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia.tjpb.jus.br/00/02/O5/000002O5A.PDF>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **Acórdão nº 001.2010.027.147-5/001**. Relatora: Desa. Maria Das Graças Morais Guedes. Sessão de 8/2/2013. Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia.tjpb.jus.br/00/03/3P/0000033PR.PDF>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **Acórdão nº 2007637-86.2014.815.0000**. Relator: Dr. Aluizio Bezerra Filho. Sessão de 26/11/2014. Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2014/12/3/0d2cd74d-bcb3-4f82-b8dc-af62da51d17e.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

PARAÍBA. Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba. **Acórdão nº 0000396-61.2012.815.0131**. Relator: Des. Abraham Lincoln da Cunha Ramos. Sessão de 27/1/2015. Disponível em: <<http://tjpb-jurisprudencia-dje.tjpb.jus.br/dje/2015/2/2/04b742f0-81fa-4ec1-bbe2-6965b2993d51.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Revista Iberoamericana de Filosofia, Política e Humanidades**, n. 15, p. 128–146, abr. 2006.

ROCHA, Eduardo Braga. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil**. São Paulo: Tribo, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUSA, Leomar Barros Amorim. **A produção normativa do Poder Executivo (medidas provisórias, leis delegadas e regulamentos)**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 8, p. 20–45, jul. 2006.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. **Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Gestão compartilhada sanitária no Brasil: possibilidade de efetivação do direito à saúde. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **A saúde sob os cuidados do direito**. Passo Fundo: Universidade de Passo Fundo, 2003. p. 123–161.

MODELO JURÍDICO ESTATAL, MERCADO
E A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE
DO SUJEITO CONSTITUCIONAL
FRENTE À PLURALIDADE SOCIAL

Ruan Didier Bruzaca



INTRODUÇÃO

As sociedades contemporâneas, não raro, são caracterizadas por uma diversidade de sujeitos e de identidades, resultando num desafio ao direito: incorporar a diversidade e evitar arbitrariedades ao excluí-las. Exemplificando, no Brasil podemos observar a presença de povos indígenas e comunidades tradicionais específicos (quilombola, povos de terreiro, quebradeiras de coco babaçu, pescadores, ribeirinhos), decorrente da grande miscigenação e variação de populações existentes no país.

Quando a Constituição de certo país trata dos sujeitos que possuem direitos, o traz de forma geral e abstrata, o que pode ocasionar certa simplificação e esquecimento da referida diversidade. Na Constituição da República Federativa do Brasil, por exemplo, observa-se em seu preâmbulo menção ao “povo brasileiro” (BRASIL, 1988), mas existem dificuldades em saber como este se caracteriza, devido às diferenças étnicas e culturais.

Com isso, importa estudar de que maneira o modelo jurídico pode influenciar na construção da identidade desse sujeito constitucional. Neste compasso, especificamente, a análise do modelo jurídico estatal, característico das sociedades ocidentais, mostra-se salutar na medida em que pode acarretar em uma construção de forma unilateral e arbitrária dos sujeitos e seus direitos — resultando numa posterior insuficiência do modelo.

A problemática aqui elucidada diz respeito à indagação da capacidade do modelo jurídico estatal vigente em incorporar as diversidades étnicas e culturais existentes na sociedade. Como hipótese, entende-se que o modelo, ao representar um monismo do Estado na produção, interpretação e aplicação do direito, pode resultar na exclusão da diversidade, principalmente quando relacionado com a primazia do mercado na determinação de direitos.

O objetivo geral do presente estudo é compreender as implicações do modelo jurídico na construção da identidade do sujeito constitucional. Especificamente, pretende-se analisar a identidade do sujeito constitucional no modelo jurídico estatal vigente, a primazia do princípio do mercado e as implicações no modelo jurídico estatal vigente na definição do sujeito constitucional, e, por fim, a crise do modelo jurídico dominante adiante da insuficiência frente à pluralidade de sujeitos.

Para tal, quanto à metodologia, utilizou-se o método hipotético dedutivo, visando falsear ou corroborar a exclusão decorrente do modelo jurídico estatal.

No tocante aos objetivos, a pesquisa possui objetivos descritivos e explicativos e, quanto ao procedimento, valeu-se de pesquisa bibliográfica. Ademais, o presente artigo científico revisa e amplia fundamentos e bases de pesquisa iniciada no ano de 2011¹ envolvendo as insuficiências do modelo jurídico frente a conflitos socioambientais envolvendo grupos étnicos e sociais historicamente excluídos.

1. A IDENTIDADE DO SUJEITO CONSTITUCIONAL NO MODELO JURÍDICO ESTATAL VIGENTE

A análise dos modelos jurídicos possibilita notar de que forma se consolida a identidade do sujeito constitucional. Neste sentido, tendo em vista a cultura jurídica estatal dominante, busca-se destacar a sua construção, as suas características e os seus aspectos essenciais, que possibilitam observar especificamente a problemática que envolve o Direito, a eficácia de seus instrumentos e a compatibilidade com as diversidades culturais.

Segundo Rosenfeld (2003, p. 12), a identidade do sujeito constitucional é tão problemática quanto são difíceis de se estabelecer fundamentos incontroversos para os regimes constitucionais contemporâneos, sendo ambígua a ideia de *constitucional subject*: pode tanto referir-se: (a) àqueles que se sujeitam à constituição, (b) aos elaboradores da constituição, ou (c) à matéria que é objeto da constituição (*subject matter*). Assim, conclui que mesmo sendo claro “quem” ou “o que” é, o conceito de identidade constitucional continuaria de difícil definição.

Apesar da indefinição conceitual, pode-se destacar que existe a construção da identidade do sujeito constitucional no Direito e o modelo jurídico correspondente pode influenciar, conforme será destacado, em arbitrariedades. Em outras palavras, ao se deparar com a produção, aplicação e interpretação do direito exclusivamente pelo Estado, percebe-se que os sujeitos constitucionais vão ser definidos por este.

A origem do modelo jurídico discutido possui relação com os fundamentos do pensamento moderno, pois é a organização política do Estado absolutista

¹ A referida pesquisa resultou ao fim na monografia intitulada “A duplicação da Estrada de Ferro Carajás e seus impactos socioambientais: uma análise do modelo jurídico dominante e as vias para um novo modelo jurídico” (BRUZACA, 2011).

que, tendo sua base no mercantilismo, evolui para propagar as leis de mercado e o liberalismo econômico (WOLKMER, 2001, p. 43). Neste sentido, é no poder estatal que se observa um fenômeno jurídico de organização e regulação, caracterizado pela sua normatividade e, colocado sob o signo do humanismo jurídico, encarna princípios indispensáveis ao direito político moderno (GOYARD-FABRE, 1999, p. 57).

Analisando inicialmente o pensamento moderno com Maquiavel, observa-se que a normatividade exprime o modo em que o Estado, na busca de se expandir, adota novas leis para atender às dificuldades de cada situação, capazes de organizar o poder e de se impor a todos os cidadãos, sobrepujando os usos e costumes existentes (GOYARD-FABRE, 1999, p. 63). Nesta conjuntura, observa-se a subsunção do povo a uma organização jurídica estatal que intenta manter o poder, ou seja, organiza-se e centraliza-se para evitar o perecimento e possibilita a conquista de novos espaços e o comando sobre os indivíduos.

No entanto, existem dúvidas sobre a capacidade destas regras abarcarem as necessidades e as diversidades sociais, importantes para o reconhecimento dos sujeitos. Aqui, atribui-se a um único ente a capacidade de lidar com as complexidades, com as necessidades e com a realidade que envolve determinada nação.

Outra vertente importante para compreender as bases do pensamento jurídico moderno é a de Hobbes, que enxerga o poder como uma figura de arte racional, conduzindo ao pensamento de que o Estado tem o monopólio da criação do Direito (GOYARD-FABRE, 1999, p. 73–74). Assim, a lei estatal é legítima e capaz de se impor e produzir efeitos na sociedade — advém da racionalidade, possibilitando uma ordem jurídica lógica e formal. Configura-se um pacto social, atribuindo-se a qualquer homem ou assembleia de homens o direito de representar os demais, autorizando seus atos e decisões como se fossem deles (HOBBS, 2003, p. 148–149).

Em busca da paz social, sua condição principal é o desejo da sociedade de instituir um princípio soberano e onipotente, consentido com a obediência das leis civis e às decisões do poder soberano (CHATELÊT; DUHAMEL; PISIER-KOUCHNER, 1985, p. 53). É o Estado, representado em uma figura alegórica de autoridade, que se destaca como fundamentador do Direito. Com isso, configura-se a detenção do poder soberano por uma só pessoa, que é

capaz de usar dos meios necessários para assegurar a paz e a defesa comum (WOLKMER, 2001, p. 42).

Assim, configura-se uma centralização, característica presente no direito político moderno: com o intuito de garantir uma organização social, recorre-se a uma ordem jurídica cujo monopólio pertence ao Estado. Segundo Wolkmer (2001, p. 49), trata-se da principal característica do primeiro ciclo do monismo jurídico, que resulta da associação do Estado absolutista, do capitalismo mercantil, do fortalecimento da aristocracia, do declínio da igreja e do corporativismo medieval.

Por conseguinte, relacionado com as características do modelo jurídico, é necessário enfatizar o constitucionalismo moderno — cujas consequências para a consolidação das identidades dos sujeitos constitucionais são relevantes. Goyard-Fabre (1999, p. 105) destaca que com o constitucionalismo moderno, a Constituição mostra-se como a origem da normatividade estatal, compatibilizada com a potência estatal e com a hierarquia das normas. Desta forma, o resultado é a determinação de direitos pelo monopólio estatal, capazes de organizar o poder exercido sobre a sociedade — novamente aporte do direito político moderno.

Observa-se que não existe direito se não existe poder, sendo que é este o controlador da força bruta e o criador da Constituição — conotando o conceito de soberania (GOYARD-FABRE, 1999, p. 115). Reforça-se o monopólio da criação das leis e a relação de subordinação da sociedade às imposições do poder soberano, resultando disto uma ordem jurídica que se impõe aos indivíduos, tendo como única fonte legítima o poder estatal.

Tais características circunscrevem-se, segundo Wolkmer (2001, p. 51), no segundo ciclo do monismo, que advém da Revolução Francesa e vai até o fim das principais codificações do século XIX, reorganizado pelas condições do capitalismo concorrencial, da produção industrial, da ascensão burguesa e do liberalismo econômico.

Não obstante, após a Revolução Francesa, a burguesia cria uma moderna instituição centralizadora e implementa normas abstratas, genéricas e sistematizadas, visando construir um Direito nacional unificado (WOLKMER, 2001, p. 52). Desta forma, apropria-se das características anteriormente citadas, ou seja, do monopólio da produção das leis pelo Estado, de uma ordem jurídica

dotada de lógica, formalismo e hierarquia, que é obedecida por toda a sociedade, para fazer valer seus interesses.

Aqui, importa notar que se consolida um sujeito que destoa de uma sociedade com pluralidades étnicas e sociais, como a brasileira. Analisando o momento pós-revolução francesa, Aguiar (1994, p. 55) destaca a consolidação de um ser humano napoleônico: um homem útil e disciplinado para a produção industrial, ou seja, um sujeito de direito abstrato e individualista — que observa nas leis, doutrinas e jurisprudências brasileiras.

Neste sentido, destaca-se:

Para nós da área jurídica impõe-se a urgente revisão de nossos conceitos e condutas, a fim de que retornemos ao mundo não mais como instrumentos secundários de reprodução, mas como sujeitos da história contemporânea. Para tanto, é preciso reconhecer que o direito não se faz mais em torno de sujeitos individuais e abstratos, mas é engendrado pelos coletivos grupos, movimentos e organizações. É preciso abandonar a visão monista, que acredita só existir um direito Estatal, esquecendo-se dos direitos que se vão constituindo pelos conflitos e avanços dos excluídos da nossa sociedade (AGUIAR, 1994, p. 77–78).

Do projeto que mescla a fase monopolista da produção capitalista e o crescente intervencionismo sócio-econômico caminha-se para um terceiro ciclo, identificado com uma legalidade dogmática com rígidas pretensões de cientificidade (WOLKMER, 2001, p. 56). Tal fase caracteriza-se pela legalidade e a rigidez, relacionando-se à estatalidade, à unicidade, à positivação e à racionalidade (WOLKMER, 2001, p. 65).

Não obstante, tendo em vista as complexidades das demandas sociais e dos sujeitos envolvidos, que serão analisados no último tópico do presente artigo, tal modelo mostra-se insuficiente, pois adota uma forma de pensamento e de ver o mundo de forma universal, central e abstrata, podendo resultar na incompreensão das complexidades sociais e ilegitimidade no delineamento dos sujeitos constitucionais. Ademais, na medida em que se relaciona com o modelo econômico, aprofunda tal incompreensão, tal qual será detalhado no tópico seguinte.

2. A PRIMAZIA DO PRINCÍPIO DO MERCADO E AS IMPLICAÇÕES NO MODELO JURÍDICO ESTATAL VIGENTE NA DEFINIÇÃO DO SUJEITO CONSTITUCIONAL

Após delinear algumas ideias que consolidaram o modelo jurídico estatal vigente, pretende-se agora destacar a sua relação com o modelo econômico existente — o que se faz determinante para distanciar o sujeito construído pelo Estado das diversidades sociais, resultado do predomínio de uma visão dominante. Neste compasso, serão observados dois aspectos: a supremacia do mercado enquanto princípio organizador da sociedade e a preponderância de uma ética calcada na economia.

Os princípios são o do Estado, do mercado e da comunidade, cuja relação não é constante, modificando-se de acordo com a época. Em um primeiro momento, houve o desenvolvimento do estatismo e do cientificismo do Direito, que representam a preponderância dos princípios do mercado e do Estado em detrimento da comunidade (SOUSA SANTOS, 2009, p. 145) — retorna-se ao primeiro ciclo do monismo, no qual o Estado é o único produtor legítimo do Direito, que provém da razão humana, sendo assim científico.

Num segundo momento, a participação do Estado nos processos econômicos e sociais fez o direito abstrato, formal e universal recuar perante o direito contextualizado, particularista e circunstancial, e, como efeito, as regras abstratas sucumbiram à discricionariedade dos órgãos, que as manipulavam como achavam adequadas, com uma predominante atividade negociada no campo econômico (SOUSA SANTOS, 2009, p. 152). Paulatinamente, o princípio do Estado começa a perder espaço e o Direito, enquanto produto estatal, passa a ser incapaz de resolver problemas sociais que ultrapassam a linha dos conflitos individuais.

No último momento, o princípio do mercado sobrepõe-se aos demais princípios de forma mais forte. A regulação estatal do mercado nacional diminui na medida em que se observa o crescimento dos mercados mundiais, dos sistemas mundiais de produção e de agentes econômicos transnacionais (SOUSA SANTOS, 2009, p. 154). Aqui, a mitigação do princípio do Estado é representada pela intervenção constante dos agentes econômicos na regulação do mercado, com a imposição de seus valores e interesses.

Analisando por meio de uma visão marxista, o capitalismo cria condições para que uma nova classe social monopolize os meios de produção, o que edifica a sociedade e seus direitos, bem como consubstancia sua participação nas formas de organização do poder (WOLKMER, 2001, p. 34). Como o Direito legitimado é aquele proveniente da atividade estatal e o Estado passa a perder espaço em face de determinados agentes atuantes no mercado, as disposições legais e a aplicação das mesmas, rodeadas pelos critérios de tais agentes, consolidam o modelo jurídico-econômico em tela.

Desta forma, a análise de tais princípios possibilita observar a primazia do princípio do mercado, consubstanciada pela intervenção dos agentes econômicos ou de grupos dominantes no espaço de regulação social, sendo o Direito estatal, enquanto instrumento de regulação social, também influenciado por tal intervenção.

Neste aspecto e partindo de uma visão sistêmica, Faria (2002, p. 35) destaca:

Na medida em que a interpenetração das estruturas empresariais, a interconexão dos sistemas financeiros e a formação de grandes blocos comerciais regionais se convertem em efetivos centros de poder, [...] o sistema político deixa de ser o “locus” natural de organização da sociedade por ela própria. Em vez de uma ordem soberanamente produzida, o que se passa a ter é uma ordem crescentemente recebida dos agentes econômicos.

Assim, reforça-se um cenário no qual os agentes econômicos passam a ocupar papel de grande importância na ordem social, o que influencia sobremaneira em sua estrutura. Trata-se de uma ordem determinada por vários atores empresariais, com distintos graus de influência e poder, preocupados com matérias específicas, que transcendem os limites e controles estatais, substituindo a política pelo mercado — este visto como instância máxima da regulação social (FARIA, 2002, p. 35). Consiste em um acúmulo de normas particulares que são conduzidas por atores privados e que desconsideram ou suplantam o interesse social (SANTOS, 2000, p. 36).

Esta desconsideração será o principal resultado que se busca extrair da ordem jurídico-econômica analisada, pois se relaciona intrinsecamente com a exclusão de sujeitos e ineficiência frente a demandas sociais. Neste sentido, é necessário analisar a crise do modelo jurídico vigente e, de forma específica, sua

insuficiência em solucionar os problemas ao tornar abstrato um sujeito que não corresponde às identidades envolvendo os diversos sujeitos e etnias.

3. CRISE DO MODELO JURÍDICO DOMINANTE: INSUFICIÊNCIA FRENTE À PLURALIDADE DE SUJEITOS

A primazia do princípio do mercado propiciou que certos fatores e agentes influenciassem na construção do modelo jurídico vigente e, conseqüentemente, na consolidação de sujeitos e direitos. Disto resulta a consolidação de um sujeito homogêneo — determinado pelo monismo estatal e pela primazia do mercado, pondo em dúvida a eficácia do direito frente à desconsideração da diversidade social, étnica e cultural que porventura exista na sociedade.

Neste debate, importa que, segundo Rosenfeld (2003, *passant*), a identidade constitucional tanto pode ser alterada pelo tempo quanto relacionada com outras identidades (nacionais, étnicas e culturais) e, para estabelecê-la, é necessário entrelaçar o passado dos constituintes, o presente e as futuras gerações. Não obstante, é possível que o modelo jurídico, ao consolidar-se, exclua as diversidades em razão de uma universalização totalizante, conforme será abordado.

Carvalho Netto (2003, p. 8), ao descrever o pensamento sobre a identidade do sujeito constitucional de Rosenfeld, entende que este traz elementos centrais para pensar o problema da efetividade dos direitos fundamentais em nosso país, pois ressalta a necessidade de reapropriação crítica da história constitucional de um povo para a contextualização concretizante do Direito Constitucional desse mesmo povo.

Esta reapropriação crítica da história pode ser relacionada com o pensamento de Mialle (2005, p. 63), ao entender que o direito, dotado por universalismo a-histórico, sapara-se do contexto geográfico e histórico, resultando em “noções universalmente válidas (universalismo), sem intervenção de uma história verdadeira”. Entretanto, ao recair no modelo jurídico estatal dominante, observa-se uma situação de arbitrariedade, na qual há a primazia da construção de um sujeito alinhado às pretensões universais do Estado.

Para Rosenfeld (2003, p. 18), a auto-identidade constitucional (*constitucional self-identity*) só é construída por um exercício imaginário que envolve a

compreensão de todas as épocas e todas as variáveis interpretativas possíveis, em uma narrativa coerente e confiável. Ademais, entende que só poderá ser construída por um sujeito que a constrói a partir de fragmentos díspares que precisam ser projetados no presente e no futuro — para que essa construção não seja arbitrária, deverá se submeter à reconstrução.

Todavia, a identidade dos sujeitos no direito é determinada e não resulta dessa reconstrução, mas de uma imposição decorrente do monismo exercido pelo Estado. Em relação à correspondência com o princípio do mercado, observa-se arbitrariedades na medida em que se verifica no direito estatal a exclusão de diferentes identidades, ou seja, daquelas que destoam de um sujeito liberal-individual-burguês — observado no pós-revolução francesa.

Esta questão está relacionada com a crise do modelo, ao não incorporar as diversidades e, com isso, mostrar-se insuficiente frente a determinados conflitos jurídicos. Segundo Wolkmer (2001, p. 58–59), o modelo jurídico vigente em crise (que corresponde ao quarto ciclo do monismo), adveio da necessidade de reordenar e globalizar o capital monopolista, bem como da incapacidade de o Estado responder as demandas e a complexidade cultural e material inerentes à sociedade de massas. Ademais, embora a dogmática jurídica estatal tenha se envolvido de cientificidade, certeza, competência e segurança, acabou perdendo funcionalidade e sua eficácia.

A partir de crises sociais se desenvolvem as contradições existentes no sistema, possibilitando observar a insuficiência de sua estrutura e a necessidade de um novo pensamento que supere tal esgotamento (LYRA FILHO, 2003, p. 21). Em relação ao Direito, um novo pensamento, pautado na reconstrução democrática das identidades dos sujeitos, torna-se necessário na medida em que seus institutos e suas regras mostram-se ineficazes no que diz respeito aos problemas observados na sociedade — esta é a crise do modelo jurídico.

A exaustão é observada na medida em que seus conceitos e categorias são esvaziados e problematizados, acarretando na carência de seus códigos, modelos analíticos e esquemas cognitivos (FARIA, 2002, p. 39). O modelo jurídico vigente, enraizado no estatismo, no tecnicismo e na racionalidade, mostra-se cada vez mais impróprio para resolver os conflitos coletivos.

O estudo da dogmática jurídica, por exemplo, consistiria em aprender as últimas contribuições técnicas baseadas em uma atomização social unificada por uma ordem jurídico-formal — obtida por uma técnica singular, impessoal e neutra — que constrói o Direito e fixa critérios axiomáticos (FARIA, 2002, p.

43). Neste compasso, tal dogmática é objeto da crise, pois as suas regras além de não resolverem os problemas existentes, não conseguem nortear a convivência em sociedade (WOLKMER, 2001, p. 75).

Indica-se nesta crise uma ordem que não apenas disciplina e regulamenta as forças nas relações, mas monopoliza a produção legislativa, agora posta em cheque — aqui, a reflexão jurídica dos profissionais torna-se incapaz de interpretar fatos inéditos (FARIA, 2002, p. 46). O esgotamento do modelo jurídico reflete então a incapacidade em resolver e lidar com os problemas que se instauram na sociedade hodierna, que advém da desconsideração das necessidades sociais e defesa de seus interesses.

Neste cenário de insuficiência do modelo, existem grupos sociais portadores de identidade cultural e ética que, segundo Shiraishi Neto (2005, p. 1), sempre tiveram seus direitos negados pelo Estado. Esta afirmação é consubstanciada no modelo jurídico dominante, sendo necessária a sua revisão com o intuito de superar a legalidade e a dogmática que desconsideram o pluralismo presente na sociedade e que cultuam o monismo e a supremacia estatal na produção de normas.

A respeito de integridade das diversidades, Bruzaca e Sousa (2013, p. 273) destacam:

Países que portam grandes diversidades culturais e étnicas, como o Brasil, com existência de povos remanescentes de quilombos, quebradeiras de coco babaçu, indígenas, ribeirinhas, faxinalenses etc, representam a possibilidade de integrar sustentabilidade, desenvolvimento e direito, na medida em que afloram a complexidade das relações sociais. Não obstante, esta integração, com a devida revisão dos termos, está longe de ser concretizada, pois as políticas desenvolvimentistas reiteradamente referenciam a primazia do crescimento econômico, utilizando-se do amparo jurídico e da apropriação da sustentabilidade com fins de legitimação.

Por outro lado, atribuindo-se importância aos grupos sociais na construção, interpretação e aplicação do Direito, é possível superar as consequências do modelo jurídico e econômico dominante na construção da cultura jurídica. Seria a construção de um pensamento crítico, instituído pela derrocada do falso e ilegítimo formalismo legalista da modernidade em razão da denúncia e da luta dos oprimidos, propícia à filosofia jurídica da alteridade (WOLKMER, 2008, p. 209).

Neste aspecto, afirma-se que a cultura dos movimentos sociais pode influenciar, com sua identidade, autonomia, participação democrática de base, dentre outros “valores”, na construção de novos conceitos à Lei, ao Direito e à Justiça (WOLKMER, 2001, p. 336). Assim, busca-se interligar as verdadeiras necessidades sociais e a construção do Direito — não sendo esse, então, produto unilateral do Estado.

Do contrário, observa-se a incompatibilidade entre as situações vividas pelos grupos sociais de identidade coletiva e étnica — organizados em movimentos sociais — e o paradigma jurídico atual (SHIRAISHI NETO, 2005, p. 2). Parte de tais grupos se configura como movimentos sociais que, nos países periféricos, como o Brasil, surge como expressão das demandas sociais das contradições geradas pelo desenvolvimento de nossa sociedade capitalista (WOLKMER, 2001, p. 115).

Não se aprofundando na teoria dos movimentos sociais, deve-se, pelo menos, observar a diferenciação entre os novos movimentos sociais e daqueles tidos como tradicionais². Tal diferenciação é justificada pela visualização das novas lutas propostas pelos novos movimentos sociais, representando maior diversidade de demandas e consolidando a ideia de pluralismo social.

Os novos movimentos sociais remetem à ideia de novos sujeitos coletivos³, que referenciam os protagonistas das novas contestações no espaço público,

2 Sobre os novos movimentos sociais, Wolkmer (2001, p. 122) destaca que “[...] devem ser entendidos como sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com certo grau de ‘institucionalização’, imbuídos de princípios valorativos comuns e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais”. Para Sousa Santos (2010, p. 256) esses novos movimentos surgem em razão da difusão social da produção contribuiu para desocultar novas formas de opressão e que o isolamento político do movimento operário facilitou a emergência de novos sujeitos sociais e de novas práticas de mobilização social”.

3 É necessário destacar que no paradigma moderno o Direito foi construído sob a noção de um sujeito de direito, tendo como referência a pessoa humana, polarizada na estrutura abstrata da relação jurídica (SOUSA SANTOS, 2010, p. 273). Neste compasso, não se trata mais de um sujeito de direito abstrato, que se solidificou no modelo moderno, mas sim de novos sujeitos, capazes de incorporar as dinâmicas sociais na determinação de novos direitos. Nesse sentido, reitera-se, segundo Wolkmer, (2001, p. 90–91), que é necessário uma delimitação, priorizando de forma específica demandas por novos direitos que desencadeiam vários conflitos coletivos, sendo que as necessidades humanas fundamentais implicam falta, ausência ou privação, tanto de bens materiais e não-materiais da produção humana em sociedade (objetivo) e de valores, interesses, desejos, sentimentos e formas de vida (subjetivo). Assim, destaca que se criam necessidades que não são capazes de serem satisfeitas e é a sua não realização que resulta em contradições, conflitos e lutas, impondo-se reivindicações de vontades coletivas em defesa de direitos adquiridos e pela criação de novos direitos — é o que se destacou na importância dos grupos sociais.

marcadas pela luta de direitos, vinculadas à defesa da dignidade e da identidade, acoplando temas de conteúdo pessoal e moral, não mais reivindicações econômicas da classe trabalhadora — movimentos da sociedade industrial —, preocupados com a autogestão e com a democracia interna (SOUSA JUNIOR, 2008, p. 273).

Assim, é por meio da ação emancipatória de alguns grupos sociais — compostos por novos sujeitos e novos movimentos sociais — que se permite observar um espaço pluralista, descentralizado e participativo, capaz de construir uma cultura político-jurídica insurgente, marcada pela diferença, pelas limitações do Direito estatal e expansão do Direito Comunitário não-estatal (WOLKMER, 2001, p. 107–108).

Seria necessário superar a hegemonia sustentada pelo modelo de organização e regulação social, necessitando-se redefinir as funções do Estado e o sistema de regulação que contempla as necessidades dos novos sujeitos sociais (WOLKMER, 2008, p. 184–185). Assim, no que tange a tais movimentos sociais, observam-se as mobilizações e organizações populares e as suas características, capazes de instaurar “práticas políticas novas em condições de abrir espaços sociais inéditos e de revelar novos atores na cena política capazes de criar direitos” (SOUSA JUNIOR, 2008, p. 270).

Assim sendo, a ideia de crise também é produto da interdependência existente entre o modelo jurídico e o modelo econômico. A influência direta dos atores econômicos e a desconsideração das necessidades sociais, aliando-se à exclusividade do Direito formulado pelo Estado, tornam o modelo jurídico cada vez mais insuficiente. Pensar e repensar a construção da identidade dos sujeitos constitucionais é de extrema relevância para garantir a efetividade dos direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme observado, o modelo jurídico consiste na forma em que é construído e reconhecido o direito. Em relação ao modelo característico das sociedades ocidentais, existe uma supremacia do Estado, cujo poder é conferido pela Constituição. Assim, outorga-se a um único ente a capacidade

e a legitimidade para conferir aos indivíduos garantias e, conseqüentemente, reconhecer suas identidades.

Não obstante, tal modelo pode resultar em arbitrariedades, visto que existe a possibilidade de a identidade do sujeito constitucional construída de forma unilateral desconsiderar determinados indivíduos. Apesar da construção da identidade ser um repensar constante, a determinação certa e precisa pelo Estado do que é o sujeito e o direito conseqüentemente enrijece a identidade.

Esta constatação aprofunda-se na medida em que se observa a relação entre o monismo estatal e a primazia do princípio do mercado. Com isso, a interferência de interesses e fatores econômicos influencia na construção do modelo jurídico, no qual, apesar do Estado perder espaço, é este quem ainda detém o monopólio jurídico. Não obstante, tal modelo entra em crise na medida em que se distancia das diversidades sociais e étnicas.

Com uma visão de reconstrução da identidade do sujeito constitucional, buscase superar as pré-determinações advindas do monopólio do Estado e da primazia do mercado. Com isso, a diversidade de sujeitos, inseridos na reconstrução dos direitos e das identidades, passa a compor e reconstruir o modelo jurídico, evitando arbitrariedades e exclusão de determinados grupos sociais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. **A crise da advocacia no Brasil**: diagnóstico e perspectivas. 2. ed. São Paulo: Alfa-ômega, 1994.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, Poder Legislativo, Brasília, DF, 1988.

BRUZACA, Ruan Didier. **A duplicação da Estrada de Ferro Carajás e seus impactos socioambientais**: uma análise do modelo jurídico dominante e as vias para um novo modelo jurídico. 2011. 69f. Monografia — Curso de Direito, Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, São Luís, 2011.

BRUZACA, Ruan Didier; SOUSA, Monica Teresa Costa. (Re)considerações sobre a política desenvolvimentista na região amazônica: a sustentabilidade das práticas de comunidades tradicionais na região maranhense. **Revista**

Internacional de Direito Ambiental, Caxias do Sul-RS: Editora Plenum, v. 2, n. 05, p. 257–280, maio/ago. 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Apresentação. In.: ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p 7-12.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das idéias políticas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é direito**. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2003.

MIAILLE, Michel. **Uma Introdução Crítica ao Direito**. Lisboa: Moraes Editores, 1979.

ROSENFELD, Michel. **A identidade do sujeito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim. “Crise” nos Padrões Jurídicos Tradicionais: o direito em face dos grupos sociais portadores de identidade coletiva. Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, XIV, Fortaleza, 2005. **Anais...** Fortaleza: Fundação Boiteux, 2005, p. 1–12. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Joaquim_Shiraiishi_Neto.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2010.

SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **Direito como liberdade: o Direito achado na rua: experiências populares emancipatórias de criação do Direito**. 2008. 338 f. Tese (Doutorado em Direito)-Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009.

SOUSA SANTOS, Boaventura. **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.



Internacional



O DIREITO À ACUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS
DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE SOB
A PERSPECTIVA DA HIERARQUIA SUPRALEGAL
DAS CONVENÇÕES N° 148 E N° 155 DA OIT

Brena Késsia Simplício do Bonfim

Ana Maria D'Ávila Lopes



INTRODUÇÃO

Em setembro de 2014, a Sétima Turma do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho (TST) admitiu o pagamento cumulado dos adicionais de insalubridade e periculosidade em um trabalho submetido às duas condições de risco no Recurso de Revista autuado pelo número RR-1072-72.2011.5.02.0384. Tal entendimento, inclusive, foi reiterado pela mencionada Turma no mês de abril de 2015, nos autos do processo RR-773-47.2012.5.04.0015.

Essas decisões abrem um importante precedente na mais alta corte trabalhista do Brasil, tendo em vista que a disposição do art. 193, §2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) vinha sendo interpretada por muitos juízos de primeiro grau e Tribunais Regionais como obstáculo à cumulação dos respectivos adicionais de trabalho em condições de risco à saúde e à vida.

Fundamentou sua posição o TST na não recepção do artigo 193, §2º da CLT pela Constituição Federal de 1988 e na hierarquia supralegal das Convenções nº 148 e nº 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), evidenciando um rico caráter interdisciplinar que transitou por institutos do direito constitucional e do direito internacional, além do próprio direito do trabalho. Afinal, a decisão não se limitou a discutir o instituto da recepção pela ordem nova constitucional, mas abordou a hierarquia normativa dos tratados internacionais ratificados e internalizados pelo Brasil, notadamente, em relação ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343/SP e do *Habeas Corpus* nº 87.585/TO pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Nesses julgados, o STF adotou a tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil sem atendimento do quórum do art. 5º, §3º da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

A adoção da tese da supralegalidade pelo STF implica o reconhecimento desses tratados como parâmetros interpretativos das normas infraconstitucionais, e até constitucionais, assim como o efeito paralisante das normas em descompasso com tais tratados.

Nesse contexto, o presente artigo objetiva discutir as repercussões da adoção da tese da supralegalidade no âmbito do direito do trabalho, especialmente em relação às Convenções nº 148 e nº 155 da OIT. Para tanto, realizou-se pesquisa na doutrina e na jurisprudência, sendo o método de análise dos dados levantados o dedutivo, no intuito de identificar os argumentos conceituais necessários para

afastar a aplicação das normas infraconstitucionais em descompasso com as normas internacionais internalizadas, com base na tese da supralegalidade desses tratados.

Dessa maneira, o artigo divide-se em três partes. Na primeira, desenvolvem-se os aspectos conceituais e legislativos dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Na segunda, as decisões proferidas pelo TST no RR-1072-72.2011.5.02.0384 e no RR-773-47.2012.5.04.0015 são analisadas. Finalmente, as repercussões derivadas da internalização das Convenções nº 148 e nº 155 da OIT, assim como os efeitos da adoção da tese da supralegalidade dos tratados na interpretação do ordenamento jurídico pátrio são discutidos.

1. O DIREITO AOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

O labor em condições especialmente mais gravosas que as convencionais gera para o trabalhador a percepção de adicionais legais, passando a compor sua remuneração. No art. 7º, XXIII da CF/88, encontram-se previstos três adicionais pela realização de trabalho em circunstâncias gravosas, quais sejam as atividades penosas, as insalubres e as perigosas. Os dois últimos adicionais encontram-se regulamentados no Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943, mais conhecido como Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seus arts. 189 e seguintes. O adicional correspondente às atividades exercidas sob circunstâncias penosas ainda carece de regulamentação.

O adicional de insalubridade, previsto nos arts. 189 a 192 da CLT, visa remunerar supletivamente o trabalhador por exercer atividade que o expõe a agentes nocivos a sua saúde, acima dos limites de tolerância fixados em regramentos federais. Vale ressaltar que a *mens legis* visa à neutralização ou eliminação total do risco ocasionado pelo agente nocivo ao qual o trabalhador está exposto. É o que se desprende do art. 191, no qual se prevê “a adoção de medidas que conservem o ambiente de trabalho dentro dos limites de tolerância” e a utilização de equipamentos de proteção individual que minimizem a intensidade da exposição ao agente nocivo, chegando ao ideal da eliminação total da exposição do trabalhador àquele risco à sua saúde. Enquanto o agente nocivo não for totalmente eliminado, prevê-se, no art. 192 da CLT, o pagamento

do adicional nos percentuais de 10% (dez por cento), 20% (vinte por cento) ou 40% (quarenta por cento) calculados sobre o salário mínimo¹, para condições de insalubridade de grau mínimo, médio ou máximo respectivamente.

Já o adicional por periculosidade é devido ao trabalhador em função da exposição permanente a agentes inflamáveis, explosivos ou energia elétrica e, com a alteração do art. 193 da CLT pela Lei 12.740/2012 e o acréscimo do §4º pela Lei 12.997/2014, respectivamente, a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades laborais de segurança pessoal ou patrimonial e ao trabalhador em motocicleta. Essas circunstâncias devem decorrer da natureza ou dos métodos empregados no trabalho, arcando o empregador com o acréscimo de 30% (trinta por cento) calculado sobre o salário mínimo.

Essas normas não são isentas de críticas. Assim, parcela da doutrina interpreta essas disposições legais com uma forma de monetarização do risco à vida e à saúde do trabalhador. Na prática, verifica-se que, muitas vezes, é mais conveniente para o empregador acrescer às despesas do empreendimento o pagamento dos adicionais do que se dobrar em esforços para neutralizar ou extinguir os agentes insalubres ou as condições perigosas. É o que a doutrina denomina de engodo juslaboral originário (CESÁRIO, 2006). A ética capitalista impõe ao trabalhador a troca de sua força de trabalho em condições gravosas por dinheiro, como se a sua dignidade pudesse ser objeto de trocas mercantis.

Vale ressaltar, entretanto, que, em alguns casos, a extinção da condição de risco à vida ou à saúde é de impossível eliminação, então, já que efetivamente não há alternativas para o exercício daquela atividade, a não ser sob determinadas

1 A base de cálculo do adicional de insalubridade ainda hoje é tema controverso na doutrina e jurisprudência trabalhista pátria. Isso porque, apesar do art. 192 da CLT remeter o cálculo do adicional sobre o salário mínimo, tal disposição vai de encontro com o entendimento do STF, cristalizado na súmula vinculante nº 4, segundo a qual “salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial”. Tentando uniformizar e não deixar a matéria ao crivo discricionário do empregador, o TST alterou a redação de sua súmula de nº 228 no sentido de que “a partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo”. Ocorre que tal entendimento foi questionado em sede de diversas reclamações constitucionais por violar o final do enunciado vinculante nº 4, uma vez que prescreve a impossibilidade de fixação judicial da base de cálculo. Tal argumento ensejou, para a solução temporária da celeuma, além da suspensão da eficácia do enunciado 228 do TST, a aplicação da teoria da inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade da base de cálculo prescrita pelo art. 192 consolidado, ou seja, do salário mínimo. No entanto, até que haja manifestação legislativa acerca da prescrição de nova base de cálculo, continuar-se-á aplicando o salário mínimo, o que se dá até os dias atuais.

condições, o injusto menor seria a própria remuneração do risco na forma dos adicionais supracitados.

A discussão que surge em torno da temática é se a CF/88 teria recepcionado o art. 193, §2º da CLT, que dispõe que “o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”. Durante décadas, a doutrina e a jurisprudência interpretaram essa norma como sendo uma vedação à percepção cumulada de adicionais de insalubridade e de periculosidade, devendo o empregado optar pelo que lhe fosse mais benéfico. A prática habitual, nos casos de exposição a ambos os riscos colecionados pelo legislador ordinário, implicava na opção pela percepção do adicional de insalubridade, nos casos de agente que implicasse no pagamento de grau máximo (40%); e, nos demais casos, a opção pela percepção do acréscimo salarial pela periculosidade (30%).

No entanto, recentemente, vozes na doutrina minoritária, bem como pontuais decisões de Tribunais Regionais do Trabalho, começaram a sedimentar o entendimento de que a exposição do empregado a agentes nocivos diversos ensejadores da percepção dos adicionais de insalubridade e periculosidade geraria o direito à percepção de ambos os acréscimos salariais.

Fundamenta-se esse entendimento na norma contida no art. 7º, XXIII, da CF/88 que prevê como “direito dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social [...] adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres e perigosas, na forma da lei”, sem qualquer ressalva quanto à cumulação. Entende-se que, apesar de remeter a regulamentação à lei infraconstitucional, esta não poderia vir a mitigar o direito ali previsto. Desse modo, deve-se rejeitar a interpretação do art. 192, §2º da CLT como obstáculo à cumulação dos adicionais ali regulamentados, tendo em vista que tal interpretação vai de encontro aos próprios fins constitucionais trazidos pelo art. 7º, XXIII, que é estabelecer um patamar mínimo de direitos aos trabalhadores (DELGADO, 2012). Ora, não faz sentido nenhum proteger o obreiro dos riscos dos trabalhos perigosos, insalubres ou penosos e não admitir que tais circunstâncias podem aparecer cumulativamente.

Nessa linha, posicionam-se Leandro Luciano da Silva e Lilia Morais Silva (2011, p. 21):

[...] no ordenamento jurídico brasileiro, não existe impedimento ao pagamento cumulado dos adicionais de insalubridade e periculosidade, reconhecido o contato simultâneo com agentes insalubres e perigosos

pelo obreiro. Os fundamentos para essa afirmativa [...] transitam pela incompatibilidade do §2º do art. 193 da CLT, com os propósitos da Constituição da República Federativa do Brasil, mormente, no que diz ao direito do trabalho e ao disposto no inciso XXIII do art. 7º.

Ainda nessa senda, defende Tânia Mara Guimarães Pena (2012), que é suficiente o trabalhador estar exposto a mais de um fato nocivo à sua saúde o que represente risco à sua vida para fazer jus a cumular os adicionais por trabalho em circunstâncias gravosas.

Vale ressaltar que esses são os fundamentos utilizados pela corrente vanguardista que admite a cumulação dos adicionais. As decisões judiciais analisadas a seguir vão além de tais argumentos, albergando razões jurídicas que ultrapassam o direito interno, para entrar na ordem da internacionalização de tratados internacionais.

2. AS DECISÕES Nº RR-1072-72.2011.5.02.0384 E Nº RR-773-47.2012.5.04.0015 DO TST

As duas decisões emblemáticas abordadas neste artigo albergam a possibilidade da percepção cumulada dos adicionais provenientes do exercício do trabalho em condições gravosas legalmente regulamentadas pelo diploma trabalhista consolidado, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). São eles os dois adicionais acima comentados, o adicional de periculosidade e o adicional de insalubridade.

Em ambos os casos concretos analisados abaixo, o exercício da atividade laboral submetia os trabalhadores reclamantes a condições de trabalho nas quais estavam simultaneamente presentes agentes considerados insalubres e perigosos, conforme as Normas Regulamentares de nº 15 e de nº 16 do Ministério do Trabalho e do Emprego, respectivamente. Nesse sentido, decidiu o Tribunal Superior do Trabalho (TST) prover a percepção cumulada das mencionadas parcelas de iminente natureza salarial, as quais, ao se incorporarem ao salário, quando percebidas habitualmente, geram o que a doutrina denomina de efeito expansionista circular (DELGADO, 2012).

Isso porque, ao autorizar o recebimento em conjunto dos adicionais citados, estes passam a compor os salários mensais dos reclamantes, pelo período

imprescrito do pacto laboral, refletindo em todas as demais parcelas de natureza salarial percebida pelos obreiros, tais como férias, 13º salário e depósitos mensais na conta vinculada do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Tal situação demonstra o eminente ganho pecuniário dos trabalhadores submetidos à simultaneidade de condições de risco à saúde ou à vida, fator que minora a prejudicialidade da lógica contemporânea capitalista, a qual, em detrimento da dignidade humana dos trabalhadores, impõe submissão destes aos processos que visam apenas à elevação da efetividade da produção e diminuição dos custos empresariais.

É claro que, como supramencionado, o objetivo central das normas de saúde é a segurança do trabalhador, bem como da normatividade trabalhista como um todo orgânico, não deve monetizar o labor humano, sob pena do vilipêndio das garantias mínimas voltadas ao ser obreiro. No entanto, não sendo possível a eliminação dos agentes gravosos por meio da utilização e fiscalização do uso de equipamentos de proteção individuais (EPIs), nem por outras medidas físicas intervenientes no meio ambiente em que é desenvolvido o trabalho, é razoável que se recompense monetariamente o obreiro pelo gravame a ele causado.

Nessa linha, pronunciou-se o TST no RR-1072-72.2011.5.02.0384 em setembro de 2014, no qual claramente afirmou a não recepção do art. 193, §2º da CLT pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) e a adoção da tese da supralegalidade, evidenciando o reconhecimento da primazia dos direitos humanos dos trabalhadores.

RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, §2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu

de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em *bis in idem*. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a **introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF**. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes”. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, §2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (TST – RR: 1072-72.2011.5.02.0384, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data do Julgamento: 24/10/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014) (grifos nossos).

Esse posicionamento do TST foi reiterado no RR-773-47.2012.5.04.0015 em abril de 2015,

RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. CONTATO COM MERCÚRIO. O Tribunal Regional, com base na prova pericial, registrou que a reclamante, no exercício de suas atribuições, tinha contato com mercúrio, razão pela qual deferiu o adicional de insalubridade. A Norma Regulamentadora nº 15 do MTE prescreve, em seus anexos 11, quadro I, e 13, que o contato com mercúrio, seja na sua forma orgânica, elementar ou inorgânica — nestes dois últimos casos observados os limites de tolerância — enseja o direito ao pagamento do adicional de insalubridade em

grau máximo. Logo, não há que se falar em violação do artigo 190 da CLT ou contrariedade à Súmula nº 448, I, desta Corte, ante a classificação da atividade insalubre na relação oficial elaborada pelo Ministério do Trabalho. Recurso de revista de que não se conhece.

CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO.

A previsão contida no artigo 193, §2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os “riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea

a diversas substâncias ou agentes”. Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, §2º, da CLT. Precedente desta Turma. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Ressalvado meu posicionamento pessoal, verifico que, ao condenar o réu ao pagamento de honorários de advogado, apesar de reconhecer que a autora não está assistida pelo sindicato, a Corte Regional contrariou a Súmula nº 219 do TST. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (TST-RR-773-47.2012.5.04.0015, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data do Julgamento: 22/04/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/04/2015).

Nessas decisões, observa-se o entendimento da não recepção do art. 193, §2º da CLT, pela nova ordem constitucional instituída pela promulgação da CF/88. Tal entendimento respalda-se, inclusive, no dispositivo do art. 7º, XXIII da CF/88, o qual garantiu a percepção de forma plena dos adicionais de insalubridade, periculosidade e penosidade, sem qualquer ressalva quanto à cumulação, nem possibilidade de restrição por meio de legislação infraconstitucional.

Ademais, esses dois acórdãos fazem referência às Convenções de nº 148 e de nº 155 da OIT, as quais foram regularmente ratificadas e internalizadas pelo Brasil. Tal como se verá adiante, ambos os tratados preveem a proteção ao trabalho submetido à simultaneidade de agentes gravosos, o que remete a uma obrigação internacional assumida pelo Estado brasileiro de cumpri-los em sua integridade. Nesse sentido, o direito consuetudinário exige a observância dos mencionados acordos multilaterais, tal como se deu nas decisões em apreço.

Vale ainda ressaltar que o processo RR-1072-72.2011.5.02.0384, ao contrário do ocorrido com o de nº RR-773-47.2012.5.04.0015, não transitou em julgado, tendo em vista a interposição de embargos para a Sessão de Dissídios Individuais (SDI) do Egrégio TST, possibilitada pela previsão legal que remete a tal órgão a uniformização da jurisprudência das turmas que compõem o respectivo tribunal.

Aguarda-se anelante o julgamento dos embargos de tamanha importância para a solução das casuísticas análogas e, principalmente, para a consolidação da jurisprudência no sentido de garantir a aplicação concreta da cláusula internacional de proteção dos direitos humanos, bem como dos preceitos inerentes a nova ordem constitucional.

3. A HIERARQUIA SUPRALEGAL DAS CONVENÇÕES 148 E 155 DA OIT

O Estado brasileiro é um dos países membros fundadores da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a qual foi instituída pelo Tratado de Versalhes no ano de 1919. Apesar de ter participado de todas as reuniões, o Brasil não ratificou todas as convenções.

A ratificação de convenções internacionais, sejam elas da OIT ou de qualquer outro organismo internacional do qual o Brasil seja membro efetivo, é ato jurídico complexo, de competência privativa do Presidente da República, nos moldes do art. 84, VIII da CF/88, e sujeito ao referendo do Congresso Nacional, em conformidade com o art. 49, I da CF/88. Conforme Carlos Roberto Husek, pode-se afirmar que um tratado internacional observa duas fases de vigência: a internacional e a interna, no sentido de que “[...] um tratado entra em vigência na área internacional após a ratificação externa e, na área interna, territorial do Estado, após a publicidade, na sequência de atos, de ratificação interna pelo decreto legislativo e decreto de promulgação” (HUSEK, 2011, p. 126).

As convenções internacionais da OIT, que fundamentaram o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho (TST) nas decisões judiciais supracitadas, passaram por todo esse processo, estando assim efetivamente internalizadas pelo Brasil e compondo o ordenamento jurídico interno. A Convenção nº 148, que dispõe sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos profissionais devido à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho, foi internalizada no Brasil por meio do Dec. nº 93.413, de 15 de outubro de 1986. Já a Convenção nº 155 da OIT, que discorre sobre segurança e saúde dos trabalhadores e o meio ambiente de trabalho, passou a vigorar na ordem interna sob a égide do Dec. nº 1.254, de 29 de setembro de 1994.

O dispositivo da Convenção nº 148 (BRASIL, 1986) utilizado para fundamentar a procedência dos pedidos de cumulação dos adicionais assevera:

Artigo 8.3. Os critérios e limites de exposição deverão ser fixados, completados e revisados a intervalos regulares, de conformidade com os novos conhecimentos e dados nacionais e internacionais, tendo em conta, na medida do possível, qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho.

Já da Convenção nº 155 (BRASIL, 1994) foi utilizada a seguinte disposição:

Artigo 11. Com a finalidade de tornar efetiva a política referida no artigo 4 da presente Convenção, a autoridade ou as autoridades competentes deverão garantir a realização progressiva das seguintes tarefas:

(..)

b) a determinação das operações e processos que serão proibidos, limitados os sujeitos à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, assim como a determinação de substâncias e agentes aos quais estará proibida a exposição no trabalho, ou bem limitada ou sujeita à autorização ou ao controle da autoridade ou autoridades competentes, deverão ser levados em consideração os riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes.

Observa-se que a tutela internacional objetivada em ambas as referidas normas citadas funda-se na proteção do trabalhador que exerce atividade mais gravosa sob a ocorrência de mais de um fator nocivo, ou seja, sobre simultaneidade de agentes que elevam o patamar de risco ao direito fundamental à vida e suas correspondentes decorrências. Além disso, há que se ressaltar que as convenções da OIT são nítidos tratados internacionais de direitos humanos, garantidoras de um patamar mínimo internacional de *standards* voltados ao trabalho e as partes envolvidas.

Os países membros da OIT, ao ingressarem na organização, bem como ao ratificarem suas convenções ou atenderem suas recomendações², comprometem-

2 Fontes materiais de direito que, diferentemente das convenções, não criam obrigações para os Estados-membros da OIT.

se, perante a comunidade internacional, a atender tal patamar mínimo de direitos voltados ao exercício do trabalho humano. Conforme as palavras de Carlos Roberto Husek (2011, p. 128):

As convenções internacionais do trabalho, da OIT, poderiam ser consideradas tratados de direitos humanos? Entendemos que sim, porque os direitos sociais são fundamentais, representam direitos a uma vida digna, plena, de exercício da cidadania, de erradicação da pobreza, de valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, de uma sociedade livre, solidária e justa, de prevalência dos direitos humanos, de repúdio ao racismo e outras formas de manifestação do poder. Desse modo, arriscamos: as convenções internacionais do trabalho assinadas e ratificadas pelo Brasil são tratados de direitos humanos e não podem ser contrariadas por lei ordinária.

Nesse diapasão, cumpre-se comentar duas teses acerca do status normativo que adquirem esses tratados ao serem incorporados ao ordenamento jurídico pátrio. Atualmente, a tese majoritária e adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento dos processos HC 87.585/TO e RE 466.343/SP em 2008, é a que defende a hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, sem a observância da formalidade prevista no art. 5º, §3º da CF/88; ou seja, esses tratados possuem hierarquia superior às leis infraconstitucionais, porém inferior à CF/88.

Por outro lado, há quem defenda, inclusive amparado pela cláusula de abertura prevista no §2º do mesmo art. 5º da CF/88, a natureza constitucional desses tratados de direitos humanos, ainda que não tenham ingressado no ordenamento por meio do procedimento disposto no art. 5º, §3º da Constituição Federal (PIOVESAN, 2010) (MAZZUOLI, 2013).

Compreender a tese da supralegalidade supracitada implica, por razões práticas, observar a teoria da dupla compatibilidade vertical material perante a produção normativa estatal. Assim, a referida tese condiciona a produção de normas pelo Estado não só aos limites formais e procedimentais do processo legislativo, mas também a dois limites verticais materiais, quais sejam: a) a CF/88 e os tratados de direitos humanos alçados a nível constitucional por meio do procedimento disposto no art. 5º, §3º os que formam um bloco de

constitucionalidade³; e, b) os tratados internacionais de direitos humanos de hierarquia supralegal. Em simples termos, pode-se afirmar que a legislação infraconstitucional produzida pelo legislador ordinário deve observar duas camadas de compatibilidade material superior: uma de hierarquia superior, composta pela CF/88 e todas aquelas normas aprovadas pelo procedimento do art. 5º, §3º da CF/88; e outra de menor hierarquia, composta pelos tratados internacionais de direitos humanos não pertencentes ao bloco de constitucionalidade⁴, ou melhor, aqueles que não foram incorporados ao ordenamento jurídico como emenda constitucional.

Todavia, o conjunto de tratados internacionais de direitos humanos, ratificados perante a comunidade internacional e internalizados normativamente pelo Brasil, ainda que não ingressem no ordenamento nacional com força de emenda constitucional por ausência do atendimento ao procedimento previsto no art. 5º, §3º da CF/88, devem servir de referência jurídica no momento da interpretação das leis infraconstitucionais, bem como da própria interpretação constitucional.

Defende-se esse posicionamento com base na jurisprudência do próprio STF, conforme apontado por Antônio Moreira Maués:

[...] a jurisprudência do STF começa a utilizar, de maneira mais constante, os tratados de direitos humanos para interpretar não apenas a legislação infraconstitucional, mas a própria Constituição. Verifica-se, portanto, que a adoção da tese da supralegalidade permite ir além da necessidade de examinar a compatibilidade das leis com os tratados internacionais (MAUÉS, 2013; p. 36)

Os tratados internacionais com *status* supralegal devem ser levados em consideração tanto para a aplicação da legislação ordinária, quanto para própria interpretação da Constituição, de forma a compatibilizar, ou melhor, dar coerência sistêmica ao ordenamento jurídico interno como um todo. Nos casos judiciais em apreço, vislumbra-se que o TST assim procedeu ao dar

3 O bloco de constitucionalidade está composto pelas normas de hierarquia constitucional que, junto com a constituição codificada de um Estado, formam um bloco normativo de nível constitucional (LOPES, 2009).

4 Atualmente, apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de 2007 integra, junto com a Constituição Federal de 1988, o referido bloco.

interpretação ao art. 7º, XXIII da CF/88, conforme os ditames internacionais supracitados das Convenções nº 148 e nº 155 da OIT. Nesse sentido, estabeleceu que a Constituição não vedou a percepção simultânea de adicionais por atividades gravosas, por isso, uma lei inferior não poderia ser interpretada no sentido de assim proceder.

Essa é uma das consequências da adoção da tese da supralegalidade. De nada adiantaria o Brasil ratificar tratados e mais tratados internacionais e não coadunar seu ordenamento jurídico àquelas disposições ratificadas. Ademais, a coerência de um sistema pressupõe que este funcione organicamente, ou seja, de forma que o todo se compatibilize com as partes e cada parte com o todo. Dessa forma, a adoção de critérios hermenêuticos que aproximem o padrão normativo interno com as disposições ratificadas da ordem jurídica internacional deve ser sempre um dos parâmetros de aplicação e interpretação das leis e da própria CF/88.

Outra característica importante da adoção da tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos é o efeito paralisante das normas internas em descompasso com as disposições internacionais ratificadas. Deve-se observar se a legislação interna é ou não compatível com a norma internacional, numa análise de compatibilidade material propriamente dita. Caso compatível, aplica-se a norma interna observando os critérios hermenêuticos que garantam a máxima efetividade das disposições internacionais. Todavia, no caso de incompatibilidade material entre as disposições internacionais de direitos humanos e a legislação interna, deve-se paralisar toda e qualquer eficácia jurídica da disciplina normativa infraconstitucional conflitante com o padrão internacional ratificado. Antônio Moreira Maués continua defendendo tais padrões no seguinte sentido:

[...] a tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção dos direitos humanos, a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, os princípios do direito internacional sobre o cumprimento de obrigações internacionais não permitem mais a manutenção da tese da legalidade, servindo a supralegalidade como uma solução que compatibilizaria a jurisprudência do STF com essas mudanças, sem os problemas que seriam decorrentes da tese da constitucionalidade. Assim, os tratados de direitos humanos passam a paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com eles conflitante (MAUÉS, 2013, p. 32–33).

O TST, nas decisões judiciais em discussão, também realizou tal juízo de admissibilidade material, observando que o padrão internacional ratificado por meio da internalização das Convenções nº 148 e nº 155 da OIT é incompatível com a interpretação dada à disposição do art. 193, §2º da CLT. Dessa forma, paralisou os efeitos da norma interna em descompasso com as referidas Convenções internacionais, aplicando a mais favorável ao caso concreto, em nítido atendimento ao princípio da proteção do direito do trabalho, mais especialmente à vertente da aplicação da norma mais favorável aos direitos humanos do trabalhador, em atendimento ao princípio internacional basilar dos direitos humanos, qual seja o princípio interpretativo *pro homine*.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), nas decisões que autorizou a cumulação dos adicionais de risco trabalhistas, comungou a tese de coadunar o ordenamento jurídico interno com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Ao afastar qualquer interpretação do art. 193, §2º da CLT que obstasse a percepção de mais de um adicional no caso de exposição simultânea a agentes nocivos ou circunstâncias laborais mais gravosas, o TST não apenas deu interpretação jurídica conforme à Constituição, mas adotou a tese da supralegalidade dos tratados, qual seja o efeito paralisante das normas internas em descompasso com as internacionais internalizadas.

Isso porque as disposições do artigo 8.3 da Convenção nº 148 e do artigo 11 da Convenção nº 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) garantem a tutela jurídica do trabalho submetido a mais de um fator agravante das condições de realização do labor. Desta forma, ao ingressar no ordenamento jurídico brasileiro com *status* supralegal, tais convenções exigem que a legislação infraconstitucional se compatibilize com elas, retirando toda e qualquer eficácia jurídica de normas que venham de encontro às suas disposições.

Apesar da decisão do TST não fazer menção expressa, pode-se afirmar que respeitou a cláusula internacional de direitos humanos do princípio da interpretação *pro homine*, uma vez que privilegiou a norma mais benéfica aos direitos humanos do trabalhador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei no. 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

BRASIL. **Decreto no. 93.413**, de 15 de outubro de 1986. Promulga a Convenção nº 148 sobre a Proteção dos Trabalhadores Contra os Riscos Profissionais Devidos à Contaminação do Ar, ao Ruído e às Vibrações no Local de Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D93413.htm>. Acesso em: 10 set. 2015.

BRASIL. **Decreto no. 1.254**, de 29 de setembro de 1994. Promulga a Convenção nº 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente do Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de julho de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D93413.htm>. Acesso em 10 set. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n.º 4**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em: 5 de out. 2015.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula n.º 228**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-227>. Acesso em: 5 de out. 2015.

CESÁRIO, João Humberto. A tutela processual mandamental como fator de promoção do equilíbrio ambiental trabalhista. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, RS, v. 72, n. 3, p. 73–86, set./dez. 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2012.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de direito internacional público e privado do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2011.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Bloco de constitucionalidade e princípios constitucionais. Desafios do Poder Judiciário. **Sequência**, n. 59, p. 43–60, dez. 2009.

MAUÉS, Antonio Moreira. Supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos e interpretação constitucional. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; MAUÉS, Antonio Moreira (Org.). **Eficácia nacional e internacional dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 27–50.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PENA, Tânia Mara Guimarães. Cumulação de adicionais na relação de emprego: Respeito ao Direito Humano à saúde do trabalhador. **Revista Ltr**, São Paulo, v. 76, n. 12, p. 1472–1484, dez. 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Silva, Leandro Luciano da; Silva, Lília Morais. Fundamentos para cumulação de adicionais de insalubridade e periculosidade no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**. v. 22. n. 264, p. 7–22. jun. 2011.

TST – TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR: 1072-72.2011.5.02.0384, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data do Julgamento: 24/10/2014, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 03/10/2014.

TST – TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. RR-773-47.2012.5.04.0015, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data do Julgamento: 22/04/2015, 7ª Turma, Data de Publicação: DEJT 30/04/2015.



O PROBLEMA DA FUNDAMENTAÇÃO
TEÓRICA DA CONVENÇÃO AMERICANA
DE DIREITOS HUMANOS DE 1969

Leilane Serratine Grubba
Valter Moura do Carmo



INTRODUÇÃO

A Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida por *Pacto de San José da Costa Rica*, é um tratado internacional entre os países-membros da Organização dos Estados Americanos¹, subscrito em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos, realizada na cidade de San José (Costa Rica). O tratado entrou em vigor na data de 18 de julho de 1978, sendo considerado uma das bases do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. O Brasil ratificou a Convenção em 1992, tendo aceito a competência contenciosa da Corte em dezembro de 1998.

No Brasil, por ocasião do aniversário de quarenta anos da Convenção de 1969, em 23 de novembro de 2009, o Supremo Tribunal Federal (STF) se pronunciou, tendo afirmado que a Convenção de 1969 busca consolidar um regime de liberdade pessoal e de justiça social entre os países americanos, fundado “[...] no respeito aos direitos humanos essenciais, independentemente do país onde a pessoa resida ou tenha nascido” (PACTO, 2009).

A Convenção de 1969, fundamentada nos ideais da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, é composta por oitenta e um artigos, os quais estabelecem os direitos fundamentais do humano, como o direito à vida e à liberdade².

Diante da importância política e jurídica da Convenção Americana de 1969 para a promoção e proteção dos direitos, este artigo tem por objeto o seu fundamento filosófico. O objetivo é analisar, por meio do método dedutivo, o problema da fundamentação teórica desse documento internacional de direitos humanos à luz da filosofia existencialista de Sartre. Nesse sentido, o artigo problematiza a Convenção de 1969, analisando qual o fundamento teórico dos direitos ali elencados. Além disso, averigua se este fundamento é teoricamente consistente.

1 A Organização dos Estados Americanos, segundo informações extraídas do seu sítio eletrônico, é o organismo regional mais antigo do mundo, que remonta à Primeira Conferência Internacional Americana, realizadas nos Estados Unidos, entre 1889 e 1890. Contudo, a OEA somente foi fundada em 1948, com a assinatura da sua Carta de constituição em 1948 (e vigor em 1951). Para saber mais, acesse ao seguinte endereço eletrônico: <http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp>. Acesso em: 17 mar. 2015.

2 Informação disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>>. Acesso em: 17 mar. 2015

Com relação ao problema da fundamentação teórica, o âmbito de pesquisa deste artigo é delimitado ao texto expresso da Convenção. Não será realizada a análise dos documentos internacionais de direitos nos quais a Convenção pode ter se inspirado. Além disso, o artigo não busca realizar uma crítica jurídico-política à Convenção de 1969, mas analisar filosoficamente o seu problema teórico de fundamentação.

1. A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969)

Nesta seção se faz uma análise do texto expresso da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos³, assinada na Conferência Especializada em San José da Costa Rica (22 de novembro de 1969), a fim de extrair o seu fundamento filosófico.

Em seu Preâmbulo, os Estados americanos signatários da Convenção reafirmam o propósito de “[...] consolidar, neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos *essenciais* do homem” (OEA, 1969, preâmbulo).

Sequencialmente, os Estados-membros reconheceram a existência de direitos *essenciais* do homem, os quais decorrem do atributo de ser humano (da essência humana), conforme segue:

Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convenção, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos (OEA, 1969, preâmbulo).

Além disso, os Estados-membros consideram que esses princípios também foram consagrados em outros instrumentos internacionais, como a Carta da

3 O texto da Convenção encontra-se disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 17 mar. 2015.

Organização dos Estados Americanos e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, dentre outros.

Os Estados-membros acordaram alguns direitos, deveres e obrigações: a obrigação de respeitar os direitos (artigo 1º), o dever de adotar disposições de direito interno (artigo 2º), o direito à personalidade jurídica (artigo 3º), o direito à vida (artigo 4º) e o direito à integridade pessoal, física ou psíquica (artigo 5º). Com relação ao artigo 5º, que trata do direito à integridade, segundo o texto expresso da Convenção: “Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” (OEA, artigo 5º). Nesse sentido, se pode extrair a tese de que existe uma dignidade que é inerente ao humano, ou seja, *a priori* ou uma essência humana.

Os Estados-membros convencionaram, ademais, a proibição da escravidão e da servidão (artigo 6º), o direito à liberdade pessoal (artigo 7º), o direito a garantias judiciais (artigo 8º), o princípio da legalidade e da irretroatividade (artigo 9º), o direito à indenização por erro judiciário (artigo 10º), o direito de proteção da honra e da dignidade (artigo 11º), a liberdade de consciência e de religião (artigo 12º), a liberdade de pensamento e de expressão (artigo 13º), o direito de retificação ou respeito (artigo 14º), o direito de reunião (artigo 15º), a liberdade de associação (artigo 16º), dentre outros direitos importantes.

A análise efetuada do texto da Convenção de 1969, no que tange especificamente ao conteúdo dos direitos, deveres e liberdades, possibilita extrair ao menos três teses a respeito do fundamento dos direitos ali proclamados, que se encontram expressas no Preâmbulo:

- a. Existe uma dignidade inerente ao ser humano;
- b. Existem direitos essenciais do homem; e
- c. Direitos decorrem do atributo de *ser humano*.

A afirmação de que existe uma dignidade inerente implica no reconhecimento da existência de um *a priori* humano (inerente ou inato), que é a essência do humano, a qual faz com que exista algo comum para todas as pessoas, independentemente de diferenças.

Na história da filosofia, o debate sobre o inatismo (inerentismo) versa, principalmente, sobre a seguinte questão: a natureza inerente engloba ideias, conceitos, categorias, conhecimentos e princípios ou nasce como uma tábula

rasa (papel branco) e vai adquirindo informações e conhecimento a partir da percepção (SAMET, 2008).

Inerente é aquilo que é ligado estruturalmente ou aquilo que, por natureza, é inseparável de alguma coisa (MICHAELIS DICIONÁRIO, 2015). Significa que a dignidade pertence ao humano por ser estruturalmente ligada a ele, sendo ela inata: todo o humano deve nascer com dignidade por ser essencialmente humano. A tese inerentista vincula-se à tese essencialista e a essência é entendida como a *natureza íntima das coisas* ou *aquilo que faz com que uma coisa seja o que é* ou, ainda, *aquilo que constitui a natureza de um objeto* (MICHAELIS DICIONÁRIO, 2015).

No âmbito dos direitos humanos, a afirmação de que existem direitos essenciais do homem implica em reconhecer que existe uma essência humana (com dignidade inerente), da qual surgem direitos essenciais. Diante da ideia de que os direitos decorrem do atributo de ser humano (da essência), parece que os direitos são essencialistas. Nesse sentido, parece que a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), fundamenta-se teoricamente no postulado metafísico do essencialismo: os direitos são fundamentados na existência de uma essência humana, que possui atributos, como a dignidade intrínseca (inerente).

1.1. Como entender o essencialismo

Nesta seção se analisa como a existência essência é justificada, para compreender o essencialismo, que parece ser o fundamento da Convenção Americana de 1969.

A legitimidade da Filosofia parece ter sido afirmada com perguntas e respostas, herdadas do legado socrático e pré-socrático, sobre como distinguir o real do irreal e o verdadeiro do falso. Se Kolakowski (1990) estiver correto, o surgimento da Filosofia fundamentou-se na metafísica tese de que existe uma essência e que essa essência pode ser conhecida, a partir da distinção entre a aparência e a realidade.

Marilena Chauí (2009) sugere que a mudança de vocabulário, no decorrer da história, indica mudanças quanto aos modos de formular questões e de respondê-las. Apesar das mudanças, permaneceu a questão metafísica tradicional: a indagação sobre *o que é?* A pergunta sobre *o que é algo*, é a pergunta sobre a existência e a essência da realidade. Essa pergunta possui dois sentidos: (a) (*é*)

significa que *existe* algo, referindo-se à existência da realidade e pode ser escrita da seguinte forma: *o que existe?*; e (b) (*é*) significa a *natureza* de alguma coisa (um *ente*), referindo-se à essência da realidade. Essa pergunta pode ser transcrita da seguinte forma: *qual a essência daquilo que existe?* (CHAUÍ, 2009, p. 180).

A história da metafísica, segundo Marilena Chauí (2009), divide-se em três grandes períodos. O primeiro período compreende o pensamento de Platão e Aristóteles — nos séculos IV e III a.C. —, assim como de Descartes, até o pensamento de David Hume — no século XVIII. Nesse período, as teorias metafísicas investigaram *o que é* e *o que existe*. Ao indagar sobre a realidade em si, o pensamento metafísico pressupôs a existência de uma *essência da realidade* e pressupôs que essa *essência* pode ser *conhecida* por meio da racionalidade. Foi esse pensamento que instituiu a cisão entre a realidade e a aparência.

Em resumo, Platão (2002), no primeiro período metafísico, afirmou que o verdadeiro é a essência, imutável e real. A ontologia platônica dividiu o mundo em dois, o mundo sensível das coisas e da aparência; e o mundo inteligível das ideias ou das essências verdadeiras, que é o mundo da identidade e verdade.

O metafísico Aristóteles considera que o mundo das coisas sensíveis é um mundo real e verdadeiro, cuja essência pode ser conhecida. Em sua obra *Metafísica*, Aristóteles (2012, p. 105) investiga o *ser enquanto ser* “e as propriedades que lhe são inerentes devido à sua própria natureza”.

A partir dos argumentos apresentados, parece que a metafísica nasceu como *essencialismo* (teoria essencialista): o conhecimento da *essência* das coisas, apesar das aparências que possam ter e das mudanças que possam sofrer.

Esse primeiro período findou quando Hume (19–, p. 35–36) argumentou que os conceitos formulados pelo pensamento não correspondem à realidade externa, que existe em si e independentemente da mente. Para Hume, os conceitos formulados devem ser considerados “meros nomes gerais para as coisas, nomes que nos vêm pelo hábito mental ou psíquico de associar ideias as sensações, as percepções e as impressões dos sentidos, quando são constantes, frequentes e regulares” (CHAUÍ, 2009, p. 181).

Chauí (2009) aponta que, a partir do final do século XVI, principalmente no século XVII, o pensamento se modificou — em parte porque rompeu com a tradição platônica, aristotélica e neoplatônica — e em parte porque rejeitou a autoridade religiosa. O segundo período histórico da metafísica compreende o pensamento de Kant, no século XVIII, indo até a fenomenologia de Husserl, no século XX. No período, o pensamento metafísico se iniciou com a proposta

de Kant (2002a; 2002b), de que a metafísica deveria ser o conhecimento da capacidade de conhecer: uma crítica à razão pura. Segundo esse modelo de pensamento, os objetos estudados não mais existiam *por si próprios*, mas existiam *para o ser humano*.

O terceiro período da metafísica compreende a *ontologia* contemporânea, que tem o seu início em 1920 e vai até a atualidade. Essa *ontologia* busca recuperar a antiga metafísica e a concepção kantiana (2002a; 2002b), tendo considerado que o objeto da metafísica deveria ser a relação homem-mundo. A *ontologia* investiga o modo como os seres existem, a *essência* dos entes e a relação entre a *essência* e a consciência do sujeito que examina.

A ontologia, aponta o verbete de Stanford, redigido por Hofweber (2004), é o estudo do que existe. Muitos problemas filosóficos clássicos seriam problemas da ontologia, como a questão de saber se existe Deus ou sobre a existência de universais — a questão metafísica de saber se uma determinada entidade existe. A metafísica foi entendida como um modelo geral de estudo que engloba a ontologia como uma de suas partes. A nova metafísica afirma a incompatibilidade entre fé e razão, bem como busca redefinir o conceito de *ser*. A definição da *essência* continuou a ser *o ser que existe em si e por si*, mas passou-se a definir a substância por seus predicados essenciais: os atributos sem os quais a ela não é o que ela é.

Nesse sentido, diante do breve histórico apresentado, parece que o essencialismo pode ser definido como a busca da compreensão da *essência*, considerada aquilo que faz com que um objeto ou ser seja ele mesmo, o mesmo (seus atributos que o diferem dos demais).

2. O PROBLEMA DO ESSENCIALISMO NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS (1969) À LUZ DA TEORIA DE SARTRE

O pensamento essencialista, presente na Convenção Americana de 1969, possui alternativas, além de ter sido criticado por pensadores como Kolakowski, Nietzsche e Sartre. Nesta seção, será analisado o problema do essencialismo, fundamento da Convenção de 1969, à luz da filosofia existencialista de Sartre.

Jean-Paul Sartre (1905-1980) considera que o ato de escrever é uma forma de engajamento e de problematizar a existência humana e sua liberdade, dentro da sua concepção da ontologia do ser, presente na obra *O ser e o nada* (1943). A partir da concepção teórica existencialista, Sartre (1970) critica a tese essencialista, sugerindo que somente a noção de um mundo (ou humano) *criado por alguém* permite compreender a ideia da natureza intrínseca. Somente a noção de um humano *objeto*, criado por Deus ou por outra entidade, possibilita aventar a tese essencialista de que o ser humano possui uma essência. Considerando o humano como um ser que primeiro existe no mundo para, após, constituir-se nesse mundo, Sartre nega a possibilidade da existência de uma essência humana.

O termo existencialismo, segundo Cornwell (2010), pertence à história intelectual e pode ser adotado como uma auto-descrição de Sartre. Esse termo foi amplamente divulgado pela produção literária e filosófica do pós-guerra, de Sartre e seus associados, como Simone de Beauvoir, Maurice Merleau-Ponty e Albert Camus.

O existencialismo foi identificado a um específico movimento cultural Europeu, que floresceu nos anos 1940 e 1950. Dentre os principais filósofos existencialistas, podem ser mencionados Kaspers, Heidegger (que repudiou o rótulo), Buber, Wahl, Marcel, dentre outros. Além deles, os filósofos do século XIX, Kierkegaard e Nietzsche, passaram a ser vistos como precursores do movimento. Existencialismo é um fenômeno literário e filosófico. Historicamente, nos anos do pós-guerra, havia um círculo muito diversificado de escritores e artistas ligados sob o termo *existencialismo*⁴: Dostoiévski, Ibsen, Kafka, Genet, Gide, Malraux — além de artistas, como Giacometti — expressionistas abstratos, como Pollock, Arshile Gorky e Kooning — e cineastas, como Godard e Bergman (CORNWELL, 2010).

O que caracteriza esta corrente filosófica não é a sua preocupação com a *existência* em geral, mas a sua alegação de que pensar sobre a existência humana requer novas categorias que não são encontradas no repertório conceitual do pensamento antigo ou moderno, pois o ser humano não pode ser entendido

4 Corwell (2010) lembrou que o rótulo existencialismo deve-se ao trabalho *O ser e o tempo*, de 1927, escrito por Martin Heidegger, no qual o autor inquiriu sobre o *ser que nós mesmos somos*, que ele chamou de *Dasein*, palavra germânica que significa *existência*. Posteriormente, Heidegger repudiou o rótulo existencialista.

como uma substância com propriedades fixas, nem como sujeito que interage com um mundo de objetos (CORNWELL, 2010).

O existencialismo parece ser um movimento que nega a essência apriorística⁵ do humano e afirma que o humano primeiro existe no mundo e depois se constitui no mundo. Ele surge com o colapso da idéia de que a filosofia pode fornecer normas substantivas para os já existentes, que especificam modos particulares de vida. Para o existencialismo, o ser humano é um ser autêntico e não um ser essencial. Nesse sentido, o existencialismo é uma teoria que tem por objetivo a crítica da tese essencialista.

Para Cornwell (2010), o slogan de Sartre, *a existência precede a essência*, introduz o que é mais característico no existencialismo: o ser humano não é um ser essencial, mas um ser que existe e se constrói, sendo o seu significado decidido por meio de si mesmo. O pensamento de Sartre (2001) critica a ideia comum à metafísica, que liga o conceito de existência com o de essência, de tal forma que a *essência* designa o *que a coisa é*, ou seja, a sua existência.

Sartre (1970) entende o existencialismo como uma doutrina que torna a vida humana possível e que declara que toda a verdade e toda a ação implicam um meio e uma subjetividade humana. Usada por muitos pensadores, a palavra existencialismo, segundo Sartre (1970), assumiu uma amplitude dimensional na qual não significa mais rigorosamente nada. Para ele, o existencialismo é uma doutrina que considera que *a existência⁶ precede a essência⁷*, isto é, a necessidade de se partir da subjetividade (SARTRE, 1970, p. 3).

Sartre critica o essencialismo sob o argumento de que a noção de ser humano *criado* poderia permitir a compreensão da ideia de natureza intrínseca ou essência. Sartre aponta que esse pensamento poderia ser classificado sob

5 Apesar da crítica de Sartre à essência, ele próprio parece cair na armadilha essencialista no que absorveu de Heidegger, que estava arraigado na história da metafísica antiga e medieval, isto é: "Dizer que uma natureza humana de auto-referência nunca é auto-idêntica ou que não é o que é devido a sua natureza de tempo limitado, é uma visão antiga; tanto no pensamento neo-platônico como no cristão medieval isso pareceu insinuar logicamente uma entidade infinita, auto-idêntica — o Único — a fim de que não fôssemos compelidos a admitir a conclusão depressivamente absurda de que 'nada é'". (KOLAKOWSKI, 1990, p. 35).

6 O discurso tradicional presente no Sistema Global de Direitos Humanos, conforme analisado no capítulo anterior, ao apresentar uma ideia de dignidade inerente e de natureza humana, parece apontar para a ideia de que a essência precede a existência humana.

7 Heidegger (1991) apontou para o fato de que Sartre, ao inverter o princípio proposicional platônico de que a essência precede a existência, para afirmar que a existência precede a essência, permanece metafísico.

a hipótese de que *a essência precede a existência*. Exemplo disso, para Sartre (1970), é a ideia do livro. Ele afirma que, caso se pegue um livro para exemplo, deve-se entender que se trata de um objetivo fabricado pelo ser humano. Para a sua fabricação, o artífice se inspirou num conceito e numa determinada técnica de produção. O livro, neste sentido, tem uma utilidade definida. Por isso, no caso de um livro (ou outro objeto), a essência — entendida como o conjunto de técnicas e das qualidades que permitem a sua produção e definição — precede a existência.

No caso do ser humano e não de um objeto qualquer, Sartre (1970, p. 4) também afirma que, se se conceber um Deus criador como um artífice superior e qualquer que seja a doutrina que considerarmos, quer se trate da doutrina de Descartes ou de Leibniz, que Deus sabe o que está criando, o conceito de humano, no espírito de Deus, é assimilável ao conceito de livro. Se Deus produz o humano com base em algumas técnicas e em função de determinada concepção, então o humano materializa o conceito que existe na inteligência divina. Nesse sentido, a essência humana precederia a sua existência.

Sartre (1970) afirma que, no século XVIII, o ateísmo filosófico eliminou a noção de Deus, mas não suprimiu a ideia de que a essência precede a existência, ideia essa que parece estar presente na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que pressupõe a essência humana e sua dignidade intrínseca como fundamentos dos direitos humanos além de proclamados e reconhecidos juridicamente.

Para Sartre (1970), a ideia de que a essência precede a existência implica em considerar que o humano possui uma natureza humana. Essa natureza humana pode ser encontrada em todos os humanos, o que significa que cada ser humano é um exemplo particular de um conceito universal: o humano. Se Sartre (1970, p. 4) estiver correto, o existencialismo ateu, do qual ele é representante, é mais coerente. Isso porque, se Deus não pode ser provado, há pelo menos um ser no qual a existência precede a essência (que existe antes de poder ser definido por um conceito), o ser humano. Dizer que a existência precede a essência significa que, em primeira instância, “o homem existe, encontra a si mesmo, surge no mundo e só posteriormente se define” (SARTRE, 1970, p. 4).

O humano não seria passível de uma definição porque, de início, não é nada. Nesse sentido, a grande crítica do existencialismo sartreano ao essencialismo é a seguinte:

Assim, não existe natureza humana, já que não existe um Deus para concebê-la. O homem é tão-somente, não apenas como ele se concebe, mas também como ele se quer; como ele se concebe após a existência, como ele se quer após esse impulso para a existência. O homem nada mais é do que aquilo que ele faz de si mesmo: é esse o primeiro princípio do existencialismo. É também a isso que chamamos de subjetividade: subjetividade de que nos acusam. Porém, nada mais queremos dizer senão que a dignidade do homem é maior do que a da pedra ou a da mesa. Pois queremos dizer que o homem, antes de mais nada, existe, ou seja, o homem é, antes de mais nada, aquilo que se projeta num futuro, e que tem consciência de estar se projetando no futuro. De início, o homem é um projeto que se vive a si mesmo subjetivamente ao invés de musgo, podridão ou couve-flor; nada existe antes desse projeto; não há nenhuma inteligibilidade no céu, e o homem será apenas o que ele projetou ser. Não o que ele quis ser, pois entendemos vulgarmente o querer como uma decisão consciente que, para quase todos nós, é posterior àquilo que fizemos de nós mesmos. Eu quero aderir a um partido, escrever um livro, casar-me, tudo isso são manifestações de uma escolha original, mais espontânea do que aquilo a que chamamos de vontade. Porém, se realmente a existência precede a essência, o homem é responsável pelo que é. Desse modo, o primeiro passo do existencialismo é o de pôr todo homem na posse do que ele é, de submetê-lo à responsabilidade total de sua existência. Assim, quando dizemos que um homem é responsável por si mesmo, não queremos dizer que o homem é responsável apenas por si, não queremos dizer que o homem é apenas responsável pela sua estrita individualidade, mas que ele é responsável por todos os homens. A palavra subjetivismo tem dois significados, e os nossos adversários se aproveitaram desse duplo sentido. Subjetivismo significa, por um lado, escolha do sujeito individual por si próprio e, por outro lado, impossibilidade em que o homem se encontra de transpor os limites da subjetividade humana. É esse segundo significado que constitui o sentido profundo do existencialismo. Ao afirmarmos que o homem se escolhe a si mesmo, queremos dizer que cada um de nós se escolhe, mas queremos dizer também que, escolhendo-se, ele escolhe todos os homens (SARTRE, 1970, p. 4–5).

Se não se pode provar a existência de Deus, então o existencialista não pode considerar a existência de valores universais *a priori* (essencialistas). Se Deus não existir, logo não existe uma inteligência infinita que pensa valores

apriorísticos. Assim, o ponto de partida para a filosofia existencialista será a máxima de Dostoiévski (2008): *se Deus não existisse, tudo seria permitido*. Se não se pode provar que Deus existe, então a *existência precede a essência* e nada poderá ser explicado por referência a uma natureza humana dada e definitiva. Dessa suposição surge a máxima: *o homem está condenado a ser livre*.

O pensamento existencialista de Sartre critica os fundamentos do essencialismo da seguinte maneira:

- a. Nega a tese de que existe uma essência prévia à existência;
- b. Nega a tese da existência de uma essência humana; e
- c. Negando o primeiro postulado do essencialismo, de que não há essência humana, logo também é negado o segundo postulado, que a essência humana pode ser conhecida.

Em resumo, Sartre (1970, p. 15 e 22) aponta para que, se não existe uma natureza humana abstrata, ou seja, uma essência do humano independente ou anterior à sua existência, logo também não existe uma natureza humana em geral. Se não existe uma essência apriorística, também a moral, no pensamento de Sartre, não é apriorística. O homem se constrói escolhendo a sua moral.

Nesse sentido, é possível criticar o fundamento da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, da OEA, a saber:

- a. Que existe uma dignidade inerente ao ser humano;
- b. Que existem direitos essenciais do homem; e
- c. Que os direitos decorrem do atributo de ser humano.

Se Sartre estiver correto no que tange à inexistência de uma natureza humana abstrata (essência humana), não há como se afirmar a existência de direitos que pertencem à essência do ser humano. Diante disso, se negaria as teses-fundamentos da Convenção de 1969. Além disso, ainda que exista uma essência humana, segundo a teoria de Sartre, por ter sido o humano criado por algum artífice superior, não haveria como se saber qual seria essa essência humana, motivo pelo qual ela não poderia fundamentar direitos humanos.

É perceptível que existe mais do que um uso retórico da essência para fundamentar os direitos: supondo que os direitos humanos proclamados pela Convenção de 1969 são direitos da essência do ser humano, eles se tornam inquestionáveis em razão da impossibilidade de questionar seu fundamento metafísico absoluto — a essência. Contudo, teoricamente, o fundamento em si é questionável em razão da impossibilidade de se saber se há, de fato, uma essência e, mais do que isso, uma essência alicerce de direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a importância jurídica e política do texto legal analisado para a promoção e proteção de direitos humanos, foi analisado o fundamento teórico expresso na Convenção e problematizado esse fundamento à luz da filosofia existencialista de Sartre.

Da análise efetuada, no que se relaciona exclusivamente ao texto do tratado internacional, especificamente ao conteúdo dos direitos, deveres e obrigações, foi possível extrair três teses a respeito do fundamento: (a) a existência de uma dignidade humana inerente, (b) a existência de direitos essenciais ao homem, e (c) que os direitos decorrem do atributo de *ser humano*.

Neste sentido, a afirmação de que existem direitos essenciais ao homem implica em reconhecer que existe uma essência humana, munida de algumas qualidades, como a dignidade inerente, que fundamenta os direitos essenciais. Em resumo, parece que o fundamento teórico da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 é o essencialismo: a tese de que existe uma essência e que dela se pode extrair os direitos humanos essenciais. Considerando o essencialismo como fundamento teórico da Convenção, foram mostradas algumas considerações para se entender esse pressuposto. O essencialismo pode ser definido como a busca da compreensão da essência, considerada *aquilo que faz com que um objeto ou ser seja ele mesmo, o mesmo*.

O pensamento existencialista sartreano critica os fundamentos do essencialismo da seguinte maneira: (a) nega a possibilidade de uma essência prévia à existência para o humano; (b) nega a tese da existência de uma essência humana, e (c) nega a possibilidade de conhecimento da essência. Se as conclusões de Sartre estiverem corretas, não se poderia fundamentar os direitos humanos na essência humana.

Parece que há mais do que um uso retórico da essência para fundamentar os direitos. Quer dizer, se os direitos humanos proclamados pela Convenção de 1969 são direitos da essência do ser humano, então eles tornam-se inquestionáveis em razão da impossibilidade de questionar seu fundamento metafísico absoluto, que é a essência. Contudo, teoricamente, o fundamento em si é questionável em razão da impossibilidade de se saber que há ou não há, de fato, uma essência e, mais do que isso, uma essência alicerce de direitos humanos.

O objetivo do artigo não foi realizar uma crítica jurídico-política à Convenção de 1969, mas mostrar que o fundamento sobre o qual os direitos, deveres e obrigações nela protegidos, é filosoficamente questionável. A alternativa, teoricamente mais adequada, conforme as considerações apresentadas, seria dispor que os direitos, deveres e liberdades ali elencados, os quais são juridicamente importantes, são fundamentados num consenso político acerca de valores morais importantes para os seres humanos.

REFERÊNCIAS

ANDERY, Maria Amália; et al. **Para compreender a ciência: uma perspectiva histórica**. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

ARISTÓTELES. **Metafísica**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 13. ed. São Paulo: Ática, 2009.

CORNWELL, Steven. Existentialism. In: **Stanford Encyclopedia of Philosophy. Existentialism**. 2010. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/existentialism/>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

HOFWEBER, Thomas. **Logic and Ontology**. In: Stanford Encyclopedia of Philosophy. 2004. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/logic-ontology/#Ont>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

HUME, David. **Investigação sobre o entendimento humano**. São Paulo: Escala, 19–.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. São Paulo: Martins Fontes, 2002a.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 70. ed. Lisboa: 2002b.

KOLAKOWSKI, Leszek. **Horror metafísico**. Campinas: Papirus, 1990.

MICHAELIS DICIONÁRIO. **Essência**. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=essencia>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

MICHAELIS DICIONÁRIO. **Inerente**. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=inerente>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

OEA. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. 1969. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 17 mar. 2015.

Pacto de San José da Costa Rica sobre direitos humanos completa 40 anos. **Notícias STF**, Brasília, 23 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116380>>. Acesso em: 5 jun. 2015.

PLATÃO. **República**. Rio de Janeiro: Best Seller, 2002.

SAMET, Jerry. **The historical controversies surrounding innateness** In: Stanford encyclopedia. 2008. Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/entries/innateness-history/>>. Acesso em: 18 mar. 2015.

SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. Paris: Les Éditions Nagel, 1970.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica**. Petrópolis: Vozes, 2001.

HANNAH ARENDT E A BANALIDADE DO MAL
EM JOGOS VORAZES: ANÁLISE CULTURAL DOS
70 ANOS DE LIBERTAÇÃO EM AUSCHWITZ

Ivson Antônio de Souza Meireles

Júlia Maia de Meneses Coutinho

Karin Becker Lopes

“A ideia de que o mal é banal não priva
os atos maléficos de seu horror”.

(BUCKINGHAM, BURNAN,
HILL *et al*, 2011, p. 272).



INTRODUÇÃO

O tema sob enfoque justifica-se relevante, pois a segmentação deste em três partes — estruturadas em causa, meios e resultados — nos permite uma análise mais completa, por envolver uma realidade crítica que engloba História, Filosofia Política e direitos culturais na atualidade.

O objetivo deste escrito é inicialmente revelar o que deu causa, de maneira tão rápida, à adesão dos alemães ao regime nazista: o excesso ou a falta de racionalidade? Tal objetivo nos permitiu o embasamento na Teoria da Banalidade do Mal, aportada nos ensinamentos de Hannah Arendt. Por conseguinte, cuidamos em trazer os meios para a consecução da causa já mencionada. Assim, perquirimos acerca da propaganda como elemento intensificador da ausência de reflexão, haja vista que as constantes investidas midiáticas nazistas persistiram no tempo, para evitar maior raciocínio por parte das pessoas, perfeitamente ilustrado na trilogia do filme/obra *Jogos Vorazes*. O objetivo derradeiro aflorou com uma reflexão acerca dos 70 anos de libertação dos prisioneiros dos campos de concentração em Auschwitz, como resultado final desta segmentação de objetivos.

A metodologia do artigo perpassou um estudo bibliográfico em livros, dissertações, teses, artigos e periódicos, bem como transitou por um ensaio analítico da trilogia *Jogos Vorazes* — filme/obra e culminou numa reflexão acerca do estudo de caso *Auschwitz*, pois a interdisciplinaridade de História, Filosofia Política e Cultura foi capaz de solucionar o problema proposto pelo ensaio, qual seja, se a banalidade do mal, dissipada pela propaganda política, ensejou objetos de massacre como os campos de concentração nazista.

1. A BANALIDADE DO MAL EM HANNAH ARENDT

Importa iniciar informando a perseguição sofrida por Arendt, autora de origem judia, pelo regime de Adolf Hitler, com apenas oito anos de idade, pois o contexto histórico de nascedouro da Primeira Guerra Mundial, em 1914, trazia à tona a tentativa de reflexão de Hitler imposta à sociedade alemã do período, por meio do seu patriotismo.

Nesta linha de orientação, mesmo com a perda e o término da Primeira Guerra, Hitler permaneceu no exército para aplicar cursos de pensamento nacional, educação e propaganda, que trouxeram como “bode expiatório”, para a derrota da Alemanha, o judaísmo internacional, amplamente combatido desde a Segunda Guerra (1939-1945). Lima (2007, p. 148) aduz que,

No momento em que círculos oportunistas procuravam renovar a ideia de que o real é racional para a aplicação do estado de exceção a uma Alemanha humilhada pela Primeira Guerra Mundial e o rompimento de todos os acordos internacionais em nome da existência da estatalidade alemã, a apoderação dos conceitos hegelianos significava importante ferramenta para consolidar sistemas políticos de nítida vocação autoritária, garantidores de tais formulações.

No filme, Hannah Arendt (2012) demonstra a realização de um sonho, a vivência nos Estados Unidos nos anos 1950 — pós-perseguição e refúgio do nazismo — pois é lá que aparece a oportunidade de cobrir o julgamento do nazista Eichmann para a revista *The New Yorker*.

Na acepção de Coutinho e Melo (2015, p. 301), “[...] especialmente por ocasião da Segunda Guerra Mundial, que os Estados soberanos perceberam a necessidade de conferir maior proteção a tais direitos, sobretudo, criando mecanismos internacionais”.

Com tal orientação, a autora edificou obra fundamental para o entendimento da condição humana, e, conseqüentemente, da política. Em especial, dois títulos a fizeram conhecida como “pensadora da liberdade” — *As Origens do Totalitarismo — antissemitismo, imperialismo e totalitarismo* (1988) e *Eichmann em Jerusalém — um relato sobre a banalidade do mal* (2004a).

Na oportunidade, fazemos um breve relato acerca do propósito da segunda obra, mencionada, que é narrar o sequestro de Adolf Eichmann num subúrbio de Buenos Aires, por um comando israelense em 1960. Nesse ato, ele foi levado até Jerusalém e, nos termos de Hannah Arendt (2004a), durante o processo, o protagonista, em vez de monstro, trouxe à sociedade a noção de que o papel desempenhado por ele era o de um funcionário burocrata, fato revelador, por fim, da banalidade do mal.

Hannah Arendt (2004a), na obra sob escólio, usa o Jornalismo Político e a reflexão filosófica em prol da percepção da capacidade do Estado de igualar o exército da violência ao mero cumprimento de uma atividade burocrática, pois

a autora questiona o modo como se pode condenar um funcionário público honesto e obediente, cumpridor de suas metas, que não fizera mais do que agir conforme a ordem legal vigente na Alemanha do período.

O questionamento traz consigo o caráter de dubiedade, que se evoca ao vazio político, cujo nascedouro é o medo característico do regime totalitário, de acordo com o raciocínio de Arendt (2004b, p. 106–107) quando reflete:

[...] todas as nossas experiências nos dizem que precisamente os membros da sociedade respeitável, aqueles que não tinham sido afetados pela comoção intelectual e moral dos primeiros estágios do período nazista, foram os primeiros a se render. Eles simplesmente trocaram um sistema de valores por outro. Diria que, portanto, os não participantes foram aqueles cuja consciência não funcionava dessa maneira, por assim dizer, automática — como se dispuséssemos de um conjunto de regras aprendidas ou inatas que aplicamos caso a caso, de modo que toda nova experiência ou situação já é prejudgada, e precisamos apenas seguir o que aprendemos ou o que possuímos de antemão.

Esta linha de orientação leva ao discernimento de que a capacidade de raciocínio é amparada pelo “sentimento de legalidade” (ARENDRT, 2004b, p. 103) daqueles que agem contra a lei em determinadas situações-limite, como é o caso de um regime totalitário.

Destarte, Hannah Arendt (1993), como estudiosa de Kant, traz-nos o juízo de que a capacidade de reflexão e raciocínio nos reporta à responsabilidade de agir ou não. Em sendo assim, a ausência da ação é fato demonstrativo de reflexão, liberdade e coragem.

Nessa interpretação, Eichmann é apontado, de certo modo, como um monstruoso carrasco nazista, e, de outro porte, é o responsável pelo planejamento e operacionalização da solução final, que é o extermínio sistemático dos judeus — como um funcionário que obedece a uma voz imperativa.

O contexto sob relação fez com que Arendt se deparasse com a afluência entre capacidade destrutiva e burocratização da vida pública, ou seja, Eichmann era um homem comum, porém desprovido da capacidade, forte na maioria dos indivíduos, de raciocinar por si próprio.

Aqui, a autora salienta, portanto, a complexidade da natureza humana e certa banalidade do mal. Assim, conclui que apenas o exercício de uma constante vigilância pode assegurar a preservação e a defesa da liberdade.

Posteriormente, a obra *Responsabilidade e Julgamento* (2004b) oferece uma espécie de resposta às críticas e más interpretações recebidas da obra de *Eichmann em Jerusalém* (2004a). Assim, Hannah Arendt indaga acerca de dois questionamentos: a existência ou não de uma capacidade de julgar independente do meio em que se está inserido, espontânea e natural do ser humano; e se é possível julgar um fato sem estar presente ao seu acontecimento (ARENDDT, 2004b).

O segundo questionamento evoca a noção de que a sociedade tem medo de julgar, haja vista a percepção de que todos são igualmente ruins, recaindo, portanto, numa questão de culpa coletiva, ou seja, se todos são de fato culpados, na verdade, ninguém o é. Assim, com a ausência da responsabilidade pessoal, existe a latente impressão de que não há culpados.

É nessa perspectiva que Hannah Arendt (2004b) fomentou a “Teoria do Dente da Engrenagem”, referente aos julgamentos do pós-guerra. Segundo ela, as pessoas que compõem o serviço público, fazendo-o funcionar, são perfeitamente substituíveis. Neste sentido, esta foi a principal desculpa alegada pelos réus — a de que, se não tivessem feito isso, outro o poderia e o teria feito. Se assim fosse, então, nenhuma outra pessoa poderia ser responsabilizada pelo holocausto além de Hitler, única figura insubstituível na Alemanha nazista.

Impende frisar que a autora não concorda com o argumento, alegando que os pequenos dentes da engrenagem cometem grandes crimes e, por tal, devem ser julgados como seres humanos. Tal argumento de um possível mal menor foi utilizado visando à aceitação do mal em si mesmo, ou seja, assentir num mal menor era dizer sim a um mal em si.

Assim, não é correto transferir a responsabilidade pessoal do sistema, tampouco o deixar de lado durante o julgamento, pois em um regime totalitário a principal característica é a coordenação das manifestações públicas, sendo difícil a não participação. Nesse sentido, apenas aqueles que se afastam da vida pública é que podem conseguir se isentar da criminalidade.

Importa destacar o fato de que os regimes totalitários incitam crimes não apenas contra os inimigos de um regime político, como ocorre numa ditadura, mas contra pessoas inocentes. Tais ilícitos foram legalizados na Alemanha nazista e a não criminalidade era a exceção.

Nesta acepção, é possível refletir, segundo Hannah Arendt (2004b), na ideia de que a moral e a legalidade não podem ser confundidas perante estes julgamentos, já que é possível distinguir o certo e o errado independentemente da lei, pois, mesmo que as condutas fossem práticas criminosas legalizadas, os

réus não deveriam ter participado, já que nenhum dos crimes foi cometido em legítima defesa, nem em proveito da manutenção do Estado.

Outro fator relevante aflorado nos julgamentos por parte dos réus foi a obediência às ordens superiores. Arendt (2004b) esclarece que a obediência pressupõe um mínimo de apoio sem o qual o regime não teria subsistido, pois a reflexão latente do período nazista permeava a noção de que, se a pessoa obedece às leis do país, ela oferece total apoio a sua constituição.

Conclui-se esse segmento do artigo com a noção de que os não participantes da vida pública e não opositores a ela foram capazes de julgar o sistema sob relação, independentemente das leis impostas, chegando à reflexão de que não suportariam viver na condição de assassinos. Isto será mais bem ilustrado a seguir no filme/obra *Jogos Vorazes*.

2. APORTE DOCUMENTAL: RESQUÍCIOS DE UMA BANALIDADE EM “JOGOS VORAZES”?

A pretensão das utopias tende a desenvolver distopias, pelo que seus valores iniciais se encontram enraizados nos regimes totalitários. Aristóteles (1985, p. 201) confirma essa ideia, ao acentuar que “todas as formas de governo mudam mais frequentemente para as formas opostas que para as afins, e a mesma observação se aplica igualmente às outras mudanças”. Popper (1980) dispõe que Marx buscou uma sociedade perfeita, sob o manto do historicismo e utopismo, ambos de cunho holístico, ao passo que Guimarães (1999) explica tal pretensão, ao longo da história, como havendo adquirido caráter autoritário, em virtude das diversas interpretações criadas pela cultura marxista moderna.

É frequente, assim, o discurso utópico como instrumento de progresso dos regimes totalitários, que denotam uma figura de autoridade ilimitada, responsável por controlar, ao máximo, as esferas pública e privada da sociedade. Tanto a ascensão do totalitarismo ao poder, consoante explanam Bottomore e Outhwaite (1996), como a sua manutenção, se realizam pelos meios de comunicação, ou seja, por propagandas reguladas pelo Estado. O regime nazista conduziu-se nesse modelo de discurso utópico e utilizou-as como forma de alcançar as massas, introjetando, segundo identifica Benjamin (1975, p. 33), “uma estetização na vida política”, cujo resultado inevitável é a guerra.

Hitler (2001) reconheceu na propaganda um meio para os fins bélicos que almejava. Para ele, a propaganda de guerra deveria conter apenas os métodos de obtenção da liberdade e enfatizar a relevância da luta entre a vida e a morte. Defende a posição de que a propaganda deve ser direcionada às massas, cujo nível de compreensão é compatível com o sentimentalismo que deve ser o forte do reclame. O nivelamento intelectual da propaganda, então, segundo Hitler, deve se dar por baixo, tendo como referência o mais ignorante de seus receptores, a fim de garantir a dominação da ideologia veiculada.

Esclarece Hitler (2001, p. 121) que, “no caso da propaganda da manutenção de uma guerra [...] deve-se proceder com o máximo cuidado, a fim de evitar concepções intelectuais demasiadamente elevadas”, que a reflexão há de ser suscitada pela publicidade militar, a qual tem apenas de ser internalizada pelas massas. Enfatiza que os anúncios não devem ensejar dúvidas acerca da necessidade da vitória, em face do adversário.

Leni Riefenstahl foi personagem de destaque na mídia nazista, tendo produzido as propagandas intituladas *O Triunfo da Vontade* (1936), que visa à difusão de uma perspectiva positiva do governo hitleriano, e *Olympia* (1938), tratando dos Jogos Olímpicos de 1936. Em ambos, é possível perceber o enaltecimento do povo alemão e da estrutura do regime nazista, mostrado de forma suntuosa, com intermináveis formações militares e constantes destaques às insígnias do governo. Hitler aparece em evidência nos palanques, sempre exprimindo discursos emocionais e sentimentalmente apelativos.

Traçadas algumas das características fundamentais do regime nazista, é inevitável não notar semelhanças com a história criada por Suzanne Collins, na trilogia composta por *Jogos Vorazes* (2010), *Em Chamas* (2011a) e *Esperança* (2011b), que detém, dentre significativos outros, a banalidade do mal como principal paralelo. Este estudo analisa especialmente a obra *Jogos Vorazes*, em que Collins (2010) conta uma história futurista de uma nação chamada Panem, dominada pela ditadura e detentora de imensa diferença de classes.

Em Panem, os valores básicos de igualdade, democracia e liberdade foram sucumbidos com ajuda de produtos da evolução tecnológica, capazes de sujeitar as massas por meio de constante vigilância. Estas vivem distribuídas em 12 miseráveis distritos, ausentes de comunicação entre si, enquanto o restante da população reside na Capital, luxuosa, consumista e excêntrica.

A propaganda é empregada em Panem como forma de impregnar a população com uma ideologia totalitária e superficial, sendo os *Jogos Vorazes* sua forma

mais expressiva. Os Jogos foram criados pela Capital como modo de relembrar a sua vitória sobre a insurgência do extinto Distrito 13 contra a sua soberania. É um *reality show* composto por um menino e uma menina de cada Distrito, que tenham de 12 a 18 anos, escolhidos por sorteio, no intitulado Dia da Colheita. Após o sorteio, os escolhidos passam a ser chamados de tributos e são treinados e encaminhados para uma arena, onde devem lutar até a morte.

O último sobrevivente dos Jogos, que sofre manipulações por uma divisão do governo, torna-se cidadão da Capital, e seu Distrito recebe vantagem na auferição de alimentos. A história de Collins em muito lembra o mito do Minotauro, a quem Athena deveria enviar, anualmente, sete moças e sete rapazes, para serem devorados pelo monstro como forma de tributo ao rei de Tebas, Minos (BULFINCH, 2002).

Assim como pretendeu o regime nazista, Panem pretende alcançar uma utopia, de uma nação pacífica, gloriosa e abundante. Para isso, no entanto, caiu numa distopia, da mesma maneira que ocorreu com a Alemanha nazista, uma vez que ambos se utilizaram de opressão e terror para dominar a camada mais frágil do povo.

Há semelhança na intensa divulgação da mídia com vistas a iludir as massas com distrações que evitam o alcance do intelecto, ou seja, obstam o ato de reflexão, ocultando a barbaria por trás dos atos mantenedores de supostas paz e prosperidade. Em Collins (2010), o povo da Capital aplaude e se comove com os pavorosos Jogos Vorazes, além de acatar a funesta ideia de superioridade difundida pelo governo. Na trilogia, assim como ocorreu durante o governo nazista, segundo Arendt (2004a), aqueles que refletiram e se recusaram a aceitar o sistema imposto, não reconhecendo como entretenimento o massacre de jovens inocentes, foram perseguidos e assassinados.

Observa-se, ainda, enorme similitude entre as cenas do discurso de Hitler em *O Triunfo da Verdade* (1936) e as cenas de desfile dos tributos na versão cinematográfica de *Jogos Vorazes* (2012) e *Em Chamas* (2013), em que magnitude e admiração fortemente são percebidas. Foucault (1999, p. 310–311) menciona diversas características do regime nazista, partilhadas pela história criada por Collins:

Mas, ao mesmo tempo que se tinha essa sociedade universalmente previdenciária, universalmente seguradora, universalmente regulamentadora e disciplinar, através dessa sociedade, desencadeamento mais completo do poder assassino, ou seja, do velho poder soberano de matar.[...] Tem-se,

pois, na sociedade nazista, esta coisa, apesar de tudo, extraordinária: é uma sociedade que generalizou absolutamente o biopoder, mas que generalizou, ao mesmo tempo, o direito soberano de matar. Os dois mecanismos, o clássico, arcaico, que dava ao Estado direito de vida e de morte sobre seus cidadãos, e o novo mecanismo organizado em torno da disciplina, da regulamentação, em surina, o novo mecanismo de biopoder, vêm, exatamente, a coincidir. De sorte que se pode dizer isto: o Estado nazista tornou absolutamente co-extensivos o campo de uma vida que ele organiza, protege, garante, cultiva biologicamente, e, ao mesmo tempo, o direito soberano de matar quem quer que seja — não só os outros, mas os seus próprios.

Resta claro, por fim, que, tanto na realidade do nazismo, como na ficção de Jogos Vorazes, estão o jugo e a peleja, sendo esta o resultado do ato de reflexão, antes inexistente. É possível concluir ser essa ausência de reflexão que permite o sucesso dos Jogos, uma vez que propicia a desumanização das crianças-tributo. Observe-se, nesse sentido, o diálogo entre a protagonista Katniss e seu amigo de infância, Gale:

— [...] Você sabe como matar.

— Não pessoas.

— E que diferença pode ter? Indaga Gale, de modo sinistro.

A parte mais horrorosa é que se eu puder esquecer que se trata de pessoas, não vai fazer a menor diferença. (COLLINS, 2010, p. 47).

Assim, a banalização do mal conceituada por Arendt foi introduzida por Collins, mesmo que de forma inconsciente, em sua fascinante obra aqui tratada.

3. ANÁLISE CULTURAL COMPARADA AO CASO AUSCHWITZ

As dinâmicas vislumbradas nos campos de concentração ganham relevo com suporte no que se pode denominar de “desumanização do homem”, mormente quando se converge a análise para a realidade vivida em Auschwitz. Em verdade, o mal, por si, carece de identificação capaz de expressar perfeitamente seu

alcance, na medida em que a reinvenção também é uma de suas características. Quando o foco se dirige à algidez perpetrada pela atuação nazista, a tarefa se torna das mais difíceis.

Auschwitz, localizado ao sul da Polônia, representou um complexo de campos de concentração de peculiar magnitude no contexto da Segunda Guerra Mundial. Inaugurado em 1940, sua função se pautava em servir de ambiente à execução da chamada “solução final” dos judeus, após decisão da Alemanha nazista, emanada na Conferência de Wannsee, no sentido de exterminá-los por todos os territórios conquistados pelo regime.

A utilização de testemunhos fidedignos se faz pertinente no contexto de exposição da vivência nos campos de concentração, a fim de afastar qualquer sobrecarga fantasiosa. Neste seguimento, Primo Levi (1988, p. 15), vítima sobrevivente da estrutura por ora tratada, narra:

Os vagões eram doze, e nós, seiscentos e cinqüenta; no meu vagão havia apenas quarenta e cinco, mas era um vagão pequeno [...] Era isso mesmo, ponto por ponto: vagões de carga, trancados por fora, e, dentro, homens, mulheres e crianças socados sem piedade, como mercadoria barata, a caminho do nada, morro abaixo, para o fundo.

Denota-se nesse processo inicial a primeira perda — da individualidade, porque não se reconhecia o homem como tal, mas um fragmento que compunha uma massa, progressivamente maior, de forma a aglomerar riqueza a ser extraviada para o sistema, força de trabalho escravo e o genocídio de povos tidos como inferiores.

Nessa ideia, a identificação dos prisioneiros se dava por via de numerações, que prevaleciam ante a qualquer outro critério de reconhecimento. Primo Levi (1988), a exemplo, recebe o “nome” de 174517, como maneira de reduzi-lo a um sentimento de valorização própria mínimo, tendo em vista a necessidade de evitar insurgências futuras, até a chegada da morte. Santos (2012, p. 329), dissertando acerca deste rebaixamento humano, preleciona:

[...] Convém, portanto, inibir todo resquício da vida anterior que possa alimentar o amor próprio, de modo a provocar rebelião ou desordem. O mais eficaz consiste em extirpar o núcleo representativo da pessoa: as roupas, o cabelo, a imagem de si mesmo, o nome.

A capacidade para banalizar o mal, no intuito de retirar qualquer carga emotiva na sua prática, superava-se a cada ação de repúdio. A utilização do som da banda de prisioneiros durante os momentos de trabalho em grupo, para ilustrar um exemplo, denotava, em sua essência, a obrigatoriedade da universalização das atividades nos campos de concentração, suprimindo qualquer privacidade inerente à condição humana. Santos (2012, p. 331) analisa:

Todas as trombetas anunciam a glória do Reich [...] A exposição ao som absoluto não passa de um dos aspectos da perda da privacidade. Quando tudo se torna público, o corpo inteiro está sujeito à regra universal do servisto; não pode esconder-se. Os exames médicos, por exemplo, fazem-se à vista de todos, sem qualquer recato; assim como os atos físicos comuns a todo animal.

A omissão dos motivos justificadores, perante os prisioneiros, das práticas empreendidas pelo nazismo, ocultava o que de mais fundamentado poderia existir, pelo menos para os seguidores do regime, que viam na maldade o fim maior de tudo, especialmente quando dirigida a povos “inferiores” — judeus, ciganos, homossexuais, comunistas e outros. Afinal, como exprime Lessa (2006, p. 72), “[...] a supressão das causalidades ordinárias constitui o gesto mais radical de uma desumanização da vida social”.

A supressão da comunicabilidade também era uma marca do que se pode chamar de “fases do processo de extermínio”. Uma vez retirado o poder de consideração individual, a esfera íntima e o amor próprio, o nazismo não esqueceu a importância da interação como instrumento de preservação de esperança e otimismo, num ambiente em que nenhuma outra fonte era capaz de prover. Na óptica do regime, com as assinaladas perdas, não restava outra coisa ao prisioneiro senão a sua entrega total ao sistema. Zuin (2006, p. 199), nesta concepção, argumenta:

Auschwitz representa a negação de um dos princípios mais radicais para que haja o ser humano: a comunicabilidade. Se a construção do logos sempre foi um **dia-logos**, diálogo entre pelo menos dois, o fechamento abrupto da comunicação significava a negação do logos e, no limite, da razão.

A etapa final da passagem da maioria dos prisioneiros pelo complexo de campos de Auschwitz, naturalmente, era a morte. Tratava-se de um extermínio em massa

por tantas vezes esmiuçado pelos historiadores ao longo destes 70 anos, mas que não cessa de impressionar, principalmente quando se evidencia o fato de que as práticas de utilização de gás eram conduzidas pelos próprios prisioneiros, dentre aqueles que eram obrigados a prestar seu trabalho ao sistema em troca de alguns benefícios e de uma morte postergada. Agamben (2008, p. 19) revela os trabalhos dos chamados *Sonderkommandos*, viventes da realidade que os aguardava:

[...] os deportados eram levados às câmaras de gás por um esquadrão composto pelos próprios companheiros [...] que, posteriormente, se incumbia de carregar para fora os cadáveres, de lavá-los, de retirar dentes e cabelos dos corpos, para depois, e por fim, introduzi-los nos fornos crematórios.

Ressalta-se, ademais, que as crianças deportadas a Auschwitz, quando não separadas diretamente para o leito de morte, eram cobaias de experiências médicas, como se fossem animais. Isto porque as ações medicinais lideradas pelo Dr. Mengele afastavam todos os escrúpulos profissionais à procura de curas e tratamentos para doenças que assolavam o exército alemão, bem como de órgãos a serem enviados para Berlim. Schloss (2013, p. 90), sobrevivente que passou pelas incursões por ora indicadas, relata:

Certo dia, fomos chamadas até os chuveiros [...] Mengele estava nos esperando do lado de fora. Molhadas e nuas, paramos diante dele para uma fria inspeção enquanto ele decidia o destino de cada uma de nós. Mengele nos analisou com olhos estreitos carregados de uma precisão clínica: esta aqui vive, esta aqui está 'selecionada'.

Dessa forma, Auschwitz, ao denotar um aparente vazio justificante das condutas perpetradas pelo regime nazista, segundo uma perspectiva cultural voltada para o bem, apresentou-se como um instrumento de fundamentada carga lógica e de sentido, na medida em que, reinventando o mal, seu objetivo de banalização era alcançado diariamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em notas conclusivas, Arendt demonstrou a complexidade da natureza humana por meio da “banalidade do mal”. Percebe-se que deve haver um

exercício de constante vigilância em defesa da liberdade, porquanto a sociedade em si tem medo de julgar em virtude de pressupostos de “culpa coletiva”, de ausência da “responsabilidade pessoal” e da “Teoria do Dente da Engrenagem”, pois aceitar um mal menor é acatar o mal em si, já que a legalidade deve ser confundida com prática criminosa legalizada.

Nesta linha de orientação, tanto o sucesso do regime nazista, como dos *Jogos Vorazes*, decorrem da cultura da irreflexão, propiciadora da banalização do mal, que encontra nas propagandas políticas um eficiente meio de implantação. Nos exemplos comparados, o chamamento da atenção a itens supérfluos também relevantes, pautados na estética, superou e atrofiou a capacidade de meditar por parte da população. Em sua trilogia, Suzanne Collins traz, de forma subjacente, valorosas críticas aos regimes políticos totalitários, em especial, ao nazista.

Por fim, Auschwitz representou, na ideologia de sobreposição racial do nazismo, maior veículo de extermínio do regime, desde sua organização estrutural e de ações plenas de fundamento, quando se volta à análise para a trivialidade do mal como fim. A cada conduta empreendida, judeus, ciganos, homossexuais, comunistas, deficientes físicos e mentais eram rebaixados em sua dignidade, até o momento em que a morte se demonstrava, de fato, como a “solução final” em diversos aspectos, inclusive na óptica da reinvenção incessante da maldade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**: antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

ARENDT, Hannah. **Lições sobre a Filosofia Política de Kant**. Tradução de André Duarte de Macedo. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2004a.

ARENDR, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004b.

ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

BENJAMIN, Walter. **A obra de arte na época de suas técnicas de reprodução**. São Paulo: Abril, 1975.

BOTTOMORE, Tom; OUTHWAITE, William. **Dicionário do pensamento social do século XX**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

BUCKINGHAM, Will; BURNAN, Douglas; HILL, Clive *et al.* **O livro da Filosofia**. São Paulo: Globo, 2011.

BULFINCH, Thomas. **O livro de ouro da mitologia (a idade da fábula): histórias de deuses e heróis**. 26. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

COLLINS, Suzanne. **A esperança**. Rio de Janeiro: Rocco, 2011a.

COLLINS, Suzanne. **Em chamas**. Rio de Janeiro: Rocco, 2011b.

COLLINS, Suzanne. **Jogos Vorazes**. Rio de Janeiro: Rocco, 2010.

COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; MELO, Silvana Paula Martins de. Universalismo, Relativismo ou Multiculturalismo? Análise acerca da aplicação dos Direitos Humanos no mundo islâmico sob a perspectiva da banalidade do mal em Hannah Arendt. In: HOLANDA, Ana Paula Araújo; CAÚLA, Bleine Queiroz; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima; BALCELAR, Jeferson Antônio Fernandes; CARMO, Valter Moura do (Org.). **Direitos Humanos: histórico e contemporaneidade**. v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 301–317.

FOCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LESSA, Renato de Andrade. David Hume em Auschwitz: notas sobre o trauma e a supressão das crenças ordinárias. **Revista Brasileira de Psicanálise**, São Paulo, v. 39, n. 4, p. 67–76, 2006.

LEVI, Primo. **É isto um homem?** Tradução de Luigi Del Re. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.

GLOBONEWS. **Arquivo N:** Os 70 anos da libertação dos prisioneiros de Auschwitz. Disponível em: <<http://globoTV.globo.com/globo-news/arquivo-n/v/arquivo-n-os-70-anos-da-libertacao-dos-prisioneiros-de-auschwitz/3909116/>>. Acesso em: 16 maio 2015.

GUIMARÃES, Juarez. **Democracia e Marxismo:** crítica à razão liberal. São Paulo: Xamã, 1999.

HANNAH, Arendt. Produção de Heimatfilm GmbH. França: Zeitgeist Films, 2012. 1 DVD (109 min.), son., color., Legendado, Port.

HITLER, Adolf. **Minha Luta.** São Paulo: Centauro, 2001.

JOGOS Vorazes. Produção de Nina Jacobson e Jon Kilik, direção de Gary Ross. Estados Unidos: Lionsgate Films, 2012. 1 DVD (117 min.), som., color., legendado em português.

JOGOS Vorazes: Em chamas. Produção de Nina Jacobson e Jon Kilik, direção de Francis Lawrence. Estados Unidos: Lionsgate Films, 2013. 1 DVD (112 min.), som., color., legendado em português.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O conceito de amor em Santo Agostinho — breves notas sobre a obra de Hannah Arendt. **Pensar** (Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza), Fortaleza, edição especial, p. 147–151, abr. 2007.

OLYMPIA. Produção e direção de Leni Riefenstahl. Alemanha: Olympia-Film, 1938. 1 DVD (203 min.), som., preto e branco, legendado em português.

O TRIUNFO da vontade. Produção e direção de Leni Riefenstahl. Alemanha: Wonder Multimídia, 1936. 1 DVD (130 min.), som., preto e branco, legendado em português.

POPPER, Karl R. **A miséria do historicismo.** São Paulo: Edusp, 1980.

SANTOS, José Henrique. Auschwitz ou os limites da razão. **Síntese:** Revista de Filosofia, Belo Horizonte, v. 39, n. 125, p. 325–344, set./dez. 2012.

ARBITRAGEM E ECONOMIA: ASPECTOS DO
MERCADO INTERNACIONAL QUE INFLUENCIAM
NO DESENVOLVIMENTO BRASILEIRO

Andrine Oliveira Nunes



INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 garante, no seu art. 5º, inciso LXXVIII, que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Porém, a realidade encontrada no Poder Judiciário é bastante diferente do que o previsto no texto constitucional, não sendo raros os casos em que litígios se prolongam por uma década apenas em primeira instância.

Uma prestação jurisdicional lenta só traz malefícios para a população e para o país de uma forma geral, pois incute na população sentimentos de descrença na justiça e sensação de impunidade para os transgressores da lei. Por outro lado, esta morosidade excessiva acaba incentivando a corrupção e o cometimento de delitos e fraudes diversos.

Ocorre que nos últimos anos a economia brasileira avançou de maneira bem mais rápida que o nosso sistema jurisdicional, especialmente no âmbito internacional. O Brasil atualmente ocupa uma posição de destaque na América Latina e entre os países em desenvolvimento¹, tendo, inclusive, sido uma das nações que demonstrou maior estabilidade frente à crise financeira internacional² iniciada em 2008 e que se estende aos dias atuais³.

1 Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul costumam ser apontados pelos economistas como sendo os países em desenvolvimento de maior relevância, o que os levou a criar a sigla “BRICS”, maiores informações disponíveis em <<http://bricspolicycenter.org>>; <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2009/03/090330_bricsabertura_ss.shtml> e <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2011/11/111129_analise_brics_rp.shtml>. Acesso em: 08 jun. 2015.

2 A crise financeira internacional em comento teve início com a política de excessiva facilitação do acesso ao crédito adotada pelos bancos norte-americanos e que acabou afetando todo o sistema financeiro mundial, maiores informações disponíveis em: <<http://revistaescola.abril.com.br/geografia/fundamentos/causou-crise-economica-mundial-470382.shtml>>. Acesso em: 06 maio 2015.

3 Atualmente o Brasil está a viver uma das crises econômicas mais agressivas de sua história, com a desvalorização de sua moeda em âmbito internacional e, por consequência, o crescimento interno da inflação, a estabilidade antes vivenciada no país está afetando diversos setores econômicos do país. Assim, há de se questionar a desenvoltura política frente a momentos de crise, visto que em 2008 houve uma atuação diferente da que por hora se averigua. Críticos econômicos alegam que, o que está a se viver, é uma crise política que assola o crescimento econômico e a confiança mercantil internacional no Brasil, confiança esta que o país outrora alçou, tanto que vivenciou um período de estabilidade econômica e recebeu incentivos e investimentos internacionais. Outros descrevem que a estabilidade de outrora nada mais representou que a maquiagem para modelos de política e políticos corruptíveis ou corruptos, por meio de políticas sociais populistas de um período governista ainda retrógrado, com base no ideário nacional do “Salvador da Pátria” sem fulcro no que seria o real

Para dar suporte ao volume de litígios decorrentes dos negócios realizados pela crescente economia brasileira, faz-se necessário uma solução jurídica ágil e eficiente, logo, para os investidores nacionais e internacionais é problemático aplicar seus recursos num local onde, no caso de qualquer desavença, teriam que se sujeitar a um procedimento legal lento e com diversas oportunidades de recurso. É nesse cenário que se observa a importância da arbitragem para a solução de conflitos desta sorte, o que auxilia o desenvolvimento da economia pátria.

Assim, faz-se necessário um estudo sobre a arbitragem como ferramenta relevante para a solução extrajudicial de litígios, oriundos de negociações e contratos internacionais, relacionados ao desenvolvimento econômico do país, tendo em vista o importante papel desempenhado por este instrumento de amparo às demandas decorrentes do comércio internacional brasileiro e das Parcerias Público-Privadas (PPP⁴), firmadas pela Administração Pública brasileira com empresas privadas nacionais e internacionais, com enfoque nas demandas envolvendo as obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), da Copa do Mundo de Futebol de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016, assim como, a utilização da arbitragem no mercado de capitais.

Tema atual e de grande valor para o desenvolvimento nacional, a arbitragem se trata de uma valiosa ferramenta fomentadora de novas parcerias comerciais e de investimentos de capital estrangeiro para Brasil, além de contribuir com a redução de processos em tramitação na morosa máquina judicial, não apenas pelas suas características primordiais: celeridade e sigilo; mas também pelo

desenvolvimento econômico brasileiro, o estrutural. Enfim, o fato é que este trabalho tem como crivo a importância e a necessidade de eleição da arbitragem como mecanismo de solução de conflitos extrajudicial apto a dirimir demandas comerciais, em especial, as existentes ou que possam vir a existir com organismos internacionais e empresas multinacionais, sem a morosidade e burocracia nata da jurisdição do Estado brasileiro. De forma que o aporte econômico do mesmo se dá no intuito de demonstrar o ambiente hábil para a implementação e a realização deste veículo como eficaz para a solução das demandas. Para tanto, válido salientar que o presente trabalho se deu com foco nos negócios oriundos dos eventos internacionais que seriam sediados no Brasil e que elegeram a arbitragem como mecanismo de solução de conflitos para ocorrências destes provenientes.

- 4 Com o viés de acrescer um caminho colaborativo, quiçá associativo, entre particulares e Estado, as Parcerias Público-Privadas visa atuações coordenadas entre os participantes com vistas a reduzir o desequilíbrio determinante colocado pelo *status* do Estado em imposições unilaterais posteriores aos contratos firmados, assim, no intuito de dirimir tal emprego, a lei que regulamenta este instituto prevê expressamente a possibilidade de implementação da arbitragem como mecanismo de solução de conflitos quando estes forem existentes (Artigo 11 da Lei nº 11.079/2004), o que demonstra por si, não apenas a necessidade e a importância, mas a real possibilidade de implantação deste veículo descrito como instrumento da liberdade negocial entre particulares e Estado.

aspecto de disponibilizar aos particulares e ao estado entre si a possibilidade de transigir, de negociar, ao invés da imposição típica da jurisdição, diminuindo o procedimento vertical por esta utilizado. Portanto, este trabalho visa demonstrar o importante papel da arbitragem no cenário atual de desenvolvimento do Brasil, em especial sua utilização no comércio internacional pátrio, nos contratos de Parcerias Público-Privadas e no mercado de capitais.

1. A POSSIBILIDADE DA INTERSEÇÃO ENTRE A ECONOMIA E A ARBITRAGEM

No panorama atual, o Brasil ocupa uma posição geopolítica de destaque, sobressaindo-se amplamente em comparação às outras economias da América do Sul e se destacando, também, em escala global, de maneira que, no ano de 2011, a economia brasileira teve o sexto maior Produto Interno Bruto (PIB) do mundo, a soma de tudo que é produzido pela economia de um país, tendo ultrapassado a economia do Reino Unido, que anteriormente ocupava a sexta posição e ficando atrás apenas dos resultados de Estados Unidos, China, Japão, Alemanha e França⁵.

Além do bom desempenho econômico, as grandes obras infraestruturais, que foram, e ainda vêm sendo, realizadas ao longo do extenso território brasileiro, têm atraído a atenção de investidores internacionais, em especial as obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) do Governo Federal, com enfoque nas obras que foram destinadas para construção de equipamentos e, conseqüente, realização da Copa do Mundo de Futebol da FIFA em 2014 e os Jogos Olímpicos a serem realizados no país em 2016; como também o comércio internacional brasileiro e as Parcerias Público-Privadas — firmadas pelo governo brasileiro com empresas privadas nacionais e internacionais (PPP).

Neste contexto, faz-se necessário a existência de um instrumento alternativo à morosa máquina judicial do Estado, que seja capaz de solucionar, com agilidade e segurança jurídica, os litígios decorrentes do crescente comércio internacional pátrio e das parcerias firmadas pela Administração Pública com a iniciativa privada, entre outros tipos de conflito que possam decorrer do vasto

5 Maiores informações disponíveis em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2011/12/brasil-ja-e-sexta-maior-economia-do-mundo-segundo-consultoria-britanica.html>>. Acesso em: 05 maio 2015.

volume de negociações em ocorrência nos tempos atuais. Percebe-se, então, que a arbitragem é uma importante ferramenta de solução extrajudicial de disputas de âmbito nacional e internacional, bem como no meio público e no privado, cuja característica comercial é utilizada de forma ampla, englobando as atividades com fins econômicos exercidas pelo menos por uma das partes em caráter habitual, portanto equivale a empresarial neste sentido.

A arbitragem comercial internacional, como seu nome indica, cuida de matérias ligadas ao comércio internacional, que é visto de modo amplo, incluindo o comércio de mercadorias, serviços, os investimentos e negócios relativos à propriedade intelectual, desde que ocorram internacionalmente, assim como outras matérias de caráter econômico ou mercantil, como as societárias (BAPTISTA, 2011, p. 62).

Desta forma, observa-se que a arbitragem comercial internacional, ramo da arbitragem internacional privada, trata de matérias afins ao comércio exterior, desempenhando importante papel nesta seara, uma vez que existe uma forte demanda por um instrumento célere e confiável de solução de litígios envolvendo o comércio internacional.

1.1. Arbitragem como instrumento de amparo às demandas decorrentes do comércio internacional brasileiro: aspectos junto ao setor público e aos mercados de capitais

A arbitragem foi paulatinamente consagrada pela legislação pátria, pelos tratados internacionais ratificados pelo Brasil e pela jurisprudência dos tribunais, sendo a edição da Lei de Arbitragem em 1996, a ratificação da Convenção de Nova York pelo Brasil em 2002 e a mudança da competência para a homologação de sentenças estrangeiras do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça através da Emenda Constitucional nº 45 em 2004, fatores que muito contribuíram para o florescimento deste instituto no país. Segundo Arnoldo Wald (2007, p. 23), houve um significativo aumento no uso da arbitragem como meio de solução de controvérsias no Brasil:

O Congresso Latino-Americano realizado pela Câmara de Comércio Internacional (CCI) no Rio de Janeiro, no dia 20 de setembro último, revelou a importância crescente da arbitragem internacional, especialmente, no que se refere ao Brasil. Foram apresentados não só teses e relatórios, mas estatísticas evidenciando o aumento do uso da solução arbitral nas nossas relações internacionais.

[...]

O Brasil se tornou o maior usuário da arbitragem na América Latina, ultrapassando países que, no passado, eram os mais importantes na matéria, como o México e a Argentina. Por outro lado, alcançamos o 4º lugar no ranking mundial da arbitragem da CCI, vindo logo após os Estados Unidos, a França e a Alemanha, mas antes de países com ampla tradição na matéria, como a Itália, a Inglaterra, a Espanha e a Suíça.

No decorrer da última década, houve uma grande ampliação nos investimentos provenientes do exterior realizados no Brasil e, também, na participação de empresas brasileiras no comércio internacional, o que contribuiu para que a arbitragem internacional se difundisse no país. O aumento das relações comerciais, entre brasileiros e partes situadas em diversos locais do mundo, geraram a elaboração de contratos, os quais em grande proporção contêm em seu texto cláusula compromissória, especialmente quando se trata de negócios jurídicos envolvendo valores elevados, desta forma, é comum que tais contratos já prevejam que no advento de qualquer desavença futura recorrer-se-á à arbitragem para sua solução.

Atualmente, é grande o número de arbitragens comerciais perante as principais instituições arbitrais internacionais, em que ao menos uma das partes é brasileira. E quanto mais contratos transnacionais forem subscritos por partes brasileiras, maior será o número de arbitragens envolvendo partes domiciliadas no nosso país. Isso se dá por dois motivos. Primeiro, porque virtualmente todos os contratos transnacionais contêm uma cláusula compromissória. Segundo, porque, por melhor que sejam as intenções das partes e a redação de um contrato, é inevitável que alguma controvérsia surja durante a sua vigência, podendo tal controvérsia ensejar a instalação de uma arbitragem, caso haja cláusula compromissória no contrato. (OLIVEIRA, 2009, p. 54).

É bastante relevante a proporção de contratos internacionais de comércio que elegem em suas cláusulas a arbitragem como o meio de solução de controvérsias a ser utilizado no advento de um litígio, o que demonstra a confiança de tais contratantes na segurança e celeridade de tal instrumento.

KLAUS PETER BERGER e HERBERT STUMPF citados por BEAT WALTER chegam a afirmar que cerca de 90% dos contratos internacionais de comércio possuem uma cláusula arbitral. FRITZ NICKLISCH, também citado por BEAT WALKER, vai além em seu estudo e chega a afirmar que nos contratos internacionais ligados à construção de complexos industriais e projetos de construção similares esse índice chega a 100% (OTTONI, 2007, p. 374).

É importante explicitar que se discute aqui acerca de grandes contratos internacionais, onde é possível observar que na maioria das vezes a arbitragem está prevista em suas cláusulas como o meio escolhido para a solução de controvérsias que podem surgir no futuro. A Lei de Arbitragem não estipula quanto deve custar uma arbitragem, assim as próprias instituições arbitrais definem o custo da arbitragem, em regra, de acordo com o valor da causa. Dessa forma, a depender do valor da causa em disputa, a arbitragem pode apresentar um custo considerável, sendo algumas vezes inviável para lides envolvendo pequenas empresas. Por outro lado, por permitir uma resolução mais célere da desavença, na arbitragem há maior possibilidade de que as empresas em litígio voltem a contratar entre si, diferentemente do que ocorre com o Poder Judiciário, no qual a indefinição na solução dos processos gera insegurança e a demora gera maior atrito, o que é prejudicial ao mundo empresarial.

Para investidores internacionais é problemático aplicar seus recursos num país no qual não tenham a segurança da existência de um mecanismo célere e confiável para a solução dos eventuais litígios que possam porventura ocorrer. No caso brasileiro, é notório que a justiça estatal não tem sido capaz de fornecer a tutela jurisdicional com presteza, portanto, neste contexto, a arbitragem surge como uma solução bastante viável, tendo, conseqüentemente, sido mais utilizada no decorrer dos últimos anos.

Investimentos de tal monta exigem solução rápida e técnica sobre conflitos que possam surgir no âmbito desses contratos. É esse, ao menos, o anseio do investidor particular. De fato, é difícil acreditar que

uma parte privada que está investindo boa quantidade de dinheiro em contratos públicos queira ver seus interesses submetidos a uma disputa que pode levar, em alguns casos, mais de dez anos para ser resolvida (DELUIGGI; BORGES, 2012, online).

Observa-se, por esse prisma, que o amadurecimento e o desenvolvimento da arbitragem no Brasil, decorrentes de uma mudança cultural de grande relevância, são fatores que acabam facilitando e auxiliando a realização de negócios internacionais no país, tendo em vista que os atores do mercado internacional tem conhecimento da lentidão do Judiciário brasileiro e veem na arbitragem uma alternativa mais viável e flexível de solução de possíveis conflitos, o que inspira maior confiança no cumprimento dos termos de contratos internacionais. Assim, é visível que há um aumento no número de arbitragens sendo realizadas nas quais estão envolvidas partes brasileiras, bem como existem casos em que árbitros brasileiros são escolhidos por partes estrangeiras para atuar na solução de seu litígio:

A verdadeira revolução cultural e institucional na matéria também se evidencia por outros dados, como o número crescente de arbitragens internacionais realizadas no Brasil. São agora numerosas as que processadas e decididas não só em São Paulo e no Rio de Janeiro, como também em Belo Horizonte, Brasília e Porto Alegre.

A lei brasileira, a qual só raramente era aplicada em arbitragens internacionais passou a sê-lo costumeiramente e grande parte dos árbitros internacionais que funcionam nesses são brasileiros. A CCI chegou também a nomear juristas brasileiros para funcionar como árbitros em litígios em que nenhuma das partes é brasileira, como ocorreu em relação a casos de interesses de vários Estados africanos de língua portuguesa (WALD, 2007, p. 23).

Muito se discute acerca da possibilidade do Poder Público se utilizar da arbitragem como meio de solução de controvérsias provenientes dos seus contratos. Um dos principais argumentos utilizados contra o uso da arbitragem é a existência do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, o qual veda que se disponha acerca do interesse público. Todavia, tem prevalecido o entendimento de que quando a Administração puder contratar, dispondo de direitos patrimoniais, esta poderá convencionar cláusula de arbitragem sem que

isso importe disposição do interesse público. João Otávio de Noronha (2011, p. 11) assevera que: “Afirma com autoridade Eros Roberto Grau, o erro em que incorrem os que assim pensam, assinalando a diferença entre a indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade de direitos patrimoniais na atuação da administração pública”.

Apesar da disposição clara da Lei Brasileira de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 1996) — no sentido de que as ‘pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis’, e mesmo de previsões expressas nas leis de parceria público-privada (Lei nº 11.079, de 2004), concessão de serviços públicos (Lei nº 8797, de 1995) e política energética nacional (Lei nº 9.478, de 1997), houve intenso debate sobre a efetiva possibilidade da submissão do poder público à arbitragem. Foram diversos os artigos escritos e congressos organizados com profissionais do mais alto calibre dedicados a discutir esse tema. A conclusão, em uníssono, foi a de que a administração pode submeter-se à arbitragem quando a controvérsia em questão disser respeito a direitos patrimoniais disponíveis. (DELUIGGI; BORGES, 2012, online).

Em relação às sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, mencionadas no parágrafo primeiro do artigo 173 da Constituição Federal pátria, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de ser possível a adoção da arbitragem como meio de solução de controvérsias:

Relativamente aos sujeitos, ou partes contratantes, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, órgão integrante do Poder Judiciário brasileiro que, constitucionalmente, tem a atribuição de definir a aplicação do direito infraconstitucional e uniformizar a jurisprudência nacional, já deu sinal claro no sentido de admitir a submissão das sociedades de economia mista à arbitragem em processo cuja decisão, nas palavras de Arnaldo Wald, ‘foi saudada com entusiasmo pela doutrina no país e no exterior, principalmente porque decisões anteriores dos nossos tribunais tinham preocupado tanto os investidores como os meios jurídicos internacionais’ (NORONHA, 2011, p. 9–10).

De fato, observa-se que a Constituição Federal pátria de 1988 deu tratamento diferenciado às sociedades de economia mista que explorem atividade

econômica, conferindo a estas sujeição ao regime jurídico de empresas privadas (Art. 173, §1º, II, CF/88). O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 904.813/PR (STJ, *online*), decidiu em favor da possibilidade da utilização da arbitragem em contratos da administração pública, autorizando de forma expressa a sua instituição mesmo em casos nos quais o edital da licitação não tenha previsto. Tal decisão do STJ garante a segurança jurídica que os investidores da iniciativa privada precisam. Em consequência a este posicionamento dos tribunais pátrios, os quais têm defendido e estimulado a arbitragem, a confiança no uso do instituto em contratos com a Administração aumenta, o que ajuda a atrair um maior número de investimentos.

A despeito das discussões existentes acerca da possibilidade da utilização da arbitragem pelo Poder Público de maneira geral, existem algumas situações específicas em que a lei dirimiu qualquer dúvida ao prever expressamente a possibilidade do uso da arbitragem pela Administração Pública.

A utilização da arbitragem para a solução de conflitos envolvendo entidades da Administração foi prevista pela primeira vez no art. 55 da Lei nº 8.666/93, que previu a possibilidade de se inserir cláusula compromissória em contratos referentes às licitações internacionais para aquisição de bens e serviços financiados por empréstimos obtidos no exterior. (COSTA; MARTINS, 2011, p. 37).

Um grande marco para o desenvolvimento da arbitragem no país foi a aprovação da Lei das Parcerias Público-Privadas, Lei nº 11.079 de 2004, a qual objetiva atrair investimentos de empresas privadas para atuar junto ao Poder Público na implementação de projetos nas áreas de saneamento, energia, transportes, habitação, entre outras. (FERNANDES, 2006). No inciso III do artigo 11 desta Lei previu-se a possibilidade do uso da arbitragem como mecanismo de resolução de disputas, com a exigência de que a arbitragem seja realizada no Brasil e em língua portuguesa, como abaixo se vê:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

[...]

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Nos contratos de concessão de serviços e de obras públicas e nos contratos de permissão de serviços públicos, regulados pela Lei nº 8.987 de 1995, também existe previsão legal expressa da possibilidade do uso da arbitragem no artigo 23-A da referida Lei, o qual foi incluído em 2005 pela Lei nº 11.196, conforme abaixo se pode observar:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Nesta seara, merece destaque a importância da possibilidade do uso da arbitragem nas parcerias público-privadas, especialmente no momento histórico em que se encontra o Brasil, no qual a Administração Pública tem interesse em realizar parcerias com a iniciativa privada para realizar grandes obras estruturais e, conforme se comentou anteriormente, investidores enxergam a arbitragem como uma alternativa confiável e célere, sendo uma opção muito viável frente ao moroso Poder Judiciário brasileiro. Conforme informações da Câmara Americana de Comércio ou *American Chamber of Commerce* – AMCHAM — em São Paulo (30 nov. 2011):

A urgência com que as obras de infraestrutura precisam ser conduzidas e a necessidade de atrair investidores estrangeiros para os projetos de Parceria Público-Privada (PPP) favorecem o uso da arbitragem no Brasil como meio para solucionar pendências. A razão disso é que a arbitragem oferece mais agilidade do que o Poder Judiciário, segundo os especialistas que participaram do seminário 'Arbitragem nas Transações Empresariais Internacionais e Gerenciamento de Conflitos: As Perspectivas Norte-Americanas e Brasileiras' na terça-feira (29/11) na Amcham – São Paulo.

Observa-se nesta perspectiva que a arbitragem, além de ser vista como um instrumento célere de resolução de controvérsias, passa a ser percebida também como um fator que facilita a realização de parcerias entre a Administração Pública brasileira e a iniciativa privada, posto que esta última se sente mais confiante para

contratar com o Estado quando sabe que pode se valer da arbitragem no advento de controvérsias no decorrer do cumprimento do contrato. Segundo a Câmara Americana de Comércio situada em São Paulo (29 nov. 2011):

A arbitragem não é somente um meio alternativo ao Judiciário para solução de conflitos. Ela tem sido vista como o instrumento mais apropriado nesse cenário de complexidade dos negócios e incremento das atividades econômicas no Brasil. A arbitragem é a justiça privada com a mesma segurança jurídica que a estatal, mas que representa mais velocidade e especialização, avaliou Roberto Pasqualin, presidente do Centro de Arbitragem da Amcham. O mecanismo, segundo o especialista, permite a resolução dos casos, preservando as atividades operacionais corporativas.

O Brasil passa, atualmente, por um momento de realização de grandes obras estruturais, seja por conta do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) do Governo Federal, seja pelas obras que estão em curso por conta dos eventos esportivos que o Brasil sediou e sediará em breve (Copa do Mundo de Futebol em 2014 e Olimpíadas em 2016) e grande parte destas obras está sendo feita através de Parcerias Público-Privadas (PPP) em cujos contratos há previsão do uso da arbitragem. Conforme informações da Câmara Americana de Comércio em São Paulo (29 nov. 2011):

No entendimento de Eduardo Gleber, advogado do escritório Gleber Advogados, os eventos esportivos mundiais que serão sediados no Brasil amplificarão a tendência. “Os programas de investimentos da Copa do Mundo e das Olimpíadas são geradores de obrigações contratuais, o que significa a necessidade de buscar ferramentas para resolver litígios que fatalmente surgem, e a arbitragem é um dos mecanismos mais adequados e céleres para não deixar essas questões serem discutidas em juízo”.

Nos últimos anos, o Brasil vem se afirmando como uma relevante força econômica mundial e, também, como força política, tendo, inclusive, interesse em fazer parte do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU). Neste contexto, é de grande importância estratégica para os planos do país ser sede de eventos internacionais de tanta magnitude e a arbitragem é apontada por especialistas como o instrumento mais adequado para dar suporte às demandas decorrentes da estruturação de tais eventos.

O Mercado de Capitais é, também, um campo em que há grande necessidade de celeridade na resolução das controvérsias, até porque as mudanças ocorrem num ritmo bastante acelerado, de maneira que a arbitragem tem sido utilizada para atender a mais essa demanda.

A arbitragem aparece como instrumento cada vez mais legitimado para uma resolução de controvérsias que atenda às exigências próprias do mercado de capitais, cujas características são incompatíveis com a atual configuração de nosso Poder Judiciário. Pesquisa realizada há dois anos, em conjunto pela PriceWaterHouse-Coopers e pela Queen Mary University, de Londres, revela que, 88% das companhias sondadas preferem a arbitragem, em relação ao contencioso judicial, para a resolução de suas controvérsias (LÉVY, 2010, p. 275).

No Brasil, a Lei nº 10.303 acrescentou, em 2001, o parágrafo 3º ao artigo 109 da Lei das Sociedades Anônimas, Lei nº 6.404/76, o qual afirma expressamente ser possível a utilização da arbitragem para dirimir conflitos societários: “§3º. O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar”.

A inclusão do supramencionado dispositivo na Lei das Sociedades Anônimas apenas tornou expressa uma possibilidade que já estava subentendida, mas foi importante para a divulgação do uso da arbitragem no mercado de capitais. Tal segmento da economia recepcionou bem a arbitragem por esta possuir características essenciais à prática negocial, especialmente, confidencialidade, especialização dos julgadores e a possibilidade de lidar mais eficazmente com litisconsórcios multitudinários, que em regra causam uma grande dilação de tempo no judiciário. Assevera Daniel de Andrade Lévy (2010, p. 278) que: “o crescimento da arbitragem no mercado de capitais é constatação indiscutível, no Brasil, e no mundo”.

A Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA), antes mesmo da previsão expressa na Lei das Sociedades Anônimas da possibilidade de uso da arbitragem na solução de conflitos, previu a adoção obrigatória da arbitragem pelas companhias que aderissem a determinados níveis de governança corporativa (Nível 2 e Nível “Novo Mercado”). E, a exemplo de outras bolsas de valores, tais como a NASD, NYSE, *Chicago Stock Exchange*, nos Estados Unidos, a *Internacional Cotton Association*, no Reino Unido, a *Frankfurt Stock Exchange*,

na Alemanha, entre várias outras, criou uma câmara arbitral própria, a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM). (LÉVY, 2010).

Diferentemente do que fizeram outras bolsas de valores, a Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA) não obriga que seus participantes se submetam à sua própria câmara arbitral, primeiramente porque apenas as companhias que tenham interesse em se vincular aos mencionados níveis de governança precisam aderir à Câmara de Arbitragem do Mercado, e, também, porque mesmo as que optem por aderir aos níveis de governança em comento podem escolher outra instituição arbitral ou uma arbitragem *ad hoc*, na qual, diferentemente da arbitragem institucional, as partes não se vinculam a uma instituição arbitral, de maneira que o procedimento é determinado pelas partes ou pelo próprio árbitro. (LÉVY, 2010).

Observa-se, em virtude do estudado, o quanto o instituto da arbitragem é versátil, posto que é de enorme utilidade para os mais diversos campos da economia brasileira, sendo além de um instrumento célere, flexível e confiável de solução de disputas, um fator facilitador do desenvolvimento econômico pátrio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar o papel da arbitragem no atual panorama das relações comerciais internacionais, verifica-se que a mesma é ponto de partida recorrente para a solução sigilosa e célere dos conflitos destas provenientes. Diferentemente não poderia ocorrer no Brasil, com a promulgação da Lei da Arbitragem em 1996, o país assinou a possibilidade da sociedade dirimir suas querelas sem a morosidade e a burocracia a muito arraigada ao Poder Judiciário, em razão do excesso de formalismos, recursos e dilação temporal. Bem como, com a assinatura da Convenção de Nova York, ponto marcante que facilitou o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, aditando-se a estas a declaração de constitucionalidade da Lei nº 9.307/96 pelo Supremo Tribunal Federal, o que culminou a legitimidade da lei, dirimindo questionamentos existentes e auxiliando a expansão do uso do instituto.

Para tanto, é analisado o papel desempenhado pela arbitragem no atual cenário de desenvolvimento econômico do Brasil, especialmente no que tange a sua utilização na resolução de conflitos envolvendo contratos de comércio internacional e de Parcerias Público-Privadas no país e, também, no mercado de capitais. Logo,

a utilização da arbitragem como instrumento de resolução de conflitos decorrentes destas relações é essencial para a consolidação do desenvolvimento econômico pátrio visto que o aparelho jurídico do Estado brasileiro há bastante tempo não consegue comportar a demanda existente, de forma que processos chegam a demorar uma década apenas em primeira instância. Assim, faz-se necessário uma solução jurídica ágil e eficiente para dar suporte aos litígios decorrentes dos negócios realizados pela crescente economia brasileira. Neste cenário, a arbitragem surge como uma opção viável, pois pode aliar celeridade e segurança jurídica, o que muito se busca pelo setor econômico. As características da arbitragem se confundem com suas vantagens em relação ao Poder Judiciário, uma vez que esta é mais célere, menos burocrática, sigilosa e com a possibilidade de ser decidida por um árbitro com conhecimentos técnicos sobre a matéria discutida no conflito.

O crescimento do uso da arbitragem no Brasil é visível, outrossim, o amadurecimento e o desenvolvimento deste instrumento são fatores que acabam facilitando a realização de negócios internacionais no país, tendo em vista que os atores do mercado internacional tem conhecimento da lentidão do Judiciário brasileiro e veem na arbitragem uma alternativa mais viável e flexível de solução de possíveis conflitos, o que inspira maior confiança no respeito aos termos dos contratos.

O setor público também tem se valido da arbitragem para resolver litígios envolvendo matérias de direitos patrimoniais disponíveis, o que conforme a jurisprudência pátria predominante é plenamente possível. Nesta seara, merece destaque a importância da possibilidade do uso da arbitragem nas relações comerciais internacionais brasileiras, nas parcerias público-privadas e no mercado de capitais, que é um campo em que há grande necessidade de celeridade na resolução das controvérsias, até porque as mudanças ocorrem num ritmo bastante acelerado, de maneira que a arbitragem tem sido utilizada para atender a mais essa demanda. Tal segmento da economia recebeu bem a arbitragem por esta possuir características essenciais à prática negocial, especialmente, confidencialidade, especialização dos julgadores e a possibilidade de lidar mais eficazmente com litisconsórcios multitudinários. A Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA) previu a adoção obrigatória da arbitragem pelas companhias que aderissem a determinados níveis de governança corporativa e, a exemplo de outras bolsas de valores, criou uma câmara arbitral própria, a Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM).

Percebe-se, portanto, que a arbitragem apresenta mais de uma faceta, pois além de ser um meio de solução extrajudicial de disputas de enorme utilidade para os mais diversos campos da economia brasileira, presta um importante papel de apoio ao desenvolvimento nacional, posto que a sua utilização é vista positivamente pelos atores do mercado, sendo o seu uso um fator facilitador da realização de negócios.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial e internacional**. São Paulo: Lex, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

BRASIL. **Lei 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BRASIL. **Lei 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BRASIL. **Lei 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Regulamenta a arbitragem no Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BRASIL. **Lei 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jan. 2012.

CÂMARA AMERICANA DE COMÉRCIO—AMCHAM. **Arbitragem avança no Brasil devido à fase de consolidação de negócios, internacionalização de atividades e atratividade de investimentos**, São Paulo, 29 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.amcham.com.br/regionais/amcham-sao-paulo/noticias/2011/arbitragem-avanca-no-brasil-devido-a-fase-de-consolidacao-de-negocios->

internacionalizacao-de-atividades-e-atratividade-de-investimentos/?searchterm=arbitragem>. Acesso em: 10 abr. 2012.

CÂMARA AMERICANA DE COMÉRCIO – AMCHAM. **Necessidade de acelerar projetos e atrair investidores torna administração pública mais receptiva à arbitragem**, São Paulo, 30 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.amcham.com.br/regionais/amcham-sao-paulo/noticias/2011/necessidade-de-acelerar-projetos-e-atrair-investidores-torna-administracao-publica-mais-receptiva-a-arbitragem/?searchterm=arbitragem>>. Acesso em: 10 abr. 2012.

COSTA, Bruno Andrade; MARTINS, Danilo Ribeiro Miranda. Arbitragem exercida por entes públicos: uma proposta de regulamentação. **Fórum Administrativo**: direito público, Belo Horizonte, v. 11, n. 122, p. 36–43, abr. 2011.

DELUIGGI, Marco; BORGES, Tiago Adão. Arbitragem nos contratos administrativos. São Paulo: **Valor Econômico**, 23 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/2496482/arbitragem-nos-contratos-administrativos>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

FERNANDES, Amanda Brisolla. Arbitragem e aspectos da cláusula arbitral no âmbito das PPPs. **Boletim de Licitações e Contratos: BLC**, São Paulo, v. 19, n. 7, p. 643–645, jul. 2006.

LÉVY, Daniel de Andrade. Estudo comparado da arbitragem no mercado de capitais. **Revista de direito mercantil**: industrial, econômico e financeiro, São Paulo, v. 49, n. 155/156, p. 275–300, ago./dez. 2010.

NORONHA, João Otávio de. Arbitragem nos setores regulados. **Fórum Administrativo**: direito público, Belo Horizonte, v. 11, n. 129, p. 9–13, nov. 2011.

OLIVEIRA, Pedro Alberto Costa Braga de. Arbitragem Internacional. Qual Instituição? **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, Ano XIII, n. 300, p. 54–55, jul. 2009.

OTTONI, Davi Niemann. Arbitragem privada internacional. **Ciência Jurídica**, Belo Horizonte, v. 21, n. 135, p. 373–393, maio/jun, 2007.

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 904.813 / PR. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 15 jan. 2012.

WALD, Arnoldo. A arbitragem comercial internacional. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, Ano XI, n. 261, p. 22–23, nov. 2007.