



# DIÁLOGO AMBIENTAL, CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

Volume

7

**Coordenadores**

*Jorge Miranda*

*Carla Amado Gomes*

**Organizadores**

*Bleine Queiroz Caúla*

*Marco Anthony Steveson Villas Boas*

*Valter Moura do Carmo*





**DIÁLOGO AMBIENTAL,  
CONSTITUCIONAL E  
INTERNACIONAL**

**VOL. 7**



Coordenadores  
Jorge Miranda  
Carla Amado Gomes

Organizadores  
Bleine Queiroz Caúla  
Marco Anthony Steveson Villas Boas  
Valter Moura do Carmo



**DIÁLOGO AMBIENTAL,  
CONSTITUCIONAL E  
INTERNACIONAL**

**VOL. 7**

*Copyright* © 2017 by  
Bleine Queiroz Caúla  
Marco Anthony Steveson Villas Boas  
Valter Moura do Carmo

Categoria: Direito Ambiental, Constitucional e Internacional

Produção Editorial  
Escola Superior da Magistratura Tocantinense

Revisão Gramatical: Maria Ângela Barbosa Lopes

A Escola Superior da Magistratura Tocantinense  
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  
Escola Superior da Magistratura Tocantinense

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

#### DADOS INTERNACIONAIS PARA CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

D53 6 Diálogo ambiental, constitucional e internacional, vol. 7 / coordenadores  
Jorge Miranda, Carla Amado Gomes; organizadores Bleine Queiroz  
Caula, Marco Anthony Steveson Villas Boas, Valter Moura do Carmo.  
– Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017.  
xxxiii, 404 p. ; 23 cm.

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-93896-00-2

1. Direito. 2. Direito ambiental. 3. Direito constitucional. 4- Direito in-  
ternacional. 5. Direitos humanos. I. Miranda, Jorge. II. Gomes, Carla  
Amado. III. Caula, Bleine Queiroz. IV. Villas Boas, Marco Anthony  
Steveson. V. Carmo, Valter Moura do.

CDU 349.6

## COMISSÃO CIENTÍFICA

---

Alexandre Sousa Pinheiro – FDUL  
Angela Issa Haonat – UFT  
Ana Maria D'Ávila Lopes – UNIFOR  
Bleine Queiroz Caúla – UNIFOR  
Carla Amado Gomes – FDUL  
César Barros Leal – UFC  
Délton Winter de Carvalho – UNISINOS  
Elvira Domínguez-Redondo – Middlesex University  
Francisco Lisboa Rodrigues – FAC e FANOR  
Francisco Luciano Lima Rodrigues – UNIFOR  
Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED  
João Pedro Oliveira de Miranda – FDUL  
Jorge Miranda – FDUL  
Leonel Severo Rocha – UNISINOS  
Lídia Maria Ribas – UFMS  
Lívia Gaigher Bósio Campello – UFMS  
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima – UNIFOR  
Orides Mezzaroba – UFSC  
Susana Borràs Pentinat – Universitat Rovira i Virgili  
Valério de Oliveira Mazzuoli – UFMT  
Valter Moura do Carmo – UNIMAR  
Wagner Menezes – USP





## COORDENADORES

---

### **Jorge Miranda**

Licenciado em Direito (1963). Doutor em Ciências Jurídico-Políticas (1979). Professor Catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Nas duas Faculdades já exerceu a regência de todas as disciplinas do Grupo de Ciências Jurídico-Políticas, mantendo hoje a seu cargo as de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais. Também na Faculdade de Direito de Lisboa, exerceu funções como Presidente do Conselho Científico (1988-1990 e 2004-2007) e Presidente do Conselho Directivo (1991-2001). Integrou ainda Comissão Científica da Escola de Direito da Universidade do Minho (1973-2005) e coordenou a Licenciatura em Direito da Universidade Católica Portuguesa (1983-1989). Eleito nas listas do Partido Popular Democrático, foi Deputado na 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 actual Tribunal Constitucional. 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). Presidente Honorário Vitalício do Instituto Luso Brasileiro de Direito Público.

### **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 ações 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 Internacional Ambiental pela Universidade Rovira I Virgili, Tarragona – Espanha. Doutoranda em Direito – Área Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Administração de Empresas e Especialista em Direito Processual Civil pela Unifor. Pedagoga e Advogada premiada com o V Prêmio Innovare, 2008, pelo trabalho realizado como Assessora do Projeto Cidadania Ativa (2005-2008). Membro do Conselho Editorial do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos. Coordenadora do Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. Professora Assistente da Universidade de Fortaleza – Graduação em Direito e Pós-Graduação. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Internacionais (NEI) e do NUPESQ da Universidade de Fortaleza. Obras publicadas: O Direito Constitucional e a Independência dos Tribunais Brasileiros e Portugueses: aspectos relevantes; Direitos Fundamentais: uma perspectiva de futuro; A Lacuna entre o Direito e a Gestão do Ambiente: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais. E-mail: [bleinequeiroz@yahoo.com.br](mailto:bleinequeiroz@yahoo.com.br).

### **Marco Anthony Steveson Villas Boas**

Desembargador com Assento no Tribunal de Justiça do Tocantins. Diretor Geral da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Vice-Presidente do Colégio Permanente de Diretores das Escolas Estaduais da Magistratura (COPEDEM). Vice-Presidente, Corregedor e Diretor da Escola Judiciária Eleitoral (EJETO) do Tribunal Regional Eleitoral (TRE) do Tocantins. Ex-Presidente do Tribunal de Justiça do Tocantins, do Colégio de Presidentes de Tribunais Eleitorais do Brasil (COPTREL) e do Colégio de Corregedores Eleitorais do Brasil (COCEL). Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). E-mail: [marcovillasboas@uol.com.br](mailto:marcovillasboas@uol.com.br).

**Valter Moura do Carmo**

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR), com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutor 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.

## AUTORES

---

### **Andrine Oliveira Nunes**

Professora e Coordenadora do curso de Direito e do curso de Especialização em Direito e Processo Civil; e Direito Tributário do Centro Universitário Estácio do Ceará. Especialista em Direito Processual Civil e em Direito e Processo Tributário. Mestre e Doutora em Direito Constitucional. Pesquisadora do Grupo GELP-COLIN da UECE. andrine.nunes@estacio.br.

### **Angela Issa Haonat**

Doutora em Direito do Estado com subárea em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora Adjunta na Universidade Federal do Tocantins (UFT), no mestrado e na graduação. Professora na Faculdade Católica do Tocantins. Professora na Faculdade Serra do Carmo. Coordenadora de Pós-Graduação na Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). Advogada em Palmas/TO. E-mail: ahaonat@gmail.com.

### **Antônio Jorge Pereira Junior**

Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Vencedor do Prêmio Jabuti 2012, categoria Direito, com o livro “Direitos da criança e do adolescente em face da TV” (Saraiva, 2011). Professor do Programa de Mestrado de Doutorado em Direito da Universidade de Fortaleza (PPGD-UNIFOR). E-mail: antoniojorge2000@gmail.com.

### **Armando Soares de Castro Formiga**

Mestre em Direito (Ciências Jurídico-Históricas) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Doutorando em Direito (Ciências Jurídico-Históricas) pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Portugal. Professor do curso de Direito na Universidade do Tocantins

(UNITINS) e na Faculdade Católica do Tocantins (FACTO). Advogado e Consultor Legislativo da Assembleia Legislativa do Estado do Tocantins. Autor dos livros: *Primeiros Estudos em Coimbra* (2003); *Periodismo Jurídico no Brasil do Século XIX* (2010); *Aspectos da Codificação Civil no Século XIX*. E-mail: armandoforniga@yahoo.com

### **Bárbara de Sales Gomes**

Graduanda em Direito pela Faculdade Luciano Feijão (FLF). E-mail: barbaradesales@hotmail.com.

### **Bruna Souza Paula**

Doutoranda do curso de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, 2012, diploma revalidado em 2013. Especialista em Direito Processual pela Unisul, 2008, e em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, 2009. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza, 2007.

### **Danielle Maia Cruz**

Doutora e Mestre em Sociologia pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Realizou estágio na New York University (NYU), em 2012. Membro permanente do corpo docente da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professora efetiva do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos da Unifor. Professora colaboradora do Mestrado acadêmico em Avaliação de Políticas Públicas da Universidade Federal do Ceará. E-mail: dmaiacruz7@gmail.com.

### **Deilton Ribeiro Brasil**

Pós-Doutorando em Direito Constitucional pelo Departamento de Giurisprudência da Università Degli Studi de Messina, Itália. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho do Rio de Janeiro-RJ. Mestre em Direito pela Faculdade Milton Campos de Belo Horizonte-MG. Professor do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves (IPTAN) e da

Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br.

### **Elizeide Santiago Martins**

Pós-Graduada em Mediações e Gestão de Conflitos e Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Ciências Contábeis e Licenciatura Plena pela Universidade Vale do Acaraú (UVA). E-mail: elizeidemartins@hotmail.com.

### **Francisco Gilson Rebouças Pôrto Júnior**

Professor da Universidade Federal do Tocantins. Doutor em Comunicação e Cultura Contemporâneas pela Faculdade de Comunicação da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Educação pela Faculdade de Educação (UnB). Graduado em Comunicação Social/Jornalismo (ULBRA) e Pedagogia (UnB); E-mail: gilsonportouft@gmail.com.

### **Greice Lopes Bernardo**

Graduada do curso de Direito do Centro Universitário Estácio. Graduada em Gestão de Negócios em Hotelaria e Turismo pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (2007).

### **Jéssica Painkow Rosa Cavalcante**

Graduada em Direito. Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil. Advogada inscrita na OAB-TO. Mestranda em Direitos Humanos no Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar da Universidade Federal do Goiás e aluna do Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário e Agronegócio. E-mail: jessicapainkow@hotmail.com.

### **José Jackson Nunes Agostinho**

Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (1989). Pós-Graduado em Direito Público (1999) e em Direito e Processo do Trabalho (2002), pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Internacional, pela Universidad Autónoma de Assuncion. Mestrando em Direito Constitucional pela

Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Coordenador adjunto e professor do curso de Direito do Centro Universitário Estácio do Ceará – ESTÁCIO-FIC (Graduação e Pós-Graduação).

### **Karina Rodrigues de Freitas**

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). E-mail: karodrigues@mail.uft.edu.br.

### **Káríta Barros Lustosa**

Mestranda – Programa Mestrado Interdisciplinar Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos – UFT. Professora do Centro Universitário Unirg e Advogada. E-mail: karytabarros@hotmail.com.

### **Kendi Ito Junior**

Acadêmico do Programa de Mestrado em Gestão de Políticas Públicas da Universidade Federal do Tocantins. Bacharel em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins. Especialista em Gestão Pública pela Universidade Federal do Tocantins. E-mail: kendi@uft.edu.br.

### **Laécio Noronha Xavier**

Advogado. Doutor em Direito Público/UFPE. Mestre em Direito Constitucional/UFC. Especialista em Economia Política/UECE. Professor de Direito Internacional Público/UNIFOR e de Ciência Política e Direito Urbanístico/FCRS. E-mail: laecio.interagir@ibest.com.br.

### **Lara Lúvia Cardoso Costa Bringel**

Graduada em Direito pela Universidade de Marília – Marília/SP. Especialista Lato Sensu em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina – Londrina/PR. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC), Goiânia/GO. Doutoranda em Tecnologia Nuclear pelo Instituto de Pesquisas em Energia Nuclear/Universidade de São Paulo (IPEN/USP). Professora de Direito Constitucional da Católica do Tocantins, CEULP/ULBRA-TO e Faculdade



Serra do Carmo. Coordenadora da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público da Católica do Tocantins. E-mail: laraliviacardoso@hotmail.com.

### **Leandro José de Souza Martins**

Mestre em Filosofia pela UFOP. Bacharel em Direito pela FDCL. Professor EBTT de Filosofia, Sociologia e Introdução ao Direito no Instituto Federal de Minas Gerais (IFMG), Campus Ouro Branco. E-mail: leandro.martins@ifmg.edu.br.

### **Leonardo Matheus Barnabé Batista**

Graduado em Direito. Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil. Residente Jurídico pelo Programa de Residência com Acesso à Pós-Graduação em Prática Judiciária (PRJud), oferecido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, por meio da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). E-mail: leonardo.matheus.bb@gmail.com.

### **Liliane de Moura Borges**

Mestre em Ciências Ambientais e Saúde pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás-PUC-GO. Professora de ensino superior do curso de Direito da Sociedade Serra do Carmo, Palmas-TO. Técnica em Defesa do Consumidor, PROCON-TO. lilianeborgesm.adv@gmail.com.

### **Mayara Helena Menezes de Oliveira**

Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Assistente Técnica na Secretaria do Trabalho e Desenvolvimento Social (STDS). E-mail: mayara.oliveiraa11@gmail.com.

### **Nayana Guimarães Souza de Oliveira**

Mestranda em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Pós-Graduada em Ciências Criminais pela Rede Juris (unidade de Goiânia-GO). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Assessora Técnica de Desembargador no Tribunal de Justiça do Tocantins (TJTO).

### **Nicole de Almeida Correa**

Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Monitora de Direito Administrativo pelo Programa de Monitoria Institucional da Unifor. E-mail: nicolecorrea2@hotmail.com.

### **Patrícia Medina**

Doutora em Cultura e Processos Educacionais (UFG). Mestre em Administração de Sistemas Educacionais (PUCRS). Pedagoga (FAPA). Bacharel em Direito (UFT). Professora Adjunta da Universidade Federal do Tocantins. Coordenadora do Núcleo de Educação Não Escolar da UFT. Editora Assistente da Revista Esmat. Editora Científica da Revista Adsumus da Defensoria Pública do Tocantins. E-mail: patriciamedina@uft.edu.br

### **Pedro Henrique da Silva Solon**

Graduando em Direito pela Faculdade Católica Rainha do Sertão. E-mail: pedrosolon12@outlook.com.

### **Pedro Rafael Malveira Deocleciano**

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor do Centro Universitário Católico de Quixadá. Mestre em Direito Constitucional pela Unifor. E-mail: pedrorafael@unicatolicaquixada.edu.br.

### **Renata Rodrigues de Castro Rocha**

Doutora e Mestre em Ciência Florestal pela Universidade Federal de Viçosa (UFV), Minas Gerais. Professora Adjunta do curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Professora do Programa Mestrado Interdisciplinar Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT). E-mail: renatarocha@uft.edu.br.

### **Rodolfo Salassa Boix**

Abogado, por la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (UNC). Magister en Derecho de la Empresa y la Contratación y Doctor en Derecho, ambos por la Universidad Rovira i Virgili de Tarragona, España (URV).

Profesor de Derecho tributario en el grado y postgrado de la UNC y en el postgrado de la URV. Investigador del CONICET. Director de la Editorial Ciencia, Derecho y Sociedad y Pro-Secretario de Ciencia y Técnica de la Facultad de Derecho de la UNC. Director del proyecto de investigación titulado “La Fiscalidad Ambiental en el ordenamiento jurídico argentino a partir del marco de la Constitución Nacional”, financiado por la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (SECYT-UNC). Correo electrónico: [rodolfoboix@hotmail.com](mailto:rodolfoboix@hotmail.com).

### **Sócrates Costa Oliveira**

Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-Graduando Lato Sensu em Direito Tributário (Universidade de Fortaleza). Intercâmbio Erasmus na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), em 2015. E-mail: [socratesoliveira@outlook.com](mailto:socratesoliveira@outlook.com).

### **Suyene Monteiro da Rocha**

Doutora em Biotecnologia – BIONORTE/UFAM. Mestre em Ciências do Ambiente – UFT. Professora Adjunta no curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins. Professora no Programa Mestrado Interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos – UFT. Coordenadora do grupo de pesquisa CNPq: Políticas Públicas Ambientais e Sustentabilidade. E-mail: [suyenerocha@uft.edu.br](mailto:suyenerocha@uft.edu.br).

### **Tatiana Façanha Borges**

Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-Graduanda Lato Sensu em Direito e Processo do Trabalho (Universidade Metodista de São Paulo). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa de Direito do Trabalho da Unifor. E-mail: [tatianafacanha@hotmail.com](mailto:tatianafacanha@hotmail.com).

### **Valéria da Silva Medeiros**

Professora Doutora em Estudos da Literatura pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, com Pós-Doutorado em Teoria Literária pela PUC-Rio. Atualmente é Professora adjunta de Teoria da Literatura Comparada na

graduação em Letras e docente no Programa de Pós-Graduação em Ensino de Língua e Literatura da Universidade Federal do Tocantins, campus de Araguaína.

### **Vanessa Batista Oliveira**

Professora do curso de Direito e do curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Processual Civil. Mestre em Direito Constitucional. Pesquisadora organizadora do Grupo de Pesquisa de Direito do Trabalho da Unifor. E-mail: [vanessaoliveiraunifor@gmail.com](mailto:vanessaoliveiraunifor@gmail.com).

### **Wellington Magalhães**

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJTO). Membro do Comitê Técnico de Formação e Pesquisa da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Tutor de ensino à distância do Centro de Aperfeiçoamento e Formação de Servidores do Poder Judiciário (CEAJUD/CNJ). Professor e coordenador de cursos da Escola Superior da Magistratura do Tocantins (ESMAT). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra – Portugal (FDUC). Possui título de especialista em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL) e em Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrigae Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (IGC/FDUC). E-mail: [magalhaes.dr@gmail.com](mailto:magalhaes.dr@gmail.com).

## SUMÁRIO

---

**PREFÁCIO** ..... **XXV**

**APRESENTAÇÃO**..... **XXVII**

### *Ambiental*

**LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE A TRAVÉS  
DE LA TRIBUTACIÓN: UNA ALTERNATIVA PARA  
SOLUCIONAR LA PROBLEMÁTICA ECOLÓGICA EN  
ARGENTINA GENERADA POR EL MONOCULTIVO**..... **1**

*Rodolfo Salassa Boix*

**CONSIDERAÇÕES SOBRE TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL  
NO BRASIL: UMA GARANTIA AO DIREITO  
FUNDAMENTAL AO AMBIENTE?**..... **35**

*Bleine Queiroz Caúla  
Nicole de Almeida Correa  
Sócrates Costa Oliveira*

**PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO  
AMBIENTAL E CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE: ANÁLISE DA LEI  
ESTADUAL Nº 2.713/2013** ..... **57**

*Angela Issa Haonat  
Karina Rodrigues de Freitas*

<b>OS DESAFIOS DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE E DOS DIREITOS HUMANOS</b> .....	<b>77</b>
---	-----------

*Deilton Ribeiro Brasil  
Leandro José de Souza Martins*

<b>UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DOS RECURSOS HÍDRICOS E A TECNOLOGIA NUCLEAR COMO ATIVIDADE ECONÔMICA BRASILEIRA</b> .....	<b>95</b>
--	-----------

*Lara Livia Cardoso Costa Bringel*

<b>AS NOVAS DIRETRIZES PARA EFETIVAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	<b>113</b>
---	------------

*Kárita Barros Lustosa  
Suyene Monteiro da Rocha  
Renata Rodrigues de Castro Rocha*

<b>LIMITAÇÕES LEGAIS NO PROCESSO DE CRIAÇÃO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO MUNICIPAIS EM ÁREAS URBANAS, PRIVADAS E COM ÍNDICES DE APROVEITAMENTO CONSTRUTIVOS</b> .....	<b>129</b>
---	------------

*Laécio Noronha Xavier*

<b>SENTIDOS DE NATUREZA VIA MÉTODO FENOMENOLÓGICO-HERMÊUTICO EIXO TEMÁTICO AMBIENTAL</b> .....	<b>145</b>
--	------------

*Patrícia Medina*

<b>PRESERVAÇÃO DA CULTURA E OS CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS: OS POVOS QUILOMBOLAS NO ESTADO DO TOCANTINS E O DILEMA ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E SANÇÕES AMBIENTAIS.....</b>	<b>163</b>
--	------------

*Armando Soares de Castro Formiga  
Jéssica Painkow Rosa Cavalcante  
Leonardo Matheus Barnabé Batista*

<b>O CONSUMIDOR, O CONSUMO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TUTELA CONSTITUCIONAL E SUAS INTERFACES COM A EDUCAÇÃO E O MEIO AMBIENTE.....</b>	<b>181</b>
---	------------

*Liliane de Moura Borges*

## ***Constitucional***

<b>O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL.....</b>	<b>201</b>
--	------------

*Wellington Magalhães*

<b>INCLUSÃO DA PESSOA SURDA NO MERCADO DE TRABALHO EXISTE? – UMA ANÁLISE À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....</b>	<b>223</b>
--	------------

*Tatiana Façanha Borges  
Vanessa Batista Oliveira  
Andrine Oliveira Nunes*

**REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: MELHOR SOLUÇÃO OU MAIOR ABANDONO? ..... 239**

*Antônio Jorge Pereira Jr.  
Elizeide Santiago Martins  
Mayara Helena Menezes de Oliveira*

**A RELATIVIZAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO: UM DIÁLOGO COM OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS À PRIVACIDADE E INTIMIDADE ..... 257**

*Deilton Ribeiro Brasil  
Leandro José de Souza Martins*

**REFLEXÕES SOBRE A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA HUMANA E A POSTURA DO STF ..... 279**

*Bárbara de Sales Gomes  
Danielle Maia Cruz  
Andrine Oliveira Nunes*

**A LIMITAÇÃO DA SOBERANIA NACIONAL PELO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NA PERSPECTIVA DE DALMO DE ABREU DALLARI ..... 299**

*Kendi Ito Junior  
Ângela Issa Haonat  
Francisco Gilson Rebouças Pôrto Junior*

**O PODER JUDICIÁRIO E O DISCURSO DA CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS ..... 313**

*Nayana Guimarães Souza de Oliveira  
Valéria da Silva Medeiros*



<b>O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR VERSUS O DIREITO DE INTIMIDADE DO CONTRATADO .....</b>	<b>329</b>
--	------------

*José Jackson Nunes Agostinho  
Greice Lopes Bernardo  
Bruna Souza Paula*

## ***Internacional***

<b>CONVENCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL: A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA .....</b>	<b>357</b>
---	------------

*Pedro Rafael Malveira Deocleciano  
Pedro Henrique da Silva*



## PREFÁCIO

---

Vem a lume o Vol.7 da série “Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional”, coordenado pelos eminentes professores Jorge Miranda e Carla Amado Gomes, e tendo como organizadores os professores: Bleine Queiroz Caúla, Marco Anthony Steveson Villas Boas e Valter Moura do Carmo.

Trata-se de textos defendidos no Seminário Internacional VIII “Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional”, constituindo-se em seus anais.

A relevância dos temas abordados demarca e realça o então olvidado meio ambiente, assim mercê da ação predatória do ser humano, assumindo uma grandeza suprema da sobrevivência no Planeta Terra, daí a preservação anunciada e reclamada da natureza e de todos seus recursos naturais.

Sobrevieram a crise hídrica, causada pela estiagem prolongada, com a solução aventada de transposição do Rio São Francisco; a crise energética, com surgimento de formas alternativas de energia; o degelo das calotas antárticas; a devastação das florestas; a contaminação dos mananciais; a poluição da atmosfera pela emissão constante de gases poluentes; os atos tenebrosos de uma tragédia apocalíptica anunciada.

Reconhece-se ao cidadão o direito de usufruir do ambiente que o cerca, ao mesmo tempo em que se lhe impõe deveres, no sentido de se garantir a utilização racional dos recursos ambientais. Ao direito – no seu papel de regulador da conduta e da vida humana em sociedade – cabe desenvolver mecanismos de atuação do homem sobre o meio em que vive e de proteção do ambiente.

Embora exista intensa legislação sobre o tema, a proteção ambiental exige mais, na medida em que é apenas através da adoção de mecanismos de controle e da aplicação da lei eficazmente que se poderá alcançar a racional utilização do meio ambiente.

A constitucionalização do direito ambiental demonstra a importância que se reconhece ao tema. Todavia, essa importância apenas ganha forma se não for refletida na conduta social.

A temática abordada pelos conferencistas do “Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional” bem ressalta a importância do tema e seu tratamento cultural, constituindo o presente Vol.7.

A Igreja Católica, preconizando a virtude da preservação do meio ambiente, estabeleceu, como tema da Campanha da Fraternidade de 2017, “**Fraternidade: biomas brasileiros e defesa da vida**”, tendo como lema “**Cultivar e guardar a Criação**”.

Desta forma, cultivar, através da prevenção e da precaução, o meio ambiente é antes de tudo uma virtude.

Fortaleza-CE, 22 de fevereiro de 2017.

**Francisco de Assis Filgueira Mendes**

Desembargador do Tribunal de Justiça do Ceará (TJCE)

Atualmente integra a 3ª Câmara de Direito Público do TJCE.

Autor da obra “Perfis doutrinários e direito concreto. Variações sobre temas jurídicos”.

## 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 Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT) pelo inestimável apoio à realização do Seminário Internacional *VIII Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional* e à publicação dos anais, oportunidade em que reforçamos o papel do Poder Judiciário no fomento da pesquisa jurídico-acadêmica para que jurisprudências e doutrinas possam convergir e dialogar pelo melhor Direito e justiça efetiva.

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 7 e 8 compilam os artigos de autores brasileiros e estrangeiros submetidos e aprovados para apresentação no conclave e dos palestrantes que intervieram no VIII Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, nos

dias 6 e 7 de junho de 2016, na Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT), Palmas-Tocantins, sob a regência do desembargador Marco Villas Boas.

Palmas-TO, 22 de fevereiro de 2017.

Bleine Queiroz Caúla  
Valter Moura do Carmo

The image features a minimalist, abstract design. A large, dark gray, curved shape, resembling a thick arc or a partial circle, dominates the left and bottom-left portions of the frame. Another similar, but smaller, dark gray curved shape is positioned in the bottom-right corner. The central area is a clean, white space where the word "AMBIENTAL" is printed in a classic, black, serif typeface. The overall aesthetic is modern and clean, with a focus on geometric forms and high contrast.

AMBIENTAL





*LA PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE  
A TRAVÉS DE LA TRIBUTACIÓN: UNA ALTERNATIVA  
PARA SOLUCIONAR LA PROBLEMÁTICA ECOLÓGICA EN  
ARGENTINA GENERADA POR EL MONOCULTIVO<sup>1</sup>*

---

Rodolfo Salassa Boix

---

<sup>1</sup> El trabajo se enmarca dentro de mi investigación individual desarrollada en el Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina (CONICET) y de la investigación grupal desplegada en el marco del proyecto de investigación titulado “La Fiscalidad Ambiental en el ordenamiento jurídico argentino a partir del marco de la Constitución Nacional”, financiado por la Secretaría de Ciencia y Tecnología de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina (SECYT-UNC).



## INTRODUCCIÓN

Hoy en día es innegable que la protección del medio ambiente se erige como una de las principales problemáticas de la agenda internacional. La premura de la cuestión estriba en que no sólo afecta a todos los habitantes de nuestro Planeta, sea cual sea su ubicación geográfica, desarrollo económico o aporte contaminante, sino que sus consecuencias también repercuten sobre las generaciones venideras. Es por ello que la preocupación por el deterioro ecológico ha instado a los Estados a programar y llevar adelante las más variadas medidas para detener, o al menos reducir al mínimo, este fenómeno climático. Dentro del amplio espectro de mecanismos jurídicos las medidas tributarias vienen cobrando un protagonismo cada vez mayor durante los últimos años.

Si bien existen diferentes áreas de la naturaleza amenazadas y perjudicadas por la contaminación humana y actividades antrópicas que contribuyen a dicha situación, en este trabajo nos enfocaremos específicamente en la influencia negativa que el monocultivo implica para la profundidad de las napas freáticas del subsuelo. Nuestra idea es bajar a un plano práctico y concreto, en un momento y lugar determinados, los conocimientos científicos teóricos que vinculan *a priori* a la protección del medio ambiente con el Derecho tributario.

La napa freática es la primera capa agua subterránea que se encuentra al realizar una perforación en el suelo y, por lo tanto, es la capa bajo la superficie más susceptible a la contaminación. También se ha definido con mayor tecnicismo como “el techo de la zona saturada de los perfiles de suelo/sedimento” (JOBÁGY y NOSETTO, 2009, p. 151). La distancia de la napa freática respecto de la superficie terrestre acarrea consecuencias ambientales positivas y negativas que influyen directamente sobre los seres vivos, entre los que se encuentran lógicamente los humanos, de allí su importancia de conocer dicha distancia y las consecuencias ambientales que se derivan<sup>2</sup>. Las

---

<sup>2</sup> “Conocer la profundidad del nivel freático es tan o más necesaria a escala regional que local, con el fin de implementar estrategias eficaces de manejo de recursos hídricos para la producción agrícola-ganadera y la mitigación del riesgo de inundaciones” (FERREIRA, MARIZZA y RODRÍGUEZ, 2012, p. 9).

variaciones de la distancia de los niveles freáticos “son el resultado de las tensiones que el ciclo hidrológico y algunas actividades antrópicas ejercen sobre los sistemas de aguas subterráneas, lo que se traduce en cambios en el almacenamiento freático” (CUSTODIO y LLAMAS, 1996, pp. 333-335).

La profundidad de estas capas subterráneas no es un tema menor, ya que una napa freática a poca profundidad de la superficie puede acarrear severos problemas ambientales<sup>3</sup>: inundaciones, anegamientos, erosión hídrica, salinización de tierra y aguas, pérdida de especies de flora y fauna, disminución del rendimiento del suelo, pérdida de tierras aptas para la actividad agrícola o ganadera, rajaduras de viviendas, accidentes por caídas de árboles, desestabilización de antenas, entre otros (CANTERO, CANTÚ, *et al.*, 1998, pp. 1 y 2). Sin pretender agotar ni profundizar en este tema, diversos estudios demuestran que en Argentina “la profundidad de capa ideal se encuentra entre 1,2 y 2,5 metros, ya que desde allí la franja capilar puede ser alcanzada por las raíces de los cultivos, en especial los anuales” (CISNEROS, GIL, *et al.*, 2014, p. 16 y BERTRAM y CHIACCHIERA, 2013, p. 1).

Desde que comenzó el presente siglo las napas freáticas de un amplio territorio de la República Argentina han ido perdiendo profundidad, transformándose en una de las problemáticas ambientales más importantes y urgentes para las provincias afectadas, entre las cuales encontramos fundamentalmente a Córdoba, Buenos Aires, La Pampa y Santa Fe (JOBÁGY y NOSETTO, 2009 y FERREIRA, MARIZZA y RODRÍGUEZ, 2012 y BETRAM y CHIACCHIERA, 2013). Los estudios demuestran que, en general, las capas en estas zonas no llegan al metro de profundidad (BETRAM y CHIACCHIERA, 2013) y que el monocultivo, especialmente de soja -práctica sumamente utilizada en el país durante los últimos 15 años- es una de las principales causas antrópicas privadas que motivó esta situación (CANALE, SALAFIA, *et al.*, 2011).

---

<sup>3</sup> “Dependiendo de las profundidades prevaletentes, el agua subterránea puede estar totalmente desacoplada de la vegetación, puede ser un valiosa fuente de agua, o bien transformarse en un agente de estrés por anegamiento y/o salinidad” (JOBÁGY y NOSETTO, 2009, p. 152).

Recordemos que luego de la profunda crisis económica que azotó al país a finales del año 2001, el conocido “corralito bancario” que derivó en un estallido social denominado “cacerolazo”, la actividad agrícola fue el motor que empujó al país hacia su recuperación económica. Asimismo, y dentro de dicho sector, a partir de ese momento la soja desempeñó un papel protagónico por su elevado valor internacional, a raíz fundamentalmente del desorbitado crecimiento de la economía china.

El Estado en general cuenta con una amplia gama de medidas para alcanzar los objetivos que marca la Constitución, incluidos los de carácter ambiental, pero la elección de ellas debe ser razonable y adecuada para lograr su consecución. En el plano ambiental el dilema pasa por preguntarse ¿qué tipos de medidas deben adoptarse respecto a ciertas actividades cuya realización se considera perjudicial para el medio ambiente? Ante este dilema, en resumidas cuentas, se puede optar por medidas restrictivas, que busquen la erradicación total de una determinada actividad y anulen la autonomía de la voluntad de los administrados, o medidas permisivas, que desalienten la realización de tales actividades pero sin prohibirlas sino dando ciertas alternativas a los destinatarios. El primer paso será determinar si la realización de la actividad en cuestión es tolerable para la sociedad o si, por el contrario, es imprescindible que aquélla no se lleve a cabo en modo alguno. Estamos ante un tema de política legislativa en donde será fundamental determinar cuál es el resultado deseado para luego elegir el mecanismo adecuado para alcanzarlo.

Considerando la temática del trabajo debemos responder a la pregunta ¿qué tipos de medidas debería tomar el Estado en relación a las actividades humanas que son decisivas para reducir la profundidad de las napas freáticas? Si bien existen numerosas causales que reducen dicha profundidad, a los fines de este estudio nos enfocaremos especialmente en el monocultivo de soja como una de las principales causas del ascenso de las napas freáticas en un amplio territorio del país. En definitiva, debemos preguntarnos ¿qué tipos de medidas jurídicas se pueden adoptar sobre las prácticas de monocultivo, especialmente de soja, para reducir la profundidad de las napas freáticas?

Ante este planteo tenemos la opción de prohibir lisa y llanamente la actividad agrícola basada en prácticas de monocultivo, o bien, sin llegar a prohibirla, desincentivar su realización o estimular la rotación de cultivo hasta

que las napas freáticas alcancen una profundidad sustentable, es decir entre 1,2 y 2,5 metros. En este caso nos inclinamos por la última opción, ya que las medidas restrictivas poseen elevados costos de vigilancia y control, una limitada capacidad de adaptación al dinamismo de las situaciones cambiantes y un escaso incentivo al desarrollo de nuevas tecnologías menos contaminantes (CUERDO MIR y RAMOS GOROSTIZA, 2000 y RIGOLA, GRAU RAHOLA, *et al.*, 1999, p. 109). En cambio en las medidas permisivas la supervisión administrativa no es tan minuciosa y continuada, sino que se orienta únicamente a controlar si el sujeto ha optado por la conducta que da derecho al incentivo. Esto permite en general obtener una mayor eficacia en el logro de los objetivos propuestos (LOZANO CUTANDA, 2007, p. 104 y DEL BRÍO GONZÁLEZ, 2001, p. 83). Lo dicho hasta aquí no implica descartar por completo a las medidas restrictivas para resolver el problema ecológico planteado sino utilizarlas cuando sea absolutamente necesario y no hayan funcionado las medidas permisivas.

Dentro de los instrumentos permisivos las medidas tributarias ambientales, como ya adelantamos al comienzo, vienen cobrando un gran protagonismo durante los últimos años. De hecho, desde 1991 la gran mayoría de Estados miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), con los países nórdicos a la cabeza, ha lanzado un arduo proceso de reforma tributaria verde. De manera que son numerosas las experiencias internacionales que demuestran la trascendencia del Derecho tributario para la protección ambiental.

Teniendo en cuenta que una napa freática elevada ocasiona serios problemas ecológicos, que el monocultivo es una de las principales causas antrópicas que lleva a tal situación y que las medidas tributarias han demostrado ser útiles para proteger el medio ambiente, nos enfocaremos en la posibilidad de acudir al Derecho tributario para influir en el descenso del nivel freático mediante el desaliento del monocultivo o el aliento de la rotación de cultivos a la luz del ordenamiento jurídico nacional argentino.

A los fines de alcanzar el objetivo planteado el trabajo se estructura en dos grandes partes. Por un lado, se identifican y explican las medidas tributarias ambientales en general, para comprender cuáles son y cómo funcionan estas medidas que relegan a un segundo plano a la función recaudatoria de la

mayoría de gravámenes. Por el otro, se analiza la relación concreta entre las medidas tributarias ambientales y el problema ecológico que el monocultivo genera en las napas freáticas a la luz del ordenamiento jurídico argentino. Finalmente, se exponen las conclusiones del trabajo.

## **1 LAS MEDIDAS TRIBUTARIAS AMBIENTALES**

Antes de avanzar sobre este punto es importante señalar que cuando hablamos de medidas tributarias ambientales nos referimos básicamente a los tributos ambientales y los beneficios fiscales ambientales, pero no al destino ecológico que se le pueda dar a la recaudación tributaria, ya que el gasto no forma parte del Derecho tributario. Para comprender esta afirmación debemos recordar que el Derecho financiero se integra de cuatro disciplinas jurídicas: Derecho tributario, Derecho presupuestario, Derecho de la deuda pública y Derecho del patrimonio público. El Derecho tributario sólo se ocupa de los recursos tributarios, que constituyen ingresos de Derecho público. Si estamos situados dentro del Derecho tributario cualquier clasificación que propongamos tiene que versar sobre su objeto de estudio, es decir sobre los tributos como una clase de ingresos, y no sobre los gastos. Esto no implica que no se pueda pensar en una clasificación en base a los gastos del Estado (destino de los fondos recaudados), pero esta decisión nos sitúa en otras áreas del Derecho financiero y que nos aparta del Derecho tributario.

En definitiva, el objetivo de estas medidas tributarias ambientales consiste básicamente en desalentar la realización de actividades contaminantes (tributos ambientales) y alentar la proliferación de conductas favorables para el medio ambiente (beneficios fiscales ambientales) conformando así lo que se conoce como Tributación Ambiental.

### **1.1. Tributos ambientales**

#### **1.1.1. Introducción**

Hoy en día es prácticamente imposible concebir una sociedad

mínimamente organizada sin la presencia del poder regulador del Estado, ejercido con mayor o menor intensidad. A su vez, dentro de las diferentes maneras en las que el Estado puede intervenir en la conducta de sus administrados, el Derecho tributario cobra cada día un mayor protagonismo a través de los llamados tributos reguladores o ultrafiscales.

La actividad financiera del Estado, definida como la actividad encaminada a la obtención de ingresos y realización de gastos para satisfacer las necesidades públicas, ha ido evolucionando y utilizando nuevos métodos de actuación acorde a los objetivos perseguidos. Así las cosas, dicha actividad no se limita a la obtención de sumas de dinero, para luego financiar gastos públicos, sino que también se utiliza para la consecución de otros fines constitucionalmente legítimos y exigibles<sup>4</sup>. Es decir que los fines del Estado se pueden conseguir, por un lado, mediante la realización de gastos, imputando dinero para financiar actividades de interés público y, por el otro, a través de los ingresos, desalentando la realización de ciertas actividades o conductas que generan gastos para el Estado.

La consolidación del intervencionismo estatal a través de la Hacienda Pública exaltó esta especial capacidad de las medidas tributarias para ser utilizadas en el logro de fines públicos, no tanto como instrumentos exclusivamente recaudadores sino más bien como mecanismos reguladores que influyen en los hechos económicos y sociales de los contribuyentes. De allí que se pueda hablar de tributos recaudatorios y tributos regulatorios, los cuales conviven armónicamente a pesar de sus disímiles finalidades<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> PERRONE (2001) sostiene que "esta difusa divergencia entre objetivos y efectos de las políticas fiscales se pone de manifiesto en la tendencial pérdida de consenso que ha caracterizado la acción de la finanza pública en las democracias occidentales en el último cuarto de siglo, por las crecientes dificultades que encuentran las políticas de reequilibrio y reclasificación del gasto público que emplean los tradicionales instrumentos de política fiscal" (p. 424).

<sup>5</sup> Esta convivencia de finalidades fue muy bien señalada hace ya tiempo por SÁINZ DE BUJANDA (1962) de la siguiente forma: "Todo conjunto de impuestos en cualquier organización política es por ineludible necesidad 'sistemático' en el sentido que la integración armónica de los diversos gravámenes se alcanza, en grado más o menos intenso, por otra razón, de las exigencias prácticas o de ambas cosas a la vez. Una pluralidad tributaria desprovista de todo elemento integrador, no serviría de apoyo a ninguna organización financiera, no sólo porque sería contraria a la lógica más elemental... sino... porque no suministraría los medios indispensables para atender a los fines públicos" (pp. 254-258).



Existe un extenso abanico de tributos que responden a fines regulatorios, entre los cuales destacamos a los gravámenes ambientales como una de las tantas medidas jurídicas a las que se pueden recurrir para proteger del medio ambiente (SALASSA BOIX, 2012 y 2013). En los años '70 los instrumentos económicos se utilizaban de manera ocasional, siendo los casos más significativos los sistemas de gestión del agua en Francia y Holanda. Los informes de la OCDE señalan que en el año 1987 existían más de 150 casos de instrumentos económicos ambientales entre sus miembros, de los cuales 80 eran de índole fiscal. Desde entonces, los gravámenes ecológicos han crecido en número e importancia, fundamentalmente en el período que va entre 1987 y 1993, en el cual creció un 50% el uso de estos instrumentos en los países nórdicos. En 1990 Finlandia fue el primer país en establecer un tributo sobre la emisión de CO<sub>2</sub>, luego le siguieron Noruega (1991), Suecia (1991) y Dinamarca (1992). Actualmente, ya en pleno siglo XXI, la gran mayoría países recoge alguna medida tributaria ambiental dentro de su sistema fiscal.

### **1.1.2. Noción y características**

No existe una definición universalmente aceptada sobre los tributos ambientales<sup>6</sup>, aunque sí existe un consenso generalizado en el hecho que su definición debe enfatizar la función de tales tributos así como las razones para su imposición, aunque ello no siempre resulta tan sencillo (DE SOUZA y SNAPE, 2000). Antes que nada es importante recordar que estas cargas se encuentran dentro de la órbita de la extrafiscalidad, es decir de aquellos tributos cuya principal finalidad va más allá de lo estrictamente recaudatorio.

En este sentido, aunque con una noción sumamente amplia, la OCDE los supo definir como aquellos tributos cuya base imponible se relaciona con alguna unidad física cuya utilización o generación tiene un impacto negativo probado sobre el medio ambiente (DE SOUZA y SNAPE, 2000). Actualmente, el

---

<sup>6</sup> Recomendamos repasar el Reporte final del Departamento de Medio Ambiente y Transporte de EEUU para designar un tributo sobre los pesticidas (1999).

glosario de términos de dicha Organización los define como aquellas cargas impuestas por razones ambientales, desmotivando la realización de actividades o el uso de productos contaminantes<sup>7</sup>. En ambas definiciones se pone énfasis en la finalidad ambiental.

Nosotros definimos a los tributos ambientales como aquellos gravámenes que no tienen como finalidad esencial obtener recursos sino el desaliento de conductas que atentan contra el medio ambiente (impuestos) y la prestación o realización de servicios u obras ambientales (tasas y contribuciones especiales), más allá de la asignación presupuestaria de los fondos recaudados (SALASSABOIX, 2013).

En este punto es importante aclarar que los llamados tributos ambientales vinculados, cuyo pago está directamente relacionado con una actividad estatal (tasas y contribuciones especiales), exigen una necesaria asignación específica de fondos para prestar un servicio público o llevar adelante una obra pública de carácter ambiental<sup>8</sup>. Esta necesidad obedece a su naturaleza de tributos vinculados más que ambientales, razón por la cual, en una definición genérica de tributos ambientales, que también incluye a los impuestos (tributos no vinculados)<sup>9</sup>, es necesario remarcar la irrelevancia del destino de los fondos. Considerando a las cargas vinculadas (tasas y contribuciones especiales) algunos autores definen a la tributación ambiental como "el empleo de instrumentos tributarios tanto para orientar el comportamiento de los contribuyentes hacia la protección del medio ambiente como para generar los recursos necesarios para la prestación de servicios públicos de naturaleza ambiental" (COSTA, 2002, p. 303).

---

<sup>7</sup> <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>

<sup>8</sup> Sobre la diferenciación entre tributos vinculados y no vinculados consultar la obra de ATALIBA (2002, p. 130).

<sup>9</sup> La OCDE definió a los impuestos ambientales como "cualquier pago obligatorio y sin una contraprestación a cambio exigido por el gobierno para gravar algún evento que tiene relación con el medio ambiente" (OECD, 2001, p. 3).

Al respecto, es muy diáfana la clasificación que propone DA SILVA (2012) al hablar de tributos ambientales en sentido propio o estricto, cuando buscan esencialmente el cambio de comportamiento de los contribuyentes, y tributos ambientales en sentido impropio o amplio, cuando persiguen la obtención de recursos económicos para afectarlos directamente a una finalidad ambiental. Nosotros preferimos hablar de Fiscalidad Ambiental propia o directa (tributos ambientales y beneficios fiscales ecológicos) o Fiscalidad Ambiental impropia o indirecta (tributos con afectación ecológica). A continuación vemos las notas definitorias de los tributos ambientales.

### **a) Pertenencia a la categoría de tributos**

Más allá que su finalidad principal sea de carácter intervencionista, los gravámenes con fines extrafiscales, incluidos los ambientales, son una especie del género “tributo”. De manera que no estamos ante una figura jurídica autónoma y despojada de la clásica definición del tributo, ya que, por un lado, la imposición extrafiscal no elimina la finalidad recaudatoria, simplemente la relega a un segundo plano, y, por el otro, la noción de tributo hace referencia a la obtención de recursos para sufragar los gastos pero en ningún momento se habla que dicho objetivo deba ser el único o el principal.

Ello significa que, al igual que cualquier otro gravamen, se trata de una relación obligacional impuesta por la ley y que nace con la realización del hecho imponible, momento a partir del cual se genera la posición de sujeto pasivo en el contribuyente y la de sujeto activo en el Fisco. Es por ello que, al tratarse de la misma estructura deberíamos encontrar los elementos que conforman todo hecho imponible: objetivo, subjetivo, temporal, espacial y cuantificantes<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> “Se deduce que la naturaleza extrafiscal del tributo debe estar presente en el hecho generador, la base gravable, el sujeto pasivo y la tarifa del tributo, debe desprenderse de cada uno de los elementos estructurales del impuesto, y, por ello, el carácter de desincentivo de determinadas conductas... debe ser coherente con la obligación tributaria” (ROZO GUTIÉRREZ, 2003, p. 170).

Asimismo, y por lo dicho *supra*, también se habrán de respetar todas las limitaciones y principios que fija la *Carta Magna* en favor de los contribuyentes. El hecho que la extrafiscalidad permita ir más allá de lo estrictamente recaudatorio no implica prescindir, ni mucho menos, de los principios que se imponen al tributo. Los tributos pueden ser vehículos o medios para otros fines pero sin desconocer en ningún caso a los principios de ordenación que los conforman. A pesar de la mentada extrafiscalidad el sistema tributario no puede dejar de solventarse en la capacidad contributiva, justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad<sup>11</sup>. En relación a este punto una de las mayores problemáticas que giran en torno a la extrafiscalidad es su articulación con el principio de capacidad contributiva. Desde ya adelantamos que bajo ningún concepto debe dejarse de lado, pero sí es necesario realizar algunos matices que surgen por la especialidad de estos tributos.

Al respecto RODRÍGUEZ MUÑOZ (2003) sostiene que “los tributos extrafiscales son auténticos tributos. Tributos cuyos fines van más allá de los meramente fiscales o tributarios, ciertamente, pero que no renuncian a su naturaleza y carácter de figuras tributarias. Obedecen al principio de capacidad económica, y obtienen rendimientos, recursos para financiar el gasto público” (p. 9). A continuación, el autor agrega que “su carácter de tributos debe quedar por encima de todo, a salvo... y aun no siendo fiscal su fin primordial” (p. 9). Con esta misma idea, y acentuando la múltiple finalidad de los gravámenes, se afirma que el sistema tributario no sólo se compone de elementos fiscales sino que también forman parte del mismo los fines extrafiscales (CAZORLA PRIETO, 1985, p. 1964)<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> ROZO GUTIÉRREZ (2003) aclara que “las funciones extrafiscales del tributo han de ser constitucionales, en el sentido de que el legislador podrá establecer tributos no recaudatorios, siempre que se trate de proteger otros valores constitucionalmente tutelados, lo cual no implica que sea desnaturalizado el tributo de los principios constitucionales que le son predicables” (p. 176).

<sup>12</sup> En igual sentido, junto a otros juristas, FICHERA sostiene que “uno de los aspectos esenciales de la actividad tributaria es la extrafiscal” (FICHERA, 1973, p. 54).

## **b) Finalidad principal de carácter extrafiscal**

Los tributos ambientales adoptan como finalidad principal el desaliento de conductas o bienes contaminantes (impuestos) o la prestación de servicios y obras ambientales (tasas y contribuciones especiales) y como finalidad secundaria la obtención de recursos. Esto quiere decir que no se despoja al gravamen de su finalidad recaudatoria, sólo que ésta se ve eclipsada por el objetivo primordial del tributo (regulador).

Otros autores comentan que “la vía impositiva puede resultar un fin secundario para la obtención de recursos”, siendo ello lo que “permite precisar la utilización del tributo con fines de política económica que lleve aparejada una reducción significativa de la recaudación en sí” (DÍAZ, 2008, p. 5). ROZO GUTIÉRREZ (2003) remarca que las funciones financieras del Estado coexisten armoniosamente y que las funciones recaudatorias pueden adoptar un papel secundario, viéndose desplazadas por objetivos extrafiscales (p. 167). Por último, también es útil la definición de extrafiscalidad propuesta por PARRA CORTÉS (2001), referida por este autor como “extrarrecaudatoriedad”, en la que habla de “figuras tributarias cuyo fin principal no es el recaudatorio –de allegar recursos para costear los gastos públicos–, sino otro distinto favorecedor del bien común, del bienestar social, que ha de encontrarse dentro de los constitucionalmente perseguibles por los poderes públicos” (p. 4).

Para que exista una verdadera finalidad ecológica el gravamen tiene que poseer una entidad tal que altere sensiblemente las alternativas de los posibles agentes contaminantes. Es decir que no basta con la mera sujeción de una actividad o bien contaminante sino que la presión tributaria tiene que ser de una cuantía tal que al contribuyente no le dé prácticamente lo mismo agredir el medio ambiente que no hacerlo. No existe una regla férrea al respecto ni un valor a partir del cual podemos decir que existe la mentada disuasión; habrá que realizar una evaluación casuística para determinar en cada caso si la presión fiscal tiene carácter disuasorio en el sentido expuesto.

Aún existe un sector de la doctrina, hoy en día minoritario, que suele afirmar que en el caso de los tributos con fines extrafiscales el resultado ideal sería alcanzar a una recaudación nula, ya que así se habrá conseguido el objetivo regulador pretendido (LÓPEZ ESPADAFOR, 2007, pp. 47-48, MOMO y SASOVSKY,

2011, pp. 1-2, entre otros). Si entendemos a la “extrafiscalidad” como “no recaudación” se evidencia un desacierto conceptual ya que ningún tributo, por más extrafiscales que sean sus fines, procura (o debería procurar) una recaudación cero. La obtención de recursos siempre está presente, aunque en algunos casos aparece un tanto deslucida por la finalidad principal que es de índole extrafiscal.

Como ya dijimos en la introducción, el Estado cuenta con una amplia gama de medidas de las que se vale para alcanzar los objetivos que marca la Constitución, pero esta elección debe ser razonable y adecuada para lograr su consecución.

Si lo que se pretende es eliminar por completo una determinada actividad, conducta o circunstancia, lo más razonable será optar por una norma restrictiva que sencillamente prohíba su realización. Para ello es imprescindible fijar paralelamente un conjunto de sanciones (v.g. multas) que castiguen a los infractores. En este caso, el resultado ideal sí sería que el Estado no recaude absolutamente nada en concepto de multas, ya que significaría que se eliminó por completo la actividad, conducta o circunstancia indeseada<sup>13</sup>. En el ámbito de la regulación del tránsito, por ejemplo, sería irrazonable y jurídicamente inadecuado crear un tributo para desalentar las conductas incorrectas en la conducción de los vehículos cuando lo que se persigue es la ausencia total de tales maniobras. Del mismo modo, en el ámbito ecológico nadie dudaría adoptar una medida prohibitiva, y no disuasoria, respecto a la caza de especies en peligro de extinción.

Por el contrario, si estamos ante actividades, conductas o circunstancias que son ecológicamente tolerables pero que en un momento dado resulta conveniente su desaliento, es razonable y adecuado adoptar una medida permisiva que, sin prohibirlas, desincentive su realización, entre las cuales se encuentran los tributos (disuasión) y los beneficios fiscales (persuasión). En este supuesto el ideal perseguido es materializar el mencionado desaliento,

---

<sup>13</sup> Estas conclusiones tienen lugar en un escenario utópico en el que funcionan perfectamente los procedimientos de fiscalización y aplicación de sanciones, lo que permitiría presuponer que si no se aplicaron multas (recaudación) no se realizó la infracción.

resignando para ello parte de la recaudación, o la persuasión a través de los beneficios fiscales. Este sería el caso, por ejemplo, de los aranceles aduaneros sobre la importación de determinados productos en donde se persigue disminuir el ingreso de tales bienes al país porque resulta conveniente favorecer su producción local (para crear más empleo en el sector o para reflotar industrias locales estancadas). Volviendo al plano ambiental existe un amplio acuerdo en la conveniencia de desalentar el uso de automotores pero no lisa y llanamente restringirlos por completo.

En la práctica vemos que tanto con las medidas restrictivas (y sus sanciones) como con las permisivas es imposible eliminar por completo las conductas cuestionadas. La diferencia estriba en que dicha eliminación constituye únicamente el objetivo de las medidas restrictivas, pero no de las permisivas, que sólo persiguen disuadir, y la importancia de tener en claro su objetivo radica en la evaluación *ex post* de la eficacia de estas medidas. La ausencia total de recaudación implica inexistencia de conducta gravada y este objetivo no debe buscarse a través de un tributo sino mediante figuras prohibitivas acompañadas de controles administrativos y medidas sancionadoras eficaces<sup>14</sup>. “La finalidad extrafiscal podrá influir en el rendimiento del tributo, pero el resultado de éste será siempre el de obtener un recurso para cubrir los gastos del Estado” (VALDÉS COSTA, 1996, p. 78).

### **c) Ausencia de naturaleza sancionatoria**

Si afirmamos que un tributo ambiental conserva su finalidad recaudadora y se aplica sobre conductas contaminantes que son tolerables pero que se quieren disminuir, aquél nunca podrá tener naturaleza sancionatoria. Esta función de rechazo hacia una conducta o situación que se tolera pero que se desea disminuir sin perseguir su total eliminación encaja mejor en la noción de tributo que en la de sanción, ya “que el binomio infracción-sanción no se muestra adecuado para regular tales situaciones” (VARONA ALABERN, 2010, p.

---

<sup>14</sup> En igual sentido se pronuncian autores como MAGADÁN DÍAZ Y RIVAS GARCÍA (2004, pp. 11-12).

83). De hecho, ese binomio no es apropiado para referirse al hecho imponible de ningún tributo.

Es verdad que en un principio pueden llegar a generarse asimilaciones entre los tributos ambientales y las sanciones económicas ante infracciones de carácter ambiental, pero ello nunca puede llevar a equipararlos jurídicamente. Algunos autores definen a los gravámenes con finalidad extrafiscal como instrumentos tan disuasorios como sancionatorios, pero ello no es correcto, ya que en todo caso sólo tendrá carácter disuasorio. Ello es así porque para que exista una sanción primero debe haberse cometido una infracción y la realización del hecho imponible nunca puede tener tal carácter. Es decir, si un tributo ambiental nos impone una carga fiscal por llevar adelante ciertas actividades lesivas para el medio ambiente, el hecho de realizar dichas actividades no nos convertiría en infractores sino en contribuyentes. Otra cuestión es la sanción (v.g. multa) que se impone cuando el sujeto pasivo no afronta el pago del gravamen, ya que aquí sí existe una infracción (omitir el pago). Sobre esta cuestión resultan muy oportunos los comentarios de SCHINDEL (2003), quien afirmó que:

Se podría establecer una suerte de parentesco entre las multas y los tributos con fines extrafiscales, cuya finalidad no es recaudar sino disuadir. No obstante, creemos que jurídicamente es posible distinguir entre unos y otros: mientras en las multas debe haber una conducta antijurídica (violación a una ley o a un reglamento), en los tributos con fines extrafiscales disuasivos no habría norma violada. (p. 567).

También es muy tajante y pertinente una sentencia del Tribunal Constitucional español respecto a la diferencia jurídica entre los tributos de ciernes y las sanciones. En primer lugar, sostuvo que pese a que la sanción pecuniaria proporciona recursos económicos al Estado no es la finalidad fundamental perseguida por aquélla; en segundo lugar, que la sanción no tiene como función básica o secundaria el sostenimiento de los gastos públicos, porque el destino que se dispensa a los fondos por ella obtenidos no es un fin sino un resultado; y finalmente, el Tribunal resalta la función represiva que acompaña necesariamente a la sanción, que opera como un castigo al ilícito



cometido, el cual no existe en el caso del gravamen con fin extrafiscal<sup>15</sup>.

En este mismo sentido FANTOZZI (1998) afirma que los tributos nunca pueden perseguir una finalidad sancionatoria. Tal imposibilidad se fundamenta en la diversa función que tienen los tributos respecto de la sanción. En este último caso ya no se pretende repartir las cargas públicas sino simplemente prevenir o reprimir un comportamiento negativamente valorado por el ordenamiento jurídico (p. 41). En definitiva, la recaudación constituye uno de los caracteres distintivos de los tributos que los diferencia de las sanciones pecuniarias. La diferencia estriba en que dichas sanciones, aun otorgando un beneficio económico al Estado, no están dispuestas para ese fin.

#### **d) Es innecesario que exista una asignación específica de los fondos**

Los tributos con fines extrafiscales no dependen, para considerarse tales, de la aplicación de los fondos obtenidos a la finalidad extrafiscal perseguida. Ello no quiere decir que no sea posible encontrar tal aplicación, que de hecho promovemos, simplemente afirmamos que no se trata de un requisito distintivo en este tipo de gravámenes<sup>16</sup>. No debemos olvidar que la extrafiscalidad está en el desaliento de una conducta o situación pero no en que los recursos sean destinados a la finalidad extrafiscal<sup>17</sup>. Si confundimos esto se puede caer en el error de catalogar como ultrafiscales a tributos que en realidad no lo son, ya que el hecho imponible no cumple con su función motivadora o disuasoria.

---

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional español 276/2000, de 16 de noviembre.

<sup>16</sup> Si bien no es un requisito definitorio es importante la posibilidad que ofrecen los tributos ambientales para captar recursos que puedan destinarse concretamente a mejorar la gestión ambiental y fortalecer a las instituciones responsables. "El destinar específicamente los ingresos provenientes de cargos, tarifas y/o impuestos ambientales ha contribuido a su aceptación por los contribuyentes que pagan cargos y/o impuestos específicos ligados a la provisión de un servicios o programa ambiental que ellos apoyan... o para cubrir los costos de un programa de descontaminación o la infraestructura de saneamiento local..." (ACQUATELLA, 2001, pp. 14-20)..

<sup>17</sup> «Sea cual fuere la base que se adopte para la tributación, hay que asegurarse de que los objetivos de un gravamen ambiental no sean de financiamiento, sino de incentivo; esto es, que procuren inducir cambios en las decisiones de los agentes " (SEROADAMOTTA, 2001, p. 35).

No obstante, nada impide que clasifiquemos a los tributos según el destino de sus fondos, y allí podremos hablar de gravámenes cuya recaudación, más allá de su hecho imponible, tiene un destino ambiental o no. Ninguna clasificación es absoluta, de hecho existen numerosas clasificaciones desde las cuales se pueden estructurar los conceptos y las instituciones jurídicas, en este caso, los tributos ambientales. Lo importante de todo esquema clasificatorio es que exista un criterio claro y adecuado sobre el cual se asienta la distinción y que abarque al mayor número de casos posibles. El criterio de nuestra clasificación se asienta sobre los tributos, específicamente sobre su hecho imponible.

Como ya adelantamos al comienzo del trabajo, si estamos situados dentro del Derecho tributario cualquier clasificación que propongamos tiene que versar sobre su objeto de estudio, es decir sobre los tributos y, específicamente, sobre su hecho imponible, no sobre los gastos. El hecho imponible en estos tributos estará marcado por el desaliento de conductas contaminantes, en el caso de los impuestos, y por la prestación o realización de servicios u obras ambientales, en el caso de las tasas y contribuciones especiales.

Esto no implica, e insistimos nuevamente, que no se pueda construir una clasificación en base a los gastos del Estado (destino de los fondos recaudados), pero hay que tener en cuenta que esta decisión nos sitúa en otras áreas del Derecho financiero que se alejan del Derecho tributario. La utilidad de la distinción que proponemos radica en que nos permite diferenciar ante qué tipo de tributo estamos. Cuando hablamos de un tributo ambiental (clasificación tributaria) sabemos que lo importante es la función disuasoria de su hecho imponible y cuando hablamos de un gravamen cuyos fondos tienen un destino ecológico (clasificación extratributaria) advertimos que estamos ante un tributo que, más allá de su hecho imponible, aplica los recursos recaudados a una finalidad ambiental específica. Evidentemente podremos encontrar un mismo gravamen cuyo hecho imponible y cuya aplicación de fondos sean ambientales.

## **1.2. Beneficios fiscales ambientales**

Sorprendentemente no son pocos los juristas, ajenos al Derecho tributario, que confunden a los tributos ambientales con los beneficios fiscales ambientales, pero la diferencia entre ambas medidas es evidente, no sólo en su concepción sino también en su funcionamiento.

Los beneficios fiscales ambientales son aquellas ventajas tributarias que persiguen anular, aminorar o aplazar el pago de un gravamen a los fines de incentivar la realización o utilización de actividades o bienes favorables con el medio ambiente.

Un ejemplo de anulación de pago sería la devolución del Impuesto al Valor Agregado (IVA) de la Ley 25080<sup>18</sup>, que instituye un régimen de promoción de las inversiones que se efectúen en nuevos emprendimientos forestales y en las ampliaciones de los bosques existentes. Esta norma contempla la devolución del impuesto respecto a la compra o importación definitiva de bienes, locaciones o prestaciones de servicios destinados efectivamente a la inversión forestal, en un plazo no mayor de 365 días, contados a partir de la fecha de factura de aquéllos<sup>19</sup>.

Un ejemplo legal de reducción del pago sería la amortización acelerada en el Impuesto a las Ganancias que dispone la Ley 26123<sup>20</sup>, por medio de la cual se declaró de interés nacional el desarrollo de la tecnología, la producción, el uso y las aplicaciones del hidrógeno como combustible y vector de energía. Esta legislación otorga una amortización más ventajosa, con la consiguiente reducción del gravamen, para aquellas actividades e inversiones que impliquen el desarrollo de la tecnología, la producción, el uso y las aplicaciones del hidrógeno como combustible y vector de energía.

Un ejemplo de aplazamiento de pago sería el diferimiento del IVA que consagra la Ley 25019<sup>21</sup>, por medio de la cual se declara de interés nacional la generación de energía eléctrica de origen eólico y solar en todo el territorio

---

<sup>18</sup> Ley 25080, de 16 de enero de 1998 (BO N° 29066, de 19 de enero de 1999).

<sup>19</sup> Artículo 10 de la Ley 25.080.

<sup>20</sup> Ley 26123, de 2 de agosto de 2006 (BO N° 30976, de 25 de agosto de 2006).

<sup>21</sup> Ley 25019, de 23 de septiembre de 1998 (BO N° 29008, de 26 de octubre de 1998).

nacional. La norma establece la posibilidad de dilatar el plazo del impuesto para aquellas inversiones de capital destinadas a la instalación de centrales y/o equipos eólicos o solares difiriendo el pago del IVA por el término de 15 años a partir de la promulgación de esta Ley<sup>22</sup>.

Finalmente, también contamos con una tipología especial de beneficio fiscal ambiental que contempla nuestro ordenamiento jurídico y que escapa a las tres modalidades mencionadas. Concretamente, nos referimos a la estabilidad fiscal que reconoce, entre otras, la ya mencionada Ley 25080 y consiste en conservar sin modificaciones durante el plazo de 30 años, a partir de la fecha de aprobación del proyecto respectivo, la carga tributaria total que pesa sobre las actividades que se pretenden alentar<sup>23</sup>.

Antes de avanzar sobre las diferencias es útil remarcar sus similitudes, ya que ambas son instituciones propias del Derecho tributario y bregan por la preservación del medio ambiente a través de postulados permisivos. La distinción estriba en que mientras los tributos ambientales desmotivan a los administrados en la realización de conductas contaminantes (desalentando el consumo desmedido del agua, utilización excesiva de los automóviles, liberación de emisiones contaminantes, etc.) u obligan a la Administración a prestar o realizar servicios y obras ambientales, los beneficios fiscales ambientales alientan la realización de conductas ecológicas (utilización de energía limpia, vehículos menos contaminantes, reforestación de bosques, etc.). Si bien es cierto que ambas son medidas permisivas, el *quid* de la cuestión gira en torno a la función (disuasoria o persuasoria) que refleja cada medida.

Reiteramos que los beneficios fiscales ambientales no son tributos sino ventajas que se incorporan a éstos. Tales ventajas son de las más variadas y pueden implicar, como dijimos, la anulación, reducción o incluso el aplazamiento del cumplimiento de una deuda tributaria. Es por ello que cuando hablamos de un tributo ambiental (fines extrafiscales) todo el gravamen puede considerarse en cierta forma ecológico, ya que su propio hecho imponible persigue una protección ambiental. En cambio los beneficios fiscales

---

<sup>22</sup> Artículo 3 de la Ley 25019.

<sup>23</sup> Artículo 8 de la Ley 25080.

ambientales pueden situarse tanto en gravámenes con fines recaudatorios, totalmente alejados de la protección ambiental, como en tributos ambientales. Un ejemplo del primer caso sería la exención del Impuesto a las Ganancias (fines recaudatorios) de las rentas derivadas de actividades vinculadas a la preservación del medio ambiente, a condición de su reinversión en dicha finalidad<sup>24</sup> Un ejemplo del segundo caso sería un tributo que grave la circulación de automóviles pero que exima o bonifique a aquellos vehículos que tengan un motor eléctrico o híbrido.

Una de las cuestiones más debatidas en torno a los beneficios fiscales radica en la afectación de principios tributarios constitucionales como los de igualdad y generalidad, según los cuales todos (generalidad) tienen misma la obligación a contribuir a las arcas del Estado según su capacidad contributiva (igualdad). De ello se colige que si eximimos a ciertas personas de la obligación de pagar el tributo, aunque estén capacitadas para hacerlo, hay una pugna jurídica que debe resolverse.

Para solucionar esta cuestión sin atentar contra la Constitución Nacional (CN) es necesario fundamentar y justificar esta afectación en otros principios de rango constitucional. Es decir que el legislador decide otorgar una ventaja a ciertos contribuyentes alcanzados inicialmente por un tributo en pos de la prosperidad nacional (art. 75, incs. 18 y 19, CN) o, como en el caso que nos ocupa, de la protección del medio ambiente (art. 41, CN), por citar un par de ejemplos.

No obstante ello, los regímenes de beneficios fiscales deben establecerse con carácter excepcional y cuando razones de indudable interés público así lo ameriten. Asimismo, también es primordial que existan rigurosos controles para verificar los requisitos que habilitan la ventaja fiscal concedida por la ley. La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) ya tiene dicho en la causa “Ferrocarril Central Argentino” que “para los fines del gobierno, de política, de reglamentación del comercio interprovincial o simplemente como medio de estímulo, se cree conveniente acordar el privilegio de la exención de impuestos locales, y esta disposición será perfectamente constitucional porque ella no

---

<sup>24</sup> Artículo 20, inciso y), Ley 20628.

importará sino el ejercicio de una facultad del Poder Legislativo, cuyas sanciones priman sobre cualquier disposición en contrario...<sup>25</sup>. En definitiva, la cuestión de los beneficios fiscales hoy en día es un tema superado pero siempre que la exención sea, excepcional, razonable y esté fundada en alguna cláusula o principio de rango constitucional.

### **1.3. ¿Tributos o beneficios fiscales ambientales?**

Llegados a este punto podríamos preguntarnos qué medida tributaria ambiental sería la opción más adecuada para conseguir mejores resultados ambientales: ¿tributos o beneficios fiscales? Cualquier tipo de respuesta a este planteo debe partir de una adecuada contextualización del ámbito espacio-tiempo donde pretenden aplicarse dichas medidas.

Más allá de esto, entendemos que ante esta disyuntiva en líneas generales resulta más apropiado comenzar con la aplicación de beneficios fiscales que con tributos, ya que no sólo tienen una acogida más favorable en la ciudadanía, agotada de ser sometida una y otra vez a diferentes gravámenes, sino que el fracaso de los beneficios fiscales da una mayor legitimidad a la posterior aplicación de tributos ambientales. La idea es implementar medidas fiscales de manera gradual, yendo de lo menos costoso y tedioso para los ciudadanos a lo más oneroso y limitativo de sus derechos, a la vez que se los educa ambientalmente y se los prepara para eventuales tributos ambientales. Ésta viene siendo la estrategia de países desarrollados como los Estados Unidos en donde las políticas en materia de Tributación Ambiental han privilegiado la concesión de beneficios fiscales por sobre la aplicación de gravámenes (MILNE, 2011, p. 114).

Sin perjuicio de esta regla general, intentaremos dar algunos argumentos para justificar nuestra preferencia por aplicar beneficios fiscales ambientales respecto al problema ecológico que nos ocupa: la escasa profundidad de las capas freáticas a causa del monocultivo.

Por un lado, atento que las medidas tributarias impactarían sobre una actividad esencial para el desarrollo económico de nuestro país (la agricultura)

---

<sup>25</sup> CSJN, “Ferrocarril Central Argentino c/ Municipalidad de Rosario”, del 3/7/1897 (Fallos: 68:227).

hoy por hoy parece más recomendable comenzar con incentivos fiscales para evitar los riesgos de aniquilar o reducir prácticamente al mínimo esta vital actividad. Asimismo, los beneficios fiscales, a diferencia de los tributos, permiten mantener el nivel de competitividad de los sujetos gravados (CIOCIRLAN y YANDLE, 2003, p. 213). Por el otro, considerando la elevada presión fiscal que actualmente existe en nuestro país (OCDE, 2015), reafirmamos nuestra preferencia por los beneficios fiscales ambientales. Finalmente, como demuestra un estudio sociológico sobre la cultura tributaria de los argentinos (ESTÉVEZ y ESPER, 2012) entendemos que hoy en día nuestro país aún no está del todo preparado para la implantación de tributos ambientales.

Ante una nueva imposición de este tipo probablemente aflorarían al menos estas tres percepciones en los contribuyentes: por un lado, que se trata de un nuevo ardid camuflado de “verde” para seguir recaudando, de manera que no se lo vería como una herramienta para desalentar una conducta contaminante sino como una carga extra a una conducta que en realidad no se persigue reducir; por el otro, que el Estado seguramente destinará la recaudación en bienes o servicios con las que no existe un acuerdo generalizado en la ciudadanía y finalmente, que gran parte del dinero recaudado irá a parar a manos de políticos corruptos e inescrupulosos que seguirán tomando para sí lo que no es suyo.

La primera percepción (otro medio de recaudación) se puede solucionar a través de un plan de educación ambiental que publicite y haga tomar conciencia sobre la auténtica finalidad ambiental del tributo y la posibilidad de evitar su pago al no realizar la conducta contaminante que se grava. La segunda percepción (discrepancia con el gasto) es probablemente la más compleja de solucionar, ya que es imposible que todos los administrados estemos totalmente de acuerdo sobre el destino de los fondos recaudados. Atento que quienes gobiernan son los representantes que elegimos en cada votación, nuestra responsabilidad y solución pasa por elegir a conciencia a los gobernantes que tomarán las decisiones que influirán en nuestras vidas, entre las cuales se encuentra el destino de la recaudación de los tributos ambientales. Lamentablemente, la gran mayoría de las plataformas electorales no revelan demasiados datos en este sentido. La tercera percepción (corrupción gubernamental) se resuelve con un mayor control de la actividad pública y un

efectivo castigo sobre los funcionarios que sustraigan fondos públicos con intenciones privadas.

Todas estas posibles soluciones requieren una planificación fiscal a mediano y largo plazo pero, atento que el problema ambiental de las napas requiere medidas urgentes y a corto plazo, entendemos que hoy en día las soluciones pueden ser más eficaces si están orientadas más a los beneficios fiscales ambientales que a tributos y, en todo caso, ir preparando gradualmente a los contribuyentes a una futura aplicación de éstos.

## **2 LAS MEDIDAS TRIBUTARIAS AMBIENTALES Y EL PROBLEMA ECOLÓGICO QUE EL MONOCULTIVO GENERA EN LAS NAPAS FREÁTICAS**

### **2.1. Cuestiones generales**

En la introducción del trabajo mencionamos que la ausencia de rotación de cultivos es una de las principales causas antrópicas del ascenso de las napas freáticas y que en Argentina el monocultivo de soja constituye una práctica habitual entre los productores agrícolas, especialmente en la zona centro del país. La rentabilidad de la soja radica no sólo en sus menores costos relativos de producción sino también en su mayor valor en el mercado internacional en comparación con otros productos agrícolas (maíz, trigo, sorgo).

A raíz de ello, pretendemos demostrar que la Tributación Ambiental puede ser una herramienta útil para promover el descenso de las napas freáticas a través de medidas que fomenten la rotación de cultivos o desalienten el monocultivo, especialmente de soja. Esto se puede lograr modificando la presión fiscal que recae ya sea sobre la actividad agrícola en general como sobre la producción de soja en particular. Para ello no hay que olvidar que existen diferentes variantes para modificar la presión fiscal que pesa sobre los contribuyentes, ya que ésta incide básicamente sobre tres manifestaciones de su capacidad contributiva: el consumo, la renta y el patrimonio. Ello ha dado lugar a la clasificación de gravámenes indirectos (consumo) y directos (renta y patrimonio).



Si hablamos de los tributos al consumo (indirectos), por un lado, se puede eliminar o reducir la presión fiscal que recae sobre el consumo de bienes o servicios necesarios para el desarrollo de la actividad agrícola, siempre y cuando ésta se enmarque dentro de un plan de rotación de cultivo, y mantener, o incluso aumentar, dicha presión cuando se acuda a prácticas de monocultivo. Por el otro, y teniendo en cuenta que la soja lidera el monocultivo en Argentina, se puede también disminuir el margen de rentabilidad de la soja frente a otros productos agrícolas, ya sea eliminando o reduciendo la presión fiscal sobre el consumo (interno e internacional) de todos los productos agrícolas a excepción de la soja, para reducir el margen de ganancia entre ésta y aquéllos, y manteniendo o aumentando la presión fiscal sobre el consumo de las habas de soja.

Si se trata de imposición sobre la renta (directa), por un lado, se puede eliminar o reducir la presión fiscal que recae sobre los beneficios económicos de los productores que desarrollen actividades agrícolas, siempre y cuando se enmarquen dentro de un plan de rotación de cultivos, y mantener, o incluso aumentar, dicha presión cuando se den prácticas de monocultivo. Por el otro, se puede también disminuir el margen de rentabilidad de la soja frente a otros productos agrícolas, ya sea eliminando o reduciendo la presión fiscal que recae sobre las utilidades derivadas de la actividad agrícola que involucre cualquier producto agrícola excepto la soja y manteniendo o aumentando la presión fiscal sobre la renta de la actividad que provenga exclusivamente de ésta.

Si nos enfocamos en el patrimonio se puede (directa), por un lado, eliminar o reducir la presión fiscal que recae sobre los bienes que se utilicen en el desarrollo de la actividad agrícola, siempre y cuando se realice bajo un plan de rotación de cultivos, y mantener, o incluso aumentar, dicha presión cuando se den prácticas de monocultivo. Por el otro, se puede también disminuir el margen de rentabilidad de la soja frente a otros productos agrícolas, ya sea eliminando o reduciendo la presión fiscal que recae sobre los bienes que se utilicen en la actividad agrícola que involucre cualquier producto agrícola a excepción de la soja y manteniendo o aumentando la presión fiscal sobre los bienes que se utilicen en una explotación agrícola basada exclusivamente en este producto.

## **2.2. Cuestiones particulares en la normativa nacional argentina**

En el caso de Argentina hoy en día son sumamente escasas las medidas tributarias ambientales en el ámbito nacional que están dirigidas directamente a desalentar las prácticas agrícolas de monocultivo (tributos) o alentar la rotación de cultivos (beneficios fiscales). De hecho estas medidas prácticamente se pueden reducir a un tributo ambiental: los Derechos de Exportación (DDEE), y un beneficio fiscal ambiental: una alícuota reducida en el Impuesto al Valor Agregado (IVA).

### **a) Tributo ambiental: derechos de exportación**

Los DDEE se encuentran dentro de los llamados Derechos Aduaneros (DDAA), reconocidos por la Constitución Nacional (arts. 1 y 75, inc. 1) y el Código Aduanero (Ley 22415 de 1981)<sup>26</sup>. Estamos ante un impuesto indirecto percibido en las fronteras que grava la exportación de ciertos productos que posteriormente son destinados al consumo, comercio o empleo productivo en otro país. Actualmente, los DDEE vinculados a los productos agrícolas se

---

<sup>26</sup> El reconocimiento constitucional en nuestro país se produjo allá por el año 1853 cuando, ante la imperiosa necesidad de obtener recursos económicos, los constituyentes establecieron como potestad tributaria exclusiva del Congreso a los derechos de exportación sobre lo producido por las provincias, excepto de la Provincia de Buenos Aires que por aquel entonces aún no formaba parte de la confederación. Estos impuestos, llamados “derechos”, eran de competencia exclusiva de la Nación naciente. Cuando se incorpora la Provincia de Buenos Aires en 1860 se vio obligada, como el resto de las provincias, a resignar la recaudación de los derechos provinciales sobre la exportación que tantos recursos inyectaban a la Hacienda provincial. Como parte de la negociación de la incorporación de Buenos Aires se acordó en la Constitución de ese año que los derechos de exportación funcionarían en la esfera nacional hasta el año 1866 y a partir de allí cada provincia recaudaría de manera exclusiva los recursos que se aplicasen sobre las producciones provinciales. Es decir que estos derechos pasarían a formar parte de la potestad tributaria provincial. Un año antes de que se cumpla el plazo de vigencia de los derechos de exportación a nivel nacional se iniciaron las acciones bélicas con Paraguay, y a partir de allí cambiaron las condiciones de paz y estabilidad que se habían previsto al acordar un límite para los derechos nacionales. Así fue como en la reforma constitucional de 1866, con la modificación de los artículos 4 y 67.1, se quitó de la Carta Magna la limitación temporal que privaba de los ingresos de los derechos de exportación al Estado nacional a partir de 1866. Desde aquel entonces hasta la actualidad los derechos de exportación, junto a los de importación, pertenecen a la esfera exclusiva de la potestad tributaria del Estado nacional.

encuentran regulados básicamente por el Decreto 133/2015, dictado por el Ministerio de Agroindustria, que fuera modificado al poco tiempo por el Decreto 361/2016.

Hasta diciembre del año 2015 este tributo gravaba la exportación de una amplia variedad de productos agrícolas, por no decir prácticamente todos. Pero no todos ellos tenían la misma alícuota; de hecho en la soja y sus derivados era más elevado que en los demás productos<sup>27</sup>. No obstante, esta mayor presión fiscal no alcanzaba para contrarrestar la mayor rentabilidad que la soja ostentaba frente a los demás productos. La imposición que pesaba sobre la soja no tenía la entidad suficiente como para desalentar su monocultivo, ya que el margen de los precios internacionales entre las diferentes semillas, granos y legumbres seguía (y sigue) siendo demasiado amplio en favor de la habas de soja como para que la presión fiscal modifique realmente la conducta de los productores agrícolas. Veamos un ejemplo concreto de aquella época (2015) basado en la Circular 1182, que establecía el precio FOB oficial para el día 15 de septiembre de 2015. El maíz (los demás en grano, a granel con hasta un 15% embolsado) cotizaba a U\$S165/Tn y las habas de soja (los demás, a granel con hasta 15% embolsado) a U\$S358/Tn. La diferencia de precios era de aproximadamente un 120% a favor de las habas de soja, mientras que la diferencia de presión fiscal entre ambos productos agrícolas era del 15% respecto de la última (soja: 35% y maíz: 20%). Similares resultados se daban si nos situamos cualquier otro día de 2015 o confrontábamos la soja con otros productos agrícolas. Considerando la relación entre el precio y alícuota, es evidentemente que la diferencia de carga tributaria entre los productos agrícolas no era un argumento determinante para incentivar realmente a los

---

<sup>27</sup> Las alícuotas de los productos agrícolas más exportados eran de 35% (soja), 32% (girasol); 23% (trigo) y 20% (maíz y sorgo). Estos tipos se aplican sobre el precio FOB del producto agrícola a exportar, el cual incluye a todos los gastos en que incurre el exportador para poner la mercadería en el puerto a los fines de ser cargada en el buque con destino al exterior. Según la exposición de motivos de la normativa sobre los Derechos de Exportación de productos agrícolas de aquella época (Resoluciones 11/02 y 35/02 y los Decretos 368 y 369 de 2007), la distinción de alícuotas no estaba realmente basada en razones ecológicas sino más bien económicas, ya que aquéllas se basaban en los diferentes precios internacionales de los productos agrícolas alcanzados.

productores a desechar el tan rentable monocultivo de soja<sup>28</sup>.

Actualmente, y a instancias de la nueva presidencia del país, la soja y alguno de sus derivados son prácticamente los únicos productos agrícolas que quedaron alcanzados por los DDEE<sup>29</sup>. Estas modificaciones fueron fruto del Decreto 133/2015 (art. 1)<sup>30</sup>, con una alícuota que oscila entre el 27 y el 30% según se trate de las habas de soja o sus derivados respectivamente<sup>31</sup>.

Siguiendo el mismo ejemplo que antes, según la Circular 43, que fijaba los precios FOB oficiales para el día 4 de marzo de 2016, el maíz (los demás en grano, a granel con hasta un 15% embolsado) cotizaba a U\$S160/Tn y las habas de soja (los demás, a granel con hasta 15% embolsado) a U\$S323/Tn. De manera que la relación del precio de mercado es del 100% en favor de la soja y alícuotas presentan una diferencia del 30% en desmedro de la soja, ya que el maíz no está gravado y aquélla lo está al 30%. Si bien es cierto que la diferencia entre las alícuotas y los precios internacionales no alcanza para reducir totalmente la brecha de rentabilidad ni, por ende, incentivar decididamente a los productores a la rotación de la soja, también es cierto que a raíz de las últimas modificaciones la presión fiscal presenta una mayor vocación disuasoria que antes.

No obstante, todo ello podría quedar lamentablemente reducido a la nada si el gobierno actual cumple con su promesa de campaña presidencial de eliminar por completo los Derechos de Exportación, lo cual también incluiría el caso de la soja.

---

<sup>28</sup> Según la exposición de motivos de la normativa sobre los Derechos de Exportación de productos agrícolas de aquella época (Resoluciones 11/02 y 35/02 y los Decretos 368 y 369 de 2007), la distinción de alícuotas no estaba realmente basada en razones ecológicas sino más bien económicas, ya que aquéllas se basaban en los diferentes precios internacionales de los productos agrícolas alcanzados.

<sup>29</sup> También se gravan las mezclas de aceites refinados que no contienen aceite de soja (15%); mezclas y preparativos no alimenticias de origen vegetal (15%); ciertos nutrientes para animales (20%) y preparaciones, excepto las que contengan soja en su composición y que se presenten en bolsas rotuladas de peso neto inferior o igual a 50Kg (27%).

<sup>30</sup> Reformado por el Decreto 361/2016 (art. 3). Es importante destacar que la exposición de motivos de estos decretos destacan la necesidad de favorecer "el cuidado del capital natural de nuestros suelos" (Decr. 133/2015) y fortalecer "la producción de cereales" (Decr. 361/2016).

<sup>31</sup> Anexo I del Decreto 133/2015.

## **b) Beneficio fiscal ambiental: menor alícuota en el Impuesto al Valor Agregado**

El IVA se encuentra regulado básicamente por la Ley 23349 de 1986, ordenada por el Decreto 280/97, y por su Decreto reglamentario 692/98. Se trata de un impuesto nacional indirecto por excelencia que grava el consumo en general y es recaudado por el gobierno nacional en uso de las facultades concurrentes con las provincias que le otorga la Constitución Nacional (art. 75, inc. 2).

El aspecto material de su hecho imponible alcanza a la venta de cosas muebles, las obras, locaciones y prestaciones de servicios e importaciones definitivas de cosas muebles y servicios. Es un impuesto complejo que grava las distintas etapas de producción a través de un sistema de débito y crédito y que, dadas sus características particulares, permite su traslación económica porque en la práctica recae sobre el consumidor final. Ello debido a que consiste en un gravamen plurifásico, porque incide en todas las etapas del proceso productivo, y no acumulativo, porque no se paga sobre el valor total sino que permite la deducción de lo pagado por el impuesto en las etapas anteriores, gravándose el mayor valor que adquieren los productos en las sucesivas etapas de producción y distribución.

Dentro de este impuesto encontramos diferentes beneficios fiscales pero sólo uno de ellos es susceptible de alentar la rotación de cultivos, en este caso en favor del trigo. La alícuota general del impuesto es del 21% y, mediante la Ley 26151, en 2006 se redujo al 10,5% para la venta e importaciones definitivas de harina de trigo. De manera que al favorecer la rentabilidad de un producto derivado del trigo se puede intentar reducir la brecha de rentabilidad con los productos derivados de la soja (harina) y, en última instancia, desmotivar el nocivo monocultivo de soja.

## **REFLEXIONES FINALES**

Las medidas tributarias ambientales pueden ser instrumentos públicos útiles para disuadir a los productores agrícolas en sus prácticas de monocultivo

(tributos ambientales) o persuadir una actividad agrícola basada en la rotación de cultivos (beneficios fiscales ambientales). Sabemos que una orientación de conductas en este sentido puede incidir positivamente en la profundidad de las napas freáticas, llevándolas a un nivel ambientalmente sustentable y así revertir los graves problemas ecológicos que padece un amplio sector de Argentina. Pero para ello es menester no perder de vista la esencia jurídico-tributaria que define y distingue a cada una de estas medidas tributarias ambientales.

Desafortunadamente, salvo algunas excepciones puntuales, el sistema tributario nacional argentino no cuenta con medidas que estén expresamente dirigidas a promover la rotación de cultivos. Solamente encontramos una medida disuasoria (tributo) en el caso de los DDEE, al eliminar recientemente la presión fiscal de la gran mayoría de productos agrícolas a excepción de la soja y sus derivados, y una medida persuasoria en el IVA (beneficios fiscal), al reducir a la mitad la alícuota del impuesto para la venta e importaciones definitivas de harina de trigo. Nótese que existe escasísima normativa fiscal al respecto y que las pocas medidas se limitan al ámbito de los tributos nacionales que gravan el consumo (DDEE e IVA), desaprovechando las demás ventajas que pueden ofrecer este tipo de tributos y la de los otros gravámenes nacionales que gravan la renta y el patrimonio.

Más allá de la posibilidad que tienen los entes locales para también orientar su normativa tributaria en este sentido, resulta más apropiado que las medidas tributarias ambientales provengan fundamentalmente del sistema fiscal nacional, ya que se trata de un problema ecológico regional que trasciende las fronteras provinciales y municipales y, por ende, requiere una solución también regional.

Desafortunadamente, parece que una vez más se le otorga mayor prioridad a la prosperidad económica que a la protección ecológica, pero la ecuación no cierra ni siquiera desde el punto de vista económico, mucho menos el ecológico. Si descuidamos las problemáticas ambientales, como las derivadas del ascenso de las napas freáticas, sus consecuencias también acabarán trayendo cuantiosas pérdidas económicas para el Estado, las cuales seguramente no compensarán los beneficios económicos que ofrece (para algunos) una producción agropecuaria sin limitaciones ni persuasiones.

## **BIBLIOGRAFÍA**

ACQUATELLA, J., “Aplicación de instrumentos económicos en la gestión ambiental en América Latina y el Caribe: desafíos y factores condicionantes”, en *Serie Medio Ambiente y Desarrollo*, N° 31, 2001 (CEPAL/PNUD), pp. 1-83.

ATALIBA, G., *Hipótese de incidência tributária*, Malheiros, San Pablo, 2002.

BERTRAM, N. y CHIACCHIERA, S., *Ascenso de capas en la Región Pampeana: ¿Consecuencia de los cambios en el uso de la tierra?*, Informe Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria (Estación Experimental Agropecuaria de Marcos Juárez), Córdoba, 2013.

CANALE, A.; SALAFIA, A.; BLANCO, P. y ACOTTO, R., “Monitoreo freático para generar estrategias de manejo a escala regional”, en *Resúmenes de la 2° Reunión de la Red Argentina de Salinidad Sociedad Rural de Tucumán (RASTUC)*, Red Argentina de Salinidad Sociedad Rural de Tucumán (RASTUC), San Miguel de Tucumán, 2011.

CANTERO, A.; CANTÚ, M.; CISNEROS, J.; CANTERO, J.; BLARASIN, M.; DEGIOANNI, A.; GONZÁLEZ, J.; BECERRA, V.; GIL, H.; DE PRADA, J.; DEGIOVANNI, S.; CHOLAKY, C.; VILLEGAS, M.; CABRERA, A. y ERIC, C., *Las tierras y aguas del sur de Córdoba: propuesta para un manejo sustentable*, Facultad de Agronomía y Veterinaria, Universidad Nacional de Río Cuarto, Córdoba, 1998.

CIOCIRLAN, C. E. y YANDLE, B., "The Political Economy of Green Taxation in OECD Countries", en *European Journal of Law and Economics*, n° 15, Netherlands, 2003, pp. 213-228.

CISNEROS, J.; GIL, H.; DE PRADA, J.; DEGIOANNI, A.; CANTERO, A.; GIAYETTO, O.; IOELE, J.; MADOERY, O.; MASINO, A. y ROSA, J., *Estado actual, pronósticos y propuestas de control de inundaciones en el Centro-Este de la Provincia de Córdoba*, Servicio de Conservación y Ordenamiento de Tierras (SECYOT), Facultad de Agronomía y Veterinaria, Universidad Nacional de Río Cuarto, Córdoba, 2014.

COSTA, R. H., “Tributación ambiental”, en *Derecho ambiental en evolución* (Dir: assos de Freitas), Juruá, Curitiba, 2002.

CUERDO MIR, M. Y RAMOS GOROSTIZA, L., *Economía y naturaleza*, Síntesis, Madrid, 2000.

CUSTODIO, E. y LLAMAS, M., *Hidrología Subterránea*, T. 1, Omega, Barcelona, 1996.

DEL BRÍO GONZÁLEZ, J. Á., *Medio ambiente y empresa: de la confrontación a la oportunidad*, Civitas Ediciones, Madrid, 2001.

DE SOUZA, J. Y SNAPE, J., "Environmental tax proposals: analysis and evaluation", en *Environmental Law Review*, Lewis & Clark Law School, Vol. 2, 2000, pp. 74-101.

DÍAZ, V. O., "Fiscalidad, extra-fiscalidad y exenciones tributarias", en *Periódico Económico Tributario* (La Ley-Thomson Reuters), N° 1, 1 de enero de 2008, pp. 1-5.

ESTÉVEZ, A. M. y ESPER, S. C., *Cultura tributaria y ciudadanía: el caso argentino*, Mimeo, Buenos Aires, 2012.

FANTOZZI, A., *Diritto tributario*, Utet, Torin, 1998.

FERREIRA, G.; MARIZZA, M. y RODRÍGUEZ, L., "Utilización de información procedente de teledetección para el análisis de sistemas subterráneos", en *Aqua-Lac*, V. 4, N° 1, marzo 2012.

FICHERA, F., *Imposizione ed extrafiscalità nel sistema costituzionale*, Scientifiche Italiane, Napoli, 1973.

JOBÁGY, E. Y NOSETTO, M., "Capas freáticas: pautas para comprender y manejar su impacto en la producción", ponencia presentada en el *XVII Congreso AAPRESID*, Grupo de Estudios Ambientales – IMASL-CONICET y Departamento de Agronomía-FICES de la Universidad Nacional de San Luis, 2009, pp. 148-151.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M., "La protección del medio ambiente y el impuesto sobre vehículos de tracción mecánica", en *Nueva Fiscalidad*, N° 1, 2007, pp. 41-52.

LOZANO CUTANDA, B., *Derecho ambiental administrativo*, Dykinson, Madrid, 2007.

MAGADÁN DÍAZ, M. y RIVAS GARCÍA, J., *Fiscalidad y medio ambiente en España*, Septem-Ediciones, Oviedo, 2004.



MILNE, J., “Environmental taxation in the United States: retrospective and prospective”, en *Green taxation in East Asia*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham, 2011.

MOMO, L. Y SASOVSKY, I., “El uso extrafiscal de los tributos”, en *Periódico Económico Tributario* 5 (27 de abril), 2011, pp. 1-4.

OCDE/CEPAL/CIAT/BID, *Estadísticas Tributarias de América Latina y el Caribe*, OCDE, París, 2015.

PARRA CORTÉS, J., “Reflexión en torno a la extrarrecaudatoriedad fiscal”, en *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, N° 7, 2001, pp. 1-19.

PERRONE, R., "La imposición y el ambiente", en *Tratado de derecho tributario*, tomo 11 (Dir.: Andrea Amatucci), Bogotá, Temis, 2001.

RIGOLA, M; GRAU RAHOLA, J.; DOMENECH, J.; ALONSO OROZA, S.; EMBID IRUJO, A.; TORNOS, J. y CARDONA, J. M., *Política ambiental y desarrollo sostenible*, Instituto de Ecología y Mercado, Madrid, 1999.

RODRÍGUEZ MUÑOZ, J. M., “Los fines ultrafiscales de los tributos y su recepción en la nueva Ley General Tributaria”, *Nueva Fiscalidad*, N° 3-2004, Marzo 2004, pp. 5-59.

ROZO GUTIÉRREZ, C., “Las funciones extrafiscales del tributo a propósito de la tributación medioambiental en el ordenamiento jurídico colombiano”, en *Revista de Derecho*, N° 1, CEN, 2003, pp. 160-188.

SÁINZ DE BUJANDA, F., *Hacienda y Derecho. Estudio de Derecho Financiero*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, Vol. II, 1962.

SALASSA BOIX, R., "La finalidad extrafiscal de los tributos. Algunas notas sobre los tributos medioambientales", en *Temas de Derecho tributario* (Dir. Eduardo Arroyo), Advocatus y Ciencia, Derecho y Sociedad (UNC), 2013.

SALASSA BOIX, R., “Clarificando algunas cuestiones sobre la extrafiscalidad de los tributos ambientales”, en *Actualidad tributaria*, nov-2012, Salvador (Costa Rica), pp. 1-16.

SALASSA BOIX, R., "Fiscalidad ambiental: nociones preliminares", *La protección ambiental a partir del Derecho fiscal* (Dir. Rodolfo Salassa Boix), Advocatus y Ciencia, Derecho y Sociedad de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina), 2015.

SEROA DA MOTTA, R., "Tributación ambiental, macroeconomía y medio ambiente en América Latina; aspectos conceptuales y el caso de Brasil", en *Serie Macroeconomía del Desarrollo, CEPAL*, 2001, pp. 1-42.

VALDÉS COSTA, R., *Curso de Derecho Tributario*, Temis-Depalma-Marcial Pons, Buenos Aires, 1996.

VARONA ALABERN, J. E., "Extrafiscalidad irregular e imposición inmobiliaria", en *Quincena Fiscal Aranzadi (Thomson-Reuters y Aranzadi)*, n° 1/2010.

*CONSIDERAÇÕES SOBRE TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL  
NO BRASIL: UMA GARANTIA AO DIREITO  
FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE?*

---

Bleine Queiroz Caúla  
Nicole de Almeida Correa  
Sócrates Costa Oliveira



## INTRODUÇÃO

O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem que, sob a ótica jurídica, carece ser protegido. Cuida-se de temática cuja negligência resultará em consequências trágicas para o desenvolvimento em suas distintas dimensões: humana, econômica e ambiental. Com o fim de prevenção, o resguardo desse bem é considerado um direito fundamental pela sua essencialidade que possui à digna sobrevivência humana, dentre outros motivos. O Estado é o garantidor da proteção dos direitos e deve buscar meios eficazes de concedê-los aos cidadãos, titulares destes.

A tributação ambiental é um instrumento que reforça a tutela ao meio ambiente, já sendo utilizada no Brasil. O Estado Brasileiro já reconhece na Constituição Federal a possibilidade de, por meio da tributação, combater atos nocivos ao equilíbrio ecológico e financiar políticas ambientais a partir das receitas tributárias, como forma de tornar mais atraente o mercado sustentável ao onerar atividades nocivas ao meio ambiente.

Expor-se-á neste trabalho uma explanação do motivo por que o direito ao meio ambiente se assentou como direito fundamental com um breve contexto fático-histórico. Em decorrência de a defesa ambiental ser uma garantia constitucional no Brasil, expor-se-ão exemplos de medidas que o Estado possui no ordenamento jurídico-tributário, para defendê-lo, bem como harmonizar o desenvolvimento econômico com a eficácia da proteção ambiental, porque a partir do Direito Tributário é possível conduzir condutas do mercado ao crescimento sustentável.

O trabalho está dividido em quatro seções, a iniciar por esta introdução. Em seguida, decorre-se o suporte teórico em dois capítulos; o primeiro versa sobre o direito fundamental ao ambiente; as gerações dos direitos fundamentais e o ambiente; a consolidação do meio ambiente como direito fundamental; o direito fundamental ao meio ambiente e a Constituição Federal Brasileira, de 1988. O segundo aborda a tributação ambiental no Brasil; a tributação como mecanismo de proteção ambiental; a contribuição de intervenção no domínio econômico; a alíquota dos tributos na extrafiscalidade ambiental. Por fim, estabelecem-se considerações finais sobre a investigação.

## **1 O DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE**

### **1.1 As gerações (ou dimensões) dos direitos fundamentais e o ambiente**

Consideram-se direitos fundamentais os regramentos básicos que identificam numa ordem jurídica as premissas mínimas à vida de qualquer ser humano. Os direitos que rogam por uma abstenção do Estado, um “não fazer”, são considerados direitos fundamentais de *primeira* geração, uma vez que se relacionam com os direitos pessoais do indivíduo, caracterizando-se pelas liberdades individuais, como o direito à vida, de reunião, de propriedade e de manifestação, estes amplamente propagados pela Revolução Francesa e pela doutrina do Estado liberal.

De outro modo, conforme Mendes e Branco (2016), o descaso do Estado para com os problemas sociais gerou reivindicações em face do liberalismo econômico, urgindo-se a necessidade de um poder público ativo, obrigando-se-lhe ações positivas no âmbito da saúde, assistência social, educação, trabalho entre outras, firmando-se os direitos fundamentais de *segunda* geração, ligados a ideias de igualdade e justiça social.

Contudo, a categorização referida não englobava outros direitos notados pelo crescente desenvolvimento tecnológico e pelas alterações econômicas e sociais. Pela titularidade difusa ou coletiva, ainda pelo autor acima citado, têm-se os direitos à paz, ao desenvolvimento, à qualidade ao meio ambiente e conservação do património histórico-cultural, direitos de *terceira* geração. Conforme Fiorillo (2015), os titulares dos direitos difusos são indeterminados, pois são ligados por uma circunstância fática, inexistindo relação jurídica, como é o caso da poluição atmosférica:

Ao pensarmos no ar atmosférico poluído, não temos como precisar quais são os indivíduos afetados por ele. Talvez seja possível apenas delimitar um provável espaço físico que estaria sendo abrangido pela poluição atmosférica, todavia, seria inviável determinar todos os indivíduos afetados e ex- postos a seus malefícios. (2015, p.42).

De acordo com Toshio Mukai (2005, p. 6), “o direito à proteção do meio ambiente caracteriza-se por uma ideia fundamental: não pode ser visualizado

pelo jurista com o mesmo enfoque das matérias tradicionais do Direito”. Mukai assim trata a proteção do meio ambiente porque esta se esparrama por titulares indefinidos. Logo, por sua ampla e, ao mesmo lugar, indeterminada titularidade, o direito ao meio ambiente está integrado aos direitos fundamentais de terceira geração, direitos de solidariedade e fraternidade.

Há ainda de se apontar que o termo “geração” atualmente cria controvérsias aos doutrinadores. Entende-se que o mais correto hoje seria falar-se de “dimensões” de direitos fundamentais, do que de “gerações”, pois estas últimas dão a ideia de que os direitos ficam ultrapassados, mas o que há é uma indivisibilidade dos direitos, pois, além de cumulativos, são complementares. Sarlet (2007, p. 55) explica:

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno 'Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Portanto, para Sarlet, o direito ambiental faz parte dos direitos de terceira “dimensão”, que resultam das novas reivindicações fundamentais do ser humano geradas principalmente pelo “impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências” (p. 58).

Passado esse impasse, faz-se oportuno apontar que, para Casalta Nabais (2002), ainda existe outra classificação que tem pouca atenção pelos doutrinadores, mas é igualmente importante: os deveres fundamentais. Estes se integram à matéria dos direitos fundamentais, porque polarizam o outro lado – ativo e passivo; direitos e deveres –, uma vez que os indivíduos são igualmente livres, mas responsáveis. O fundamento jurídico encontra-se no texto constitucional, não se podendo falar em deveres fundamentais na ausência de sua previsão. Como exemplos, têm-se os deveres de sufrágio, defesa da pátria e pagamento de impostos.

Formam-se camadas de deveres ao mesmo passo em que são criadas camadas de direitos. Ou seja, ao mesmo tempo dos direitos, ainda há os deveres ecológicos: “[...] Deveres estes a que, hoje em dia, tende a acrescentar-se [...] pelos deveres ecológicos, de que são exemplos os deveres de defender um ambiente humano são e ecologicamente equilibrado e o dever de cada um preservar, defender e valorizar o património cultural” (NABAIS, 2002).

O direito ao meio ambiente equilibrado tem natureza jurídica difusa (terceira dimensão, transindividual, com titulares indeterminados), para a tutela de bens e valores ambientais, ao mesmo tempo um direito-dever fundamental – inerente ao ser humano, assim como uma responsabilidade do indivíduo e um dever de guarda do Estado.

## **1.2 A consolidação internacional do meio ambiente como direito fundamental**

O direito fundamental ao meio ambiente foi ratificado, em 1972, pela Conferência das Nações Unidas, e, em 1992, reiterado na Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, assim como na Carta da Terra.

Na Conferência das Nações Unidas, ocorrida em Estocolmo, adotou-se a Declaração do Meio Ambiente, composta por 26 princípios, os quais buscam ser base de inspiração e guia para preservar e melhorar o meio ambiente. Tal declaração proclama que a "proteção e o melhoramento do meio ambiente é uma questão fundamental que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento econômico do mundo inteiro, um desejo urgente dos povos de todo o mundo e um dever de todos os governos".



Entretanto, ainda requer a ampla cooperação e colaboração internacional para obtenção de recursos que ajudem aos países em desenvolvimento em suas metas, justificando haver um número cada vez maior de problemas relativos ao meio ambiente que podem ser de alcance regional ou mundial. Contudo, desta Declaração se deduz que não é apenas ao Poder Público que cabe a promoção do desenvolvimento sustentável, mas também a toda a sociedade.

Conforme Silva (2004, p. 69), "a Declaração de Estocolmo abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental entre os direitos sociais do homem [...]". Pela proteção do meio ambiente, tem-se o mecanismo para se proteger o direito à vida, devendo então esse direito ser reconhecido, pois da natureza que o homem retira seu sustento, uma vez que vida, saúde, alimentação e lazer são diretamente impactados em razão do ambiente em que se vive.

Porém, Caúla (2012) critica tal posicionamento antropocentrista, de meio ambiente para o homem, ressaltando que o meio ambiente deve ser compreendido por uma concepção holística, ou seja, em sua globalidade.

No mesmo sentido, Birnfeld (2013) diz que é necessário compreender a visão ecocêntrica, a qual atribui valor ao homem como integrante da natureza, atribuindo-se o fim da defesa do meio ambiente no próprio valor da natureza em si.

Nessa senda, é forçoso afirmar que não se deve mais considerar a natureza como um objetivo decretado pelo homem para proveito do próprio, uma vez que a natureza deve ser protegida em função dela mesma (Amaral, 1994 *apud* Fiorillo, 2015).

Percebe-se que a necessidade de firmar o direito fundamental ao meio ambiente originou-se tanto como seguimento dos direitos fundamentais à vida e à dignidade da pessoa humana, quanto satisfação das necessidades humanas, bem assim quanto pelo direito à vida e integridade do meio ambiente como um todo por si mesmo, ou seja, a visão antropocentrista em conjuntura com a visão ecocêntrica.

### **1.3 O meio ambiente constitucionalizado no Brasil**

Uma característica associada aos direitos fundamentais, em contraponto aos direitos humanos, é que aqueles se encontram solidificados na ordem jurídica concreta, de modo que são garantidos e limitados no espaço e no tempo, e salvaguardados pelo Estado. No Brasil, os direitos fundamentais são considerados como direitos constitucionais (MENDES; BRANCO, 2016).

Antes de 1988, as constituições brasileiras não tratavam sobre a proteção do meio ambiente natural. Conforme Gomes (2006), o Brasil foi pioneiro na abordagem transversal e integrada das questões ambientais, aprovando, em 1981, a Lei nº 6.938, a Lei de Políticas Ambientais, e mais, reconhecendo formalmente a proteção ao meio ambiente na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988. A Constituição Federal, de 1988, discorreu definitivamente sobre a questão ambiental, trazendo capítulo sobre o meio ambiente no título *Da Ordem Social*, no art. 225. Além disso, a matéria se encontra difundida em correlação com os demais temas fundamentais constitucionais (SILVA, 2004).

Elencam-se no artigo 5º da Constituição Federal os direitos fundamentais, porém, faz-se oportuno ressaltar que este não é um rol taxativo, tanto que o parágrafo segundo do mesmo artigo anuncia que "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte". Ainda no art. 5º da Constituição, o primeiro momento em que se faz menção à proteção destinada ao meio ambiente por intermédio da ação da sociedade se dá no inciso LXXIII:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Logo, o direito fundamental ao ambiente também possui uma perspectiva

de direito subjetivo do seu titular, mesmo que pertença a titulares difusos, já que os direitos relacionados a respeito, cuidado, promoção, proteção do ambiente como questões que podem ser levadas ao Poder Judiciário no caso de ameaça ou lesão ao bem jurídico ambiental (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011).

Quanto à competência de proteção, a Carta Magna demonstra ser tarefa comum atribuída à União, Estados, Distrito Federal e aos Municípios no art. 23, quanto a "proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas" e "preservar as florestas, a fauna e a flora".

Já o artigo 225 da Constituição Federal especialmente contempla o marco diferenciador entre as Constituições anteriores com o Capítulo VI *Do Meio Ambiente*, inserindo o Título VIII *Da Ordem Social*. Referido artigo demonstra, em síntese, que: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é de todos, da atual e das futuras gerações; o meio ambiente é indisponível, não é propriedade de pessoa pública nem de particular; a produção, comercialização e técnicas que importem riscos ao meio ambiente devem ser controladas pela Administração Pública; faz-se imperiosa a proteção da fauna e flora; há necessidade da promoção da educação ambiental; e, por fim, a tarefa de preservação do meio ambiente cabe não somente ao Poder Público, mas a toda a coletividade. Prontamente, como um dever do Estado, sobre suas ações ou omissões, este terá responsabilidade civil, sendo imperiosa a implantação de políticas públicas ambientais preventivas ou repressivas.

Sobre o citado artigo, Sarlet e Fensterseifer (2011, p. 91):

A CF88 (art. 225, caput, c/c o art. 5º, § 2º) atribuiu à proteção ambiental e – pelo menos em sintonia com a posição amplamente prevalecente no seio da doutrina e da jurisprudência – o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade [...]. Há, portanto, o reconhecimento, pela ordem constitucional, da **dupla funcionalidade** da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, a qual toma a forma simultaneamente de um **objetivo e tarefa estatal** e de um **direito (e dever) fundamental** do indivíduo e da coletividade, implicando todo o complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico [...]. (grifo dos autores).

Apesar da opção do legislador de inserção no título da Ordem Social, salienta-se que, quando o art. 5º da Constituição fala em direito à vida, analogicamente pode-se aplicar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como condição indispensável ao fundamento da dignidade da pessoa humana, tendo tal direito proteção de cláusula pétrea (CAÚLA, 2012).

Em contraposição à expressa positivação constitucional, Gomes (2006) critica o fato de que, apesar de o direito ao meio ambiente estar no elenco de objetivos das constituições, em especial a portuguesa, ele não ser determinante quando da adoção de políticas públicas de conservação e promoção ambientais. Há um déficit quanto à preocupação do Poder Público e da população para gestão racional dos recursos naturais, fato que transforma a Constituição em mera declaração de intenções.

Um ponto que ainda merece destaque é a noção de que todos os direitos possuem custos públicos. Os direitos não são frutos inerentes da natureza, pois não autorrealizáveis, nem podem ser protegidos em um estado falido ou incapacitado. Os direitos possuem custos comunitários, custos financeiros públicos. Todos os direitos precisam para sua concretização de meios financeiros públicos, estes sendo realizados a partir da natureza fiscal do Estado, em outras palavras: os direitos têm por amparo fundamentalmente a figura dos impostos (NABAIS, 2002).

Nesse contexto, em continuidade, um dos princípios indicadores da *Atividade Econômica*, capítulo I do Título *Da Ordem Econômica e Financeira*, é a "defesa do meio ambiente, até mesmo mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação", no art. 170, VI, da Constituição Federal, de 1988. O princípio em questão induz ao entendimento de que o desenvolvimento econômico tem o múnus de respeitar os valores ambientais. Se a Ordem Econômica deve se pautar nos valores ambientais, e considerando que a Ordem Tributária impacta ou mesmo decorre da Ordem Econômica, aquela tem o poder-dever de perfilhar meios de proteção ao direito fundamental ao meio ambiente.

## **2 A TRIBUTAÇÃO AMBIENTAL NO BRASIL**

### **2.1 A tributação como mecanismo de proteção ambiental**

Dentre os possíveis fatores essenciais à sobrevivência, qualidade de vida e prosperidade humana, bem como o que dela decorre, o meio ambiente sadio e equilibrado se destaca pela sua importância. As atividades econômicas por vezes degradam o meio ambiente na tentativa de suprir as demandas crescentes das pessoas por bens de consumo e, portanto, a produção humana deve ser sustentável, a fim de se evitarem os danos ambientais. No entanto, isso não ocorre em todos os casos, e há a necessidade de medidas eficazes para proteger o meio ambiente e para recuperá-lo quando necessário. Esse papel ativo é um dever do Estado, o qual para tanto necessita de receita para desempenhar essa relevante função. Corroboram com esse pensamento Barros e Caúla ao sugerirem a tributação nas atividades das empresas:

Uma das formas de estimular uma atuação ambiental junto ao empresariado é alcançá-lo em sua essência, o exercício da atividade econômica profissional voltada para a circulação de bens, serviços e produção de riqueza. É a rentabilidade o coração desse grupo social: portanto, é por meio do incentivo/sanção tributário que os governos podem alcançar comportamentos empresariais que coadunem com a norma ambiental insita na CF/88. (2015, p. 43).

O direcionamento da proteção ambiental ao campo dos tributos se revela compatível, pois podem ser utilizados de duas formas: com sua função extrafiscal, a fim de desestimular atividades nocivas à natureza, bem como para gerar receita ao Estado para que possa ser utilizada com a finalidade de proteção ao meio ambiente. O poder público pode utilizar-se do direito tributário como uma ferramenta para harmonizar o desenvolvimento econômico com a defesa do meio ambiente, tendo em vista a tributação ter por essência assegurar direitos.

Nessa senda, cumpre destacar que o “crescimento econômico” consiste no aumento das riquezas de determinado ente (empresa, município, país etc.). O Produto Interno Bruto (PIB) representa a soma de todas as riquezas produzidas em determinado local, é o fator mais utilizado para se verificar o crescimento

econômico. Entrementes, o desenvolvimento econômico tem todo um substrato teórico e se diferencia por ir além do crescimento e prezar também pelo progresso nas searas ambientais e sociais (MARTINS FILHO, *et. al.*, 2016, p. 155).

Inegavelmente o direito fundamental ao ambiente tem dupla dimensão: negativa e positiva. Enquanto direito prestacional forçará o Estado a arrecadar para adimplir com as políticas públicas de preservação, proteção e conservação de todas as riquezas ambientais (naturais, culturais ou artificiais). No entanto, é cediço que a atividade de o Estado tributar envolve interesses em permanente tensão. Para mitigar essa constatação, Carvalho (2010, p. 12) adverte para a necessária

[...] imposição de limitações de ambos os lados. A tributação se manifesta por uma via de mão dupla: é o canal de que dispõe o Poder Público para a concretização de direitos fundamentais e o financiamento de suas atividades, como um todo; por outra banda, busca recursos dos particulares para tanto, retirando-lhes parcelas de suas conquistas para os cofres públicos. Diante de uma realidade tão delicada, exige-se **um mínimo de ética no exercício do poder de tributar, por parte do Estado Fiscal**, uma contensão que tem por pano de fundo o ordenamento jurídico que o legitima. (grifo nosso).

O exercício estatal de tributar deve perquirir o caminho ético, caso contrário provocará um efeito dominó materializado pelo descrédito social de adimplir com os tributos. Sendo forçoso concluir que a inadimplência do “dever de pagar tributos” está consubstanciada na “inabilidade do Estado de revertê-los em benefício dos direitos fundamentais”. Tal assertiva pode ser confirmada pela baixa inadimplência da arrecadação dos tributos nos países que mais investem em políticas públicas de direitos sociais (Japão, Alemanha, Suécia, França, Holanda etc.). Entrementes, a Constituição Federal, de 1988, vincula a Administração Pública ao princípio da eficiência e da probidade. Referidos princípios poderão contrabalançar o desequilíbrio entre o poder de cobrar tributos e o dever de pagá-los (cultura pacífica de pagar tributos), de modo que a conversão tenha destinação eficiente. Esse desiderato perpassa pela ética política e econômica.

## **2.2 A contribuição de intervenção no domínio econômico**

O gênero tributário nomeado de *Contribuições Especiais* possui destinação específica de suas receitas, ou seja, são criadas para atender determinadas demandas da sociedade. A contribuição possui como característica ser uma intervenção do Estado no domínio econômico privado, com vista a atender uma particular situação de interesse social ou das categorias econômicas. As contribuições especiais mais comuns são: sociais, de intervenção no domínio econômico, de interesse de categorias econômicas ou profissionais. Conforme Amaro (2014, p.105), é característica das contribuições a “destinação a determinada atividade, exercitável por entidade estatal ou paraestatal, ou por entidade não estatal reconhecida pelo Estado como necessária ou útil à realização de uma função de interesse público”.

A Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) é uma subespécie do gênero contribuições especiais e está prevista no artigo 149 da Constituição. Tal espécie tributária possui importância para o tema de tributos ambientais, já que poderia ser utilizada na proteção ao meio ambiente, pois atua na ordem econômica e financeira; pode ser um relevante instrumento para a orientação das atividades de produção econômica com os menores impactos ambientais; e pode destinar sua arrecadação à reparação dos danos ao meio ambiente. Essa Contribuição se faz relevante à proteção ao meio ambiente pelas características que possui, além de poder ser utilizada para estimular atividades econômicas sustentáveis e efetivar a proteção ambiental. Sobre a CIDE, Souza dispõe que

[...] é, pois, um tributo cuja instituição está sujeita ao controle de validade finalístico, ou seja, só se mostra válido se destinado a custear uma atividade estatal voltada a atender uma finalidade prevista constitucionalmente e relativa a determinado grupo, área ou setor de que participe o contribuinte. (2002. p.111).

Na Constituição Federal há previsão para a criação de um tributo ambiental: uma CIDE que recai sobre os combustíveis. Essa área da economia é causadora de relevantes danos à natureza, em virtude dos combustíveis fósseis serem uns

dos maiores responsáveis da poluição atmosférica devido ao efeito estufa. Tal Contribuição seria um exemplo de tributo ambiental já em vigor e está previsto no artigo 177, § 4º, da Constituição Federal:

§ 4º A lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível deverá atender aos seguintes requisitos:

I – a alíquota da contribuição poderá ser:

a) diferenciada por produto ou uso;

[...]

II – os recursos arrecadados serão destinados:

[...]

b) ao financiamento de projetos ambientais relacionados com a indústria do petróleo e do gás;

[...]

Essa destinação demonstra que o legislador se antecipa em proteger o meio ambiente ao destinar parte de sua receita aos projetos ambientais. A receita da CIDE é utilizada com o propósito específico da proteção ambiental. Ressalte-se que essa Contribuição possivelmente poderá desestimular o consumo de combustíveis mais prejudiciais ao meio ambiente, em vista de a Lei nº 10.336, de 2001, em seu artigo 5º, estabelecer um sistema de tributação com alíquotas mais altas de acordo com o potencial nocivo a cada combustível ao meio ambiente.

### **2.3 A alíquota dos tributos na extrafiscalidade ambiental**

Dentre as possibilidades de se utilizar o Direito Tributário como mecanismo de defesa ao meio ambiente, dispõe-se além da possibilidade de instituir algum tributo que objetive diretamente a proteção ambiental, também a possibilidade de utilização das alíquotas de tributos diversos para onerar ainda mais atividades nocivas à natureza. Dessa forma, incidiria a extrafiscalidade ambiental, na linha do artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal:



Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

O Estado possui a responsabilidade de garantir a efetivação dos princípios do artigo 170 da Constituição, e poderá definir a forma de implementá-los, como interferir na economia e promover o estímulo à proteção ambiental. As alíquotas podem ser utilizadas para direcionar ao consumo de bens sustentáveis. Pode-se elevar a porcentagem na base de cálculo em tributos que incidem sobre alguma atividade ou bens, conforme seu potencial nocivo como também reduzi-la ou até mesmo criar isenções para estimular a inovação de atividades limpas. Dessa forma, poderá convergir o desenvolvimento financeiro à proteção do meio ambiente. Conforme Caliendo; Rammê e Muniz, a extrafiscalidade é um instrumento compatível com a preservação ambiental:

O fenômeno da extrafiscalidade vem ao encontro dessa tentativa de compatibilização do desenvolvimento econômico com a proteção ambiental. E mais, apresenta-se como instrumento de política fiscal (tributária) conformadora do projeto jurídico-constitucional socioambiental brasileiro, já que pode servir para o fortalecimento de direitos fundamentais socioambientais e para a promoção da justiça socioambiental no país. (2014, p. 79).

Conceder estímulo fiscal ou lançar mão da função extrafiscal nos tributos revela-se benéfico aos cofres públicos por elevar a arrecadação sobre as atividades potencialmente prejudiciais ao meio ambiente, como também reduz os custos do Estado no combate repressivo e na fiscalização aos danos à natureza. Corroborar com esse pensamento Modé (2003 pp. 84-85):

Enquanto a tributação ambiental garante ao agente econômico uma margem de manobra para adequação de sua atividade, a regra de comando (proibitiva) lhe nega qualquer possibilidade de ajuste. O caráter inflexível das normas de comando e controle acaba por valorizar a opção pela via tributária por consistir um incentivo permanente ao agente econômico, para que busque, segundo sua maior conveniência, o meio mais adequado para a redução do potencial poluidor da atividade.

A atribuição da extrafiscalidade voltada à proteção ambiental poderia recair a todos os impostos no Brasil, conforme o já citado artigo constitucional, que possibilitaria arrecadar receitas para o custeio das atividades gerais do Estado – não havendo, portanto, nessa hipótese, o uso da receita diretamente vinculada aos fins de proteção ao meio ambiente<sup>1</sup>, o que tornaria o preço dos produtos sustentáveis mais atraentes e aumentaria a sua demanda.

A finalidade extrafiscal ambiental nos tributos já inspira, no Brasil, alguns projetos de incentivo fiscal destinados a promover o reflorestamento. Pode-se destacar o Projeto de Lei do Senado Federal (PLS), número 249, de 2011. Referido Projeto cria no Imposto de Renda um incentivo fiscal para o estímulo ao reflorestamento – ou reflorestamento em propriedade rural familiar. Conforme Birnfeld (2013), isso revela ser factível a possibilidade de o Imposto de Renda ser uma forma de estímulo para condutas sustentáveis.

Em alguns estados da Federação Brasileira já se encontra em vigor o tratamento tributário diferenciado. Os automóveis elétricos são isentos do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA), a exemplo do estado do Ceará que previu isso no artigo 4º, IX, da Lei nº 12.023, de 1992. Outros estados compartilham da mesma isenção aos veículos movidos à eletricidade, como Maranhão; Pernambuco; Piauí; Rio Grande do Norte; Rio Grande do Sul e Sergipe. Ademais os estados de Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro e São Paulo preveem uma redução na alíquota do IPVA.

---

<sup>1</sup> Não é possível na figura tributária do imposto vinculá-lo diretamente ao custeio de uma atividade específica referível ao contribuinte, portanto, sua receita deve custear as despesas gerais do Estado. Conforme, Luciano Amaro, 2014, p. 103.

O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) é visto como mais uma possibilidade de ser um instrumento tributário extrafiscal para proteger o meio ambiente, pois ele pode ser seletivo de acordo com a qualidade ambiental do produto, conforme o art. 155, § 2º, III, da Constituição Federal, de 1988, *poderá ser seletivo*<sup>2</sup>, *em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços*. O equilíbrio ecológico, por todo o exposto neste trabalho, revela-se como um Direito Fundamental; portanto, há uma essencialidade na efetivação deste direito por ser de enorme relevância à vida. A Constituição estabelece que o ICMS possa ter alíquota seletiva, nesse caso possui uma função extrafiscal ambiental.

No leque de mecanismos previstos na Lei Estadual do ICMS Verde, o Pará tenta influenciar o compromisso ambiental dos Municípios a partir da indicação da ênfase à destinação dos recursos recebidos, contemplando a operacionalização do Fundo Municipal do Meio Ambiente e sua gestão pelo Conselho Municipal do Meio Ambiente (MERLIN; OLIVEIRA, 2016, p. 300).

O efeito concreto de utilizar o direito tributário como condutor para atividades financeiras e de consumo sustentável já é percebido em Portugal, e de forma positiva. O estudo de Birnfeld (2013) demonstra que o País, após assumir compromissos decorrentes do Protocolo de Quioto, pretendeu reduzir as emissões de gases nocivos ao meio ambiente; para tanto, utilizou-se dos impostos sobre o automóvel para onerar os mais poluentes, por meio da graduação da alíquota que não incide no valor do veículo, mas sobre o potencial do veículo em poluir. Conforme Afonso (2010), os veículos elétricos ou movidos a energias renováveis não incidem nesse imposto, bem como os automóveis híbridos possuem um incentivo de 50% na redução do valor do tributo; em comparação com a sua alíquota normal, o resultado foi um aumento na venda dos veículos com tais características. Nesse sentido, Barros e Caúla dispõem que

---

<sup>2</sup> Nas lições de Hugo de Brito Machado (2008, p. 49) está disposto que “seletivo é o mesmo que selecionador, aquilo que seleciona. Imposto seletivo é aquele que onera diferentemente os bens sobre os quais incide”.

[...] os chamados impostos verdes têm duplo efeito: enquanto elevam o montante arrecadatório para a máquina pública, também incentivam comportamentos mais positivos no tocante à exploração dos recursos naturais. Muitos desses impostos se sustentam no Princípio do Protetor-Recebedor, ou seja, a ação postura sancionatória deixa de ser única política, busca-se o fomento de ações ecologicamente desejáveis por parte do contribuinte, através do incentivo fiscal (2015, p. 45).

O Estado possui, por força do direito tributário, um meio eficaz e rentável de preservação ambiental, portanto, deve atribuir aos tributos em geral a função extrafiscal sempre que cabível, ou conceder benefícios fiscais às condutas sustentáveis, ou onerar e inviabilizar práticas que degradem o meio ambiente. Dessa forma, seria possível economizar as verbas destinadas às práticas repressivas do Estado na defesa da preservação ambiental, bem como obter um benefício ainda maior, que seria tornar mais presentes as práticas comerciais e de consumo que contribuam com o equilíbrio ecológico.

## **CONCLUSÃO**

Desde os princípios da humanidade, o ser humano utiliza os recursos naturais para suprimento das suas necessidades como fonte inexaurível. Essas ações humanas sempre geraram impactos ao meio ambiente. Após as grandes revoluções, os direitos fundamentais de terceira geração ganharam destaque por notar-se a necessidade de proteção mesmo a direitos que não possuíam titularidade definida, pois esta poderia ser difusa como coletiva, não podendo individualizar ao certo o seu titular. Nessa categoria se encontrava o direito à qualidade do meio ambiente, uma vez que este pertence a todos.

Com esse entendimento, veio a Declaração do Meio Ambiente, ratificada pela Conferência de Estocolmo, em 1972, a qual proclamou que o dever de proteção caberia a todos os países, tanto quanto nos âmbitos locais internos, e até por cooperação internacional, logo, esta Declaração abriu o caminho para que as Constituições que se originaram posteriormente a ela positivassem o

direito fundamental ao meio ambiente. No Brasil, a Constituição, de 1988, foi a primeira a dedicar um capítulo sobre o *direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*. No Brasil, a proteção ao meio ambiente tem *status* de direito fundamental, além de se ter esta como integrada implicitamente ao direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana, já que é da natureza que o homem retira seu sustento. Ademais, ressalta-se que, fora esse ponto antropocêntrico, o dever de resguardar deve-se também pelo meio ambiente em seu próprio valor, desvinculado do homem.

Em seguida, colocou-se que, para alcançar esse direito fundamental, o Poder Público teria a incumbência de utilizar instrumentos para a proteção. Uma dessas formas seria por meio das ferramentas encontradas no direito tributário, como, por exemplo, a instituição de contribuições especiais, assim como fazer uso da sua extrafiscalidade por meio da regulação de alíquotas.

Nesse sentido, concluiu-se quão importante é o papel do poder público quanto à criação de políticas ambientais e a utilização do direito tributário em sua extrafiscalidade como meios consideráveis no processo de preservação ambiental, reconhecendo tratar-se de um poder-dever do Estado, assim como um direito da sociedade a um meio ambiente sadio e um dever da sociedade e dos agentes econômicos à salvaguarda ambiental.

## REFERÊNCIAS

AFONSO, Antônio Brigas. Os veículos elétricos e a fiscalidade automóvel. **Revista de Finanças Públicas e Direito**, Lisboa: Almedina, ano III, n. 2, p. 198-214, verão, 2010.

BARROS, Ana; CAÚLA, Bleine Queiroz. Tributação ambiental e o princípio do protetor-recebedor posto em prática: requisitos de atendimento aos critérios do ICMS ecológico no Estado do Ceará. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (Coord.); CAULA, Bleine Queiroz et al. (Org.).

**Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 4. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 39-56.

BIRNFELD, Liane Francisca Hüning. **A Extrafiscalidade nos impostos brasileiros como instrumento jurídico-econômico de defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado**. 2013. 297 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/5605?locale=en>>. Acesso em 18 abr. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. (1998). Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 18 abr. 2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Declaração da Conferência da ONU no ambiente humano**. Disponível em: <[www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/estocolmo.doc](http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc)>. Acesso em: 18 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.336, de 19 de dezembro de 2001. **Institui Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico incidente sobre a importação e a comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados, e álcool etílico combustível (Cide), e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LEIS\\_2001/L10336.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10336.htm)>. Acesso em 6 nov. 2016.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado Federal número 249 de 2011. **Cria o incentivo fiscal de redução de imposto de renda para fomentar projetos de florestamento ou reflorestamento em propriedade rural familiar, considerando esta as que o agricultor familiar ou o empreendedor familiar rural pratica atividades no meio rural; dispõe que a aplicação do incentivo fiscal de que trata essa lei será efetuada mediante contrato entre o legítimo proprietário ou possuidor de imóvel rural familiar e a pessoa física ou jurídica declarante do imposto devido; dispõe que o contrato poderá também ser celebrado com associações cooperativas, desde que compostas exclusivamente por agricultores familiares ou empreendedores familiares rurais**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/100216>>. Acesso em 6 nov. 2016.

CALIENDO, Paulo; RAMMÊ, Rogério; MUNIZ, Veyzon. Tributação e sustentabilidade ambiental: a extrafiscalidade como instrumento de proteção do meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 76, p. 471-489, out./dez. 2014.

CARVALHO, Nathalie de Paula. **Uma análise econômica dos direitos fundamentais dos contribuintes**. Fortaleza: Premius, 2010.

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

CEARÁ. Lei nº 12.023, de 20 de novembro de 1992. Dispõe sobre o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores - IPVA. Disponível em: <<http://www.al.ce.gov.br/legislativo/tramitando/lei/12023.htm>>. Acesso em 20 abr. 2016.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOMES, Carla Amado. Constituição e Ambiente: errância e simbolismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 3, p. 27-46, nov. 2006. Disponível em: <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/issue/view/11>>. Acesso em 6 nov. 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. O ICMS no fornecimento de energia elétrica: questões da seletividade e da demanda contratada. **Revista Dialética de Direito Tributário: RDDT**, São Paulo, n. 155, p. 48-56, ago. 2008.

MARTINS FILHO, Luiz Dias; CHAVES, Daniel Rocha; CARMO, Valter Moura do. A solidariedade social e o efeito redistributivo da tributação. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (Coord.); CAULA, Bleine Queiroz et al. (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Vol.4. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016, p. 150-161. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/publicacoes/1>>. Acesso em 6 nov. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MODÉ, Fernando Magalhães. Tributação Ambiental: **A função do tributo na proteção do meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2003.

MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista da AGU**, Brasília, n. Especial, p. 73-92, jun. 2002. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15184-15185-1-PB.pdf>>. Acesso em 9 set. 2016.

MERLIN, Lise Vieira da Costa Tupiassu; OLIVEIRA, Adriano Carvalho. ICMS verde para a redução do desmatamento amazônico: estudo sobre uma experiência recente. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 13, n. 25, p. 277-306, jan./abr. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER Tiago. **Direito constitucional ambiental**: estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

SOUZA, Fátima Fernandes Rodrigues de; PAVAN, Cláudia Fonseca Morato. Contribuição de intervenção no domínio econômico. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). **Contribuições de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: RT, 2002, p. 107-138.



*PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO  
AMBIENTAL E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE:  
ANÁLISE DA LEI ESTADUAL Nº 2.713, DE 2013*

---

Angela Issa Haonat  
Karina Rodrigues de Freitas



## **INTRODUÇÃO**

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é uma garantia Constitucional. O art. 225 garante o meio ambiente como um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Tem-se como destaque a Lei nº 6.938, de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente e prevê, como um de seus instrumentos, o licenciamento das atividades efetivas ou potencialmente poluidoras. Dessa maneira, a legislação (enquanto norma geral) resguarda o direito de todos ao ambiente saudável que contribua ao desenvolvimento da vida em todas as suas formas.

Em vista disso, levando-se em consideração os princípios que permeiam a proteção do meio ambiente, como o princípio do desenvolvimento sustentável, da precaução e da participação democrática e, em especial, o da proibição do retrocesso ambiental, como também as diretrizes do controle de constitucionalidade, o presente trabalho analisará a Lei nº 2.713, de 2013, Lei Estadual Tocantinense, que criou o Programa de Adequação Ambiental de Propriedade e Atividade Rural (Programa “TO Legal”), cujo objetivo (político-econômico) é o incremento do agronegócio tocantinense. Não obstante a criação do programa, não se pode olvidar que o licenciamento ambiental é um dos instrumentos que efetivam a proteção ambiental, porém o artigo 10 da Lei nº 2.713, de 2013, afasta a exigência do licenciamento ambiental para as atividades agrossilvipastoris.

Assim, diante do exercício da competência legislativa do Estado, que afastou um instituto tão necessário ao exame do potencial impacto que pode ser provocado pelas atividades, a mencionada lei é objeto de ação de controle de constitucionalidade, a ADI 5312. Tendo então a análise proposta, como intuito final, avaliar a constitucionalidade da referida Lei Estadual Tocantinense.

## **1 O FEDERALISMO E AS COMPETÊNCIAS AMBIENTAIS**

A Constituição Federal, de 1988, é um marco legítimo da democracia brasileira, pois trouxe à tona direitos e garantias que não eram abarcados pelas

constituições anteriores. Ela carregou consigo a instauração de um regime político democrático e traçou como fundamento da República Federativa a dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, põe-se em destaque a relevância da constitucionalização da proteção ambiental no Brasil, que antes se manifestava de forma tímida e, por vezes, insuficiente para a consolidação de instrumentos administrativos importantes para a proteção do meio ambiente.

Dessa maneira, consagrou-se a defesa do meio ambiente como uma garantia ao povo brasileiro, sendo esse fato considerado por muitos doutrinadores como um salto para uma nova era da proteção ambiental, uma vez que a Constituição Federal, de 1988, incorporou um capítulo próprio para essa tutela.

Assim, o meio ambiente, constitucionalmente considerado, constitui-se como direito de todos e dever do poder público e da coletividade. Nesse sentido, o dever público reside na figura dos entes que compõem a Federação, que atuam de acordo com as competências a eles direcionadas, operando como verdadeiro sistema.

Desse modo, a atual Constituição é a responsável pela institucionalização de um sistema nacional de administração ambiental, formado pela União e pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, conhecido como Sistema Nacional do Meio ambiente (SISNAMA), que foi instituído pela Lei nº 6.938, de 1981, cujo fulcro encontra-se no artigo 6º. Cabendo a esse sistema a promoção da articulação coordenada dos órgãos e entidades que o constituem, como, por exemplo, a coordenação do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis (IBAMA).

Logo, a Federação convive harmonicamente com um sistema de repartição de competências, o qual coloca em campo a autonomia das unidades, as quais preveem atuações materiais, administrativas e legislativas, sendo elas exclusivas, privativas, comuns<sup>1</sup>, concorrentes e/ou suplementares.

---

<sup>1</sup> A Lei Complementar nº 140, de 2011, regulamentou o art. 23 da Constituição no que tange à competência comum dos entes políticos.

Em suma, segundo Agra (2008, p. 299), “A divisão de competência significa o núcleo da federação assumindo especial dimensionamento porque tem a função de evitar atritos entre seus componentes”, cuja importância reside na concretização das garantias constitucionais, evitando conflitos e possibilitando a realização do que é previsto em lei.

### **1.1 Competência material e competência legislativa**

Diante do poder de atuação incumbido aos órgãos públicos, em correlação à proteção e defesa do meio ambiente, necessita-se destacar quais são as competências atribuídas a cada entidade autônoma que, em conjunto, formam o Estado Federativo Brasileiro, conforme o modo em que as influências políticas e o contexto social determinaram.

Nesse sentido, preleciona Amado:

Historicamente, em razão de a federação brasileira ter nascido por desagregação (centrífuga), ao contrário dos Estados Unidos da América, nota-se que o ente central, a União, detém uma posição privilegiada ao concentrar em suas mãos a maioria das competências legiferantes e administrativas, em que pese inexistir hierarquia política entre os entes federados, pois todos gozam de autonomia. (2015, p. 37).

Desta feita, a competência material ou administrativa, como o nome sugere, regulamenta o campo das funções executórias e fiscalizatórias dos entes políticos. Já as competências legislativas são aquelas definidas pela Constituição para fins de elaboração de leis.

Diante desse contexto, a União enquanto unidade Federativa é autônoma, sendo pessoa jurídica de direito público interno; a sua competência ambiental material pode ser exclusiva (art. 21) ou comum aos entes federativos (art. 23).

A competência ambiental material exclusiva compreende, por exemplo, explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão de serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos (artigo 21, inciso XII, alínea “b”).

Já a competência ambiental material comum, expressa no artigo 23 (VI e VII) da Constituição, é aquela que envolve todos os entes federativos na tarefa de “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” além de “preservar as florestas, a fauna e a flora”. O parágrafo único do referido artigo prevê que leis complementares fixarão as normas de cooperação entre os entes federativos, o que na prática resultou em 23 anos de espera.

A Lei Complementar nº 140, de 2011, passou a regular os incisos III, VI e VII do artigo 23 da Constituição, estabelecendo como critério para a divisão das competências materiais de cada qual dos entes federativos a compatibilidade com a competência para licenciar, o que afeta a cada um deles. Referida lei listou nos seus artigos 7º e 8º, respectivamente, as competências ambientais da União e as dos Estados, que se aplicam aos processos de licenciamento e autorização ambiental, iniciados a partir de sua vigência. Segundo Mendes, Coelho e Branco (2007), uma vez subsistindo conflito, há de se cogitar do critério da preponderância de interesses, e, mesmo que não tenha hierarquia entre os entes, pode-se falar em hierarquia de interesses. No caso, os interesses mais amplos (União) preponderam sobre os mais restritos (Estados).

De outro modo, a competência legislativa ambiental na Constituição da União pode ser privativa (art. 22) ou concorrente (art. 24). A competência ambiental privativa da União permite que por lei complementar seja expedida autorização para que os Estados legislem sobre questões específicas previstas no art. 22, a exemplo, sobre as águas e energia (hipótese do inc. IV).

A competência ambiental concorrente, presente no artigo 24, inciso VI, da Constituição, estabelece a competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal, competindo à União legislar sobre normas gerais relativas a florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição, não excluindo a competência suplementar dos Estados para legislar sobre o tema.

Assim, os Estados poderão exercer competência legislativa suplementar para atender às suas peculiaridades, mas tal possibilidade sofre as limitações temporais e qualitativas, haja vista que não poderá ser extrapolado o interesse atinente ao Estado e deverá haver adequação ao que for disposto pela União. (FIGUEIRÓ; COLAU, 2014, p. 263).

Conforme Figueiredo (2013), não houve a fixação de competências legislativas dos Estados-Membros em matéria ambiental, o que foi solucionado pelo § 3º do art. 24, ao prever que, diante da inexistência de lei federal sobre normas gerais, os Estados passarão a exercer plenamente a competência legislativa, em especial, para as suas peculiaridades.

Nesse íterim, como já indicado, os Estados enquanto unidades federativas, também gozam de autonomia, por isso, detêm competências. Como se nota, várias de suas atribuições já foram mencionadas, pois se atrelam àquelas partilhadas por todos os entes, como a competência ambiental material comum.

Porém, os Estados dispõem de competência residual, referente a todas as competências administrativas que não lhe sejam vedadas, provenientes de eventual resíduo e de competência ambiental legislativa, sendo elas: concorrentes, suplementares e as delegadas pela União. Portanto, tendo em mente a existência de lei maior, que é a Constituição, o critério da preponderância de interesses e o teor do art. 24, § 4º, “A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

Observa-se que as normas editadas pelos Estados não poderão contrariar aquelas expedidas pela União, ou seja, as normas gerais. Normas essas que, de acordo com Farias (2015, p. 107),

É um conceito jurídico indeterminado, e a doutrina e a jurisprudência têm encontrado certa dificuldade no preenchimento de seu conteúdo. [...] Na verdade, as normas gerais devem ser compreendidas como aquelas que dizem respeito a interesses gerais, independentemente da especificidade a que podem chegar. Poucos interesses podem ser tão gerais quanto o meio ambiente ecologicamente equilibrado, tendo em vista o caráter difuso desse direito e a sua indispensabilidade à manutenção da vida e da qualidade de vida.

Dessa forma, fica clara a divisão de competências expostas nos artigos 21 a 24 da Constituição Federal, de 1988, verificando-se que as matérias ambientais estão definidas e introduzidas na estrutura jurídica nacional.

## **2 LICENÇA E LICENCIAMENTO AMBIENTAL**

A Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA) tem como objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, com vista a assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana.

Assim, destacam-se os princípios constitucionais basilares para a proteção ambiental como a própria função social da propriedade e a defesa do meio ambiente em favor da custódia da dignidade da pessoa humana. Ademais, a Lei traz conceitos fundamentais sobre os aspectos de degradação, poluição e recursos ambientais entre outros (art. 3º).

O art. 9º prevê uma série de instrumentos para a efetivação e implementação da Lei, destacando-se entre eles os incisos III e IV: “a avaliação de impactos ambientais; e “o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras”. Dessa maneira, as atividades efetivas ou potencialmente poluidoras merecem especial atenção, uma vez que a PNMA busca controlar e reduzir os riscos provenientes dessas atividades. Assim, segundo Figueiredo (2013, p. 233), “o licenciamento ambiental é, portanto, ao lado do zoneamento ambiental dos espaços territoriais especialmente protegidos e da avaliação de impactos ambientais, um dentre os diversos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente”.

Por conseguinte, o poder público exerce várias formas de controle para que os empreendedores utilizem melhores tecnologias a fim de reduzir os futuros impactos negativos, uma vez que o Estado deve considerar, por meio das políticas públicas de defesa do meio ambiente, tudo que se faz necessário para a diminuição de possível lesão à coletividade.

Conforme Farias (2015), a função de controlar tais atividades (potenciais e efetivamente poluidoras) está expressamente estabelecida pelo inciso V do art. 225 da Constituição Federal, que diz ser incumbência do Poder Público o controle da produção, comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida e para o meio ambiente. Assim, o objetivo do licenciamento ambiental é exatamente o de assegurar o respeito ao meio ambiente quando do planejamento, instalação ou do funcionamento dos



empreendimentos e obras.

O Conama, órgão consultivo e deliberativo com a finalidade de assessorar, estudar e propor diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente, por meio da Resolução nº 237, de 1997, define licenciamento ambiental, em seu artigo 1º, inciso<sup>2</sup> I. O §1º do art. 1º arrola de forma exemplificativa as atividades e empreendimentos sujeitos ao licenciamento ambiental no Anexo 1, que integra a mencionada Resolução.

A Lei Complementar nº 140, de 2011, conceituou o licenciamento ambiental (art. 2º, I) como “o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”. Assim, o licenciamento ambiental atua enquanto instrumento de proteção, destacando-se como pilar de sustentação entre a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável, ou seja, o licenciamento ambiental contribui para a utilização consciente e sustentável dos recursos naturais.

Recepcionada pela Constituição, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente se respalda no art. 170 da Constituição Federal, de 1988, que elenca entre os princípios regentes da ordem econômica (inc. IV) a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”. Soma-se às exigências constitucionais a obrigatoriedade de realização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (art. 225, §1º, IV).

Conforme expõe Santos (2001, pp. 17-18), a palavra licença vem do latim “*licentia*, de *licere*, ser permitido ou ser possível” e, no âmbito do Direito Administrativo, é possível atribuir-lhe dois significados:

---

<sup>2</sup> Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:  
I – Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

O primeiro como faculdade concedida pelo poder público ao particular para o exercício de determinada atividade, que, sem a tal anuência, seria vedada e, o segundo, como instituto por meio do qual o Estado faculta ao servidor público a interrupção do serviço durante período determinado, pela ocorrência de motivo relevante previsto em lei. (SANTOS, 2001, p. 18).

No contexto da pesquisa, interessa examinar com detalhe o sentido de concessão facultativa, do Estado ao particular, com a finalidade de desenvolver determinada atividade. Com base no lecionado por Santos (2001, p. 38) nas duas hipóteses, há presunção “de direito subjetivo do particular” e a detenção de “efeitos meramente declaratórios”. Lembra a autora, com toda razão, que a Constituição, algumas vezes, utiliza como sinônimos os termos licença e autorização, permissão e concessão, o que contribui para a imprecisão do termo<sup>3</sup>.

A despeito das discussões acerca da natureza jurídica da licença ambiental, há de se levar em conta que, sendo a atividade potencialmente poluidora, mesmo para os empreendimentos já instalados quando da edição da norma (1981), e outros implantados após, mas que não se regularizaram, esta é obrigatória para todos. Assim, geralmente, o licenciamento ambiental se desenvolve em três fases principais que culminam na expedição de licenças ambientais, de acordo com as características, fases e atividades do empreendimento.

Tem-se a Licença Prévia (LP), aquela que será concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade, a fim de aprovar sua localização e concepção; a Licença de Instalação (LI), aquela que autoriza a instalação do empreendimento ou atividade; e a Licença de Operação (LO), que autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação de que houve o efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores. Observando-se que “embora mais comum seja a emissão isolada e sucessiva

---

<sup>3</sup> A inserção da nota de rodapé justifica-se pela discussão doutrinária acerca da natureza jurídica da licença ambiental (licença ou autorização). Para a autora, a licença ambiental em razão de sua precariedade tem maior similitude com a autorização do que com a licença propriamente dita. No entanto, este não é um entendimento unânime na doutrina.

das licenças ambientais prévia, de instalação e de operação, é possível que norma específica estabeleça a emissão conjunta de duas delas ou mesmo a supressão de uma delas”. (Bechara, 2009, p. 97).

Assim, o licenciamento é o procedimento administrativo no qual o órgão competente emite as licenças ambientais, que, por sua vez, são atos administrativos (complexos) que atestam a viabilidade ambiental e, por consequência, autorizam a implementação de empreendimentos ou atividades.

Os órgãos ambientais ao exercitar a indelegável função de controle ambiental não se confundem com as instituições puramente repressivas. Em verdade a situação é exatamente o reverso. O licenciamento ambiental é o mais importante instrumento jurídico que materializa o princípio da prevenção, tão caro ao Direito Ambiental. (ANTUNES, 2005, p.164)

Desse modo, a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como aqueles capazes de causar degradação ambiental, sob qualquer forma, dependerão de prévio licenciamento.

## **2.1 Competência concorrente e o licenciamento ambiental**

Como já mencionado, o sistema de repartição de competências exterioriza a estrutura da federação. Assim, em meio a esse leque, destaca-se a competência ambiental concorrente à União, Estados e ao Distrito Federal, que é a competência legislativa utilizada para o tratamento da maioria dos temas de Direito Ambiental.

Nesse ponto, a União limita-se a estabelecer normas gerais, e, caso seja inexistente lei federal sobre as normas gerais, os Estados exercerão competência legislativa plena. Portanto, os Estados podem complementar Lei Federal no que for cabível ou podem legislar de forma plena caso a União não exerça sua competência.

“Como a norma geral em matéria ambiental pode ser bastante detalhada e precisa, a exemplos dos arts. 2º e 16 do Código Florestal, nesses casos é

possível que a edição de normas suplementares seja desnecessária” (Farias, 2015, p. 111). Assim, na visão do autor, uma norma só deve comportar suplementação caso tenha real necessidade; no entanto, essa é uma necessidade comum em relação à legislação ambiental em vigor, pois cada Estado e cada ecossistema possuem realidades específicas.

Porém, o respeito às normas gerais já impostas deve subsistir, uma vez que elas fixam postulados fundamentais e uniformizam o tratamento da matéria no âmbito da federação, sendo assim, normas não exaustivas que trazem princípios amplos. Os Estados-Membros devem exercer essa competência, sempre atentos à regra federal. No entanto, conflitos entre as ordens parciais da federação são comuns, sendo elas dirimidas pelo órgão máximo de atuação do Poder Judiciário: o STF.

Portanto, o licenciamento ambiental enquanto instrumento imprescindível para a conservação do meio ambiente é resguardado por matéria federal, ou seja, há existência de normas gerais legisladas pela União, que traz o conteúdo para a esfera nacional. Entretanto, o afastamento de um instituto tão necessário à análise do potencial impacto que pode ser provocado pelas atividades enseja a violação dos princípios ambientais já consagrados.

## **2.2 Licenciamento ambiental no estado do Tocantins**

O órgão ambiental competente para a emissão de licença ambiental<sup>4</sup>, no estado do Tocantins, é o Instituto Natureza do Tocantins (NATURATINS), o qual estabelece regras, condições, restrições e medidas de controle ambiental a serem seguidas pela atividade licenciada. Conforme a Resolução do Conselho Estadual do Meio Ambiente (COEMA) n° 07, de 2005, as atividades passíveis de Licenciamento Ambiental são divididas em grupos, e cada uma delas exige estudos e documentos específicos a depender da atividade.

A Resolução n° 237, de 1997, do Conama (art. 8°) prevê a exigência da Licença Prévia (LP), Licença de Instalação (LI) e Licença de Operação (LO). Em regra, exige-se que o empreendedor cumpra os requisitos estabelecidos na etapa anterior a fim de que possa avançar para a obtenção de nova etapa.

---

<sup>4</sup> No que tange à competência estadual.

Alguns estados<sup>5</sup> mitigaram a regra geral interpretando extensivamente o parágrafo único do art. 8º da Resolução nº 237, de 1997, do Conama, “as licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade”, criando sistemas simplificados de licença (LS) destinados a empreendimentos de baixo potencial de impacto ambiental, conforme a classificação de porte e com a emissão simultânea de LP, LI e LO. Observa-se, contudo, que se a regra inicial era a de que os procedimentos simplificados fossem aplicados aos empreendimentos de baixo potencial de impacto ambiental, esta regra estendeu-se a empreendimentos agrossilvipastoris, independentemente de porte, desde que estivessem instalados na data de 22 de julho de 2008<sup>6</sup>.

### **3 PROGRAMA DE ADEQUAÇÃO AMBIENTAL DE PROPRIEDADE E ATIVIDADE RURAL (TO LEGAL)**

A Lei nº 2.713, de 2013, é o resultado do projeto de Lei nº 7 que revogou a Lei Estadual nº 2.476, de 8 de julho de 2011, Lei da Licença Ambiental Única (LAU). A Lei nº 2.713, de 2013, foi aprovada pelos deputados estaduais numa Sessão Extraordinária ocorrida em 8/5/2013 e publicada no Diário Oficial do Estado em 16/5/2013. O projeto foi votado e aprovado pela unanimidade dos 16 deputados que participaram da sessão. Com o grande objetivo de fomentação do agronegócio, a Lei instituiu o Programa de Adequação Ambiental de Propriedade e Atividade Rural (TO Legal). O programa promove a regularização das propriedades e posses rurais pela adesão ao sistema de Cadastramento Ambiental Rural (CAR) do Instituto Natureza do Tocantins (NATURATINS)<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Mato Grosso, Amapá entre outros, além do Tocantins.

<sup>6</sup> Data em que entrou em vigor o Decreto nº 6.514, de 2008.

<sup>7</sup> Há de se esclarecer que à época em que a Lei entrou em vigor a exigência para a regularidade da propriedade era a adesão ao CAR (meramente declaratório), fornecido pelo Órgão Ambiental Estadual – NATURATINS. Diferente do SIGCAR que tem a mesma finalidade, mas é processado numa plataforma virtual, cuja intencionalidade é a integração dos sistemas de cada estado a um sistema nacional.

O CAR, programa instituído pela Lei nº 12.651, de 2012 (Código Florestal), consiste em um registro eletrônico e obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais. Segundo dados do Naturatins, ele se destina a definir as áreas de Reserva Legal e a avaliar o estado de conservação das áreas de preservação permanentes, das áreas de vegetação remanescente, bem como a situação das áreas convertidas para uso alternativo do solo.

Ou seja, o cadastro se faz de extrema importância, pois, ao reconhecer as limitações das áreas, seria em tese mais fácil cobrar sua preservação, emitir autorizações de queima controlada e desmatamento para uso alternativo do solo. Em razão de possuir efeito declaratório e caráter permanente, ele deve ser atualizado sempre que houver alterações. Aponta-se, aí, um dos retrocessos em matéria ambiental, porque a legislação anterior exigia que a reserva legal da propriedade rural fosse averbada no Cartório de Registro de Imóveis (CRI), artigo 18, § 4º, do Código Florestal.

E há ainda a possibilidade de o proprietário rural, quando possui passivos ambientais referentes à reserva legal, obter prazos maiores para a regularização definitiva do seu imóvel, o que já é passível de discussão, além de garantir acesso à concessão de crédito rural.

Verifica-se que se por um lado o programa trouxe solução política ao incremento do cenário do agronegócio no estado do Tocantins, de outro, esta mesma Lei gerou discussões em torno do seu art. 10, que dispensa o licenciamento ambiental em relação às atividades agrossilvipastoris (que integram lavoura-pecuária-floresta).

#### **4 A DISPENSA DO LICENCIAMENTO NOS TERMOS DA LEI Nº 2.713, DE 2013 E A FALTA DE CONSONÂNCIA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE 1988**

O controle de constitucionalidade é medida que se impõe ante um sistema escalonado. À frente dessa afirmação impera o princípio da Supremacia da Constituição, uma vez que as normas inferiores somente valerão se forem compatíveis com as de grau superior, ou seja, a Constituição.

Considerando-se que a Lei nº 2.713, de 2013, foi alvo de representação do Ministério Público ao procurador geral da República, em razão do disposto no artigo 10, qual seja, a dispensa do licenciamento ambiental em relação às atividades agrossilvipastoris, desde que instaladas antes de 22 de julho de 2008, independentemente do seu porte, em tese estaria contrariando as normas gerais legisladas pela União.

Quanto às regras acerca da competência legislativa na Constituição e em lei federal, com isso considerando a competência suplementar dos estados, resta ao estado-membro regulamentar apenas as normas específicas, atentando-se às normas gerais já estabelecidas pela federação, não podendo avançar, quanto mais no que diz respeito a regras mais permissivas do que aquelas previstas nas normas gerais. Desse modo, o controle constitucional busca saber se realmente as normas infraconstitucionais estão em consonância com a Constituição Federal, de 1988; caso não estejam, verifica-se se o vício de inconstitucionalidade existe em razão de omissão ou comissão do Poder Legislativo. Se o vício gerado foi ato comissivo, este poderá ter sido formal ou material. A ação de controle de Inconstitucionalidade que questiona o dispositivo da Lei é a ADI 5312, ajuizada no STF e que aguarda julgamento.

## **5 DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL EM FACE DA LEI Nº 2.713, DE 2013**

Como leciona Gomes (2012, p. 68), “um princípio, por mais fluido que seja, deve traçar uma orientação, conter traços que o distinguem de outras fórmulas, propiciar ao intérprete/aplicador um apoio coerente; enfim, ser normativo [...]”. Acresce ainda a autora que nem todos os princípios ambientais são exclusivamente aplicáveis ao direito do ambiente. É o caso do princípio aqui evocado, qual seja, o da vedação de retrocesso.

Figueiredo (2013, p. 149) considera o princípio da vedação do retrocesso um princípio setorial, uma vez que este “diz respeito aos direitos sociais e a todos os direitos e garantias fundamentais e não somente ao Direito Ambiental”.

Barroso e Barcellos (2015, p. 170) consideram que a eficácia vedativa de

retrocesso pressupõe que os princípios que envolvem os direitos fundamentais sejam concretizados por meio das normas infraconstitucionais e, “com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos pretendidos por tais princípios é a ampliação dos direitos fundamentais”. Assim, continuam os autores, “a invalidade por inconstitucionalidade, ocorre, quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar”.

Conforme Sarlet e Fensterseifer (2012), a proibição do retrocesso socioambiental está relacionada ao princípio da segurança jurídica e aos seus respectivos desdobramentos, como, por exemplo, as garantias constitucionais do direito adquirido. Tem-se como escopo a preservação do bloco normativo já construído e consolidado no ordenamento jurídico, estando vinculada (a vedação ao retrocesso) com a noção de direito subjetivo negativo. Então, é devidamente possível impugnar judicialmente questões que se encontrem em conflito com o teor da Constituição.

O princípio da vedação do retrocesso já encontra guarida em matéria ambiental em nossos tribunais. Nesse sentido, ver REsp 302.906/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/8/2010, DJe 01/12/2010.

Na hipótese em comento, verifica-se que a permitir que o Estado legisle para dispensar o licenciamento de atividades agrossilvipastoris, mesmo considerado o lapso temporal, de 22 de julho de 2008, tendo por instrumento a Lei Estadual da Lei nº 2.713, de 2013, além da afronta formal às regras de competência estabelecidas na Constituição, estar-se-á, por substituição da legislação nacional (que seria a legislação aplicável), incorrendo na violação do princípio da vedação de retrocesso.

Entre as teses argumentativas na ADI 5312, o procurador geral da República, subscritor, realça que a Lei ora atacada cria uma exceção à aplicação do inc. IV do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, de 1988, ao dispensar do licenciamento ambiental as atividades agrossilvipastoris, violando a exigência constitucional e contrariando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [...] (ADI 5312, 2015, p. 8).

Nesse sentido, a permissão disposta na Lei nº 2.713, de 2013, viola a legislação nacional, editada pela União, que detém a competência em



conformidade com a distribuição atribuída pela Constituição. Ademais, essa permissão viola a jurisprudência já firmada no âmbito do STF. A título exemplificativo, citam-se os precedentes que vão em nota de rodapé<sup>8</sup>.

## CONCLUSÃO

Em vista dos argumentos apresentados, a Lei nº 2.713, de 2013, enquanto instituidora do programa TO Legal, visa à regularização das propriedades rurais por meio da adesão ao Programa de Recuperação Ambiental (PRA), por intermédio do Cadastro Ambiental Rural (CAR); porém, ao afastar o licenciamento ambiental como requisito ao exercício das atividades agrossilvipastoris, gerou um conflito com a Legislação Federal.

A exigência do licenciamento reside em avaliar os impactos e evitar a degradação ambiental. Dessa maneira, imperativo o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 2.713, de 2013, que não poderia legislar de forma mais permissiva, ou, na hipótese concreta, dispensar o licenciamento como o fez (art. 10), considerando-se que ao assim fazer incorreu em inconstitucionalidade formal, bem como violou o princípio da vedação de retrocesso ambiental. Pois o Estado tem o dever de instaurar políticas protetoras, já que o meio ambiente concebe condições para o desenvolvimento e crescimento dos seres vivos. Então, todos devem atuar como seu guardião.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2015.

---

<sup>8</sup> (i) ADI 3035, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2005, DJ 14-10-2005 PP-00007 EMENT VOL-02209-1 PP-00152 LEXSTF v. 27, n. 323, 2005, p. 53-64; (ii) ADI 3645, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/2006, DJ 01-09-2006 PP-00016 EMENT VOL-02245-02 PP-00371 RTJ VOL-00199-02 PP-00633 LEXSTF v. 28, n. 334, 2006, p. 75-91; (iii) ADI 1086 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/1994, DJ 16-09-1994 PP-42279 EMENT VOL-01758-02 PP-00435; e (iv) AI 152115 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 14/06/1993, DJ 20-08-1993 PP-16323 EMENT VOL-01713-04 PP-00613

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Política Nacional do Meio Ambiente PNMA** (comentários à Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 232, p. 141-176, fev. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45690/45068>>. Acesso em 19 out. 2016.

BECHARA, Erika. **Licenciamento e Compensação ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. Código Florestal (Lei nº 12.651/2012). Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, altera leis e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm)>. Acesso em 28 fev. 2016.

BRASIL. Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981). 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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)>. Acesso em 28 fev. 2016.

BRASIL. Procuradoria da República no Tocantins. PGR ajuíza ação direta de inconstitucionalidade contra lei estadual que dispensa atividades agrossilvipastoris de licenciamento ambiental. 2015. Disponível em: <<http://www.prto.mpf.mp.br/news/pgr-ajuiza-acao-direta-de-inconstitucionalidade-contra-lei-estadual-que-dispensa-atividades-agrossilvipastoris-de-licenciamento-ambiental>>. Acesso em 16 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI nº 5312. Constitucional e ambiental. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Art. 10 da Lei 2.713/2013, do Tocantins. Atividades agrossilvipastoris. Licenciamento ambiental. Dispensa. [...] Origem: Tocantins. Interessados: Governador do Estado do Tocantins; e, Assembléia Legislativa do Tocantins. Relator: Ministro Teori Zavascki.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 25 maio 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 302.906/SP. 2ª turma. Ação Civil Pública. Ação de nunciação de Obra Nova. Restrições urbanístico- ambientais. Princípio da Vedação ao retrocesso. Relator Min. Herman Benjamin. DJE, Brasília, 1º de dezembro de 2010.

FARIAS, Talden. **Licenciamento Ambiental aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FIGUEIRÓ, Fabiana da Silva; COLAU, Suzane Girondi. Competência Legislativa Ambiental e Aplicação da Norma Mais restritiva Como Forma de Resolução de Conflitos: Uma análise Crítica. *Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, v. 11, n. 21, 2014. INSS 21798699. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/402>>. Acesso em 25 maio 2016.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **Curso de direito Ambiental**. 6. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GOMES, Carla Amado. *Introdução ao direito do ambiente*. Lisboa: AAFDL, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva 2007.

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. **Licença urbanística**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TOCANTINS. Lei nº 2.713/2013, de 9 de maio de 2013. Institui o Programa de Adequação Ambiental de Propriedade e Atividade Rural – TO-LEGAL, e adota outras providências. Publicada no Diário Oficial nº 3.876. Disponível em: <[www.al.to.gov.br/arquivo/32797](http://www.al.to.gov.br/arquivo/32797)>. Acesso em: 28 fev. 2016.

TOCANTINS. Lei nº 2.476, de 08 de julho de 2011. Institui o Programa de Adequação Ambiental de Propriedade e Atividade Rural – TO-LEGAL, e adota outras providencias. Publicada no Diário Oficial no 3.419. Disponível em: <[central3.to.gov.br/arquivo/225873/](http://central3.to.gov.br/arquivo/225873/)>. Acesso em 28 fev. 2016.

TOCANTINS. Resolução COEMA/TO nº 07/2005. Publicada no Diário Oficial nº 2001, Ano XVII, Estado do Tocantins, Sexta Feira, 09 de setembro de 2005, p. 14. Dispõe sobre o sistema de controle integrado do Tocantins. Disponível em: <<http://central3.to.gov.br/arquivo/246863/>>. Acesso em 25 fev. 2016.

TOCANTINS. Resolução CONAMA nº 237/97. Publicada no Diário Oficial nº 247, Ano 1997, Estado do Tocantins, Sexta Feira, 19 de dezembro de 1997, p. 646. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=237>>. Acesso em 25 fev. 2016.

*OS DESAFIOS DO ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL  
NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE E  
DOS DIREITOS HUMANOS*

---

Deilton Ribeiro Brasil  
Leandro José de Souza Martins



## INTRODUÇÃO

Atualmente, a preocupação com as questões ambientais vem ganhando o devido destaque no mundo jurídico, sobretudo após a tragédia ocorrida no distrito de Bento Gonçalves, município de Mariana. Quando uma barragem se rompeu destruindo totalmente aquele distrito, os olhares jurídicos se voltaram com maior aplicação à problemática do Direito Ambiental. Atentos a esse contexto, vale a pena refletir sobre uma perspectiva interdisciplinar que envolve e relaciona o Estado de Direito Constitucional com a dimensão da proteção do meio ambiente, a ponto de se poder formular um “Estado de Direito Ambiental”.

Há de se entender que tal Estado de Direito Ambiental, além de uma especificação do Estado Constitucional, como um Estado em que toda a temática sobre o meio ambiente, represente um verdadeiro escopo jurídico. Evidentemente que esse escopo se alcança com a dinamização de leis e práticas processuais que relevem a questão ambiental e a considerem essencial, não acidental. Exige-se, outrossim, um novo modo de comportamento ético, que passa a ser, essencialmente, ecológico, mediante uma construção participativa e orientada enquanto discurso de sustentabilidade. Sumariamente, no Estado Ambiental, todas as questões relativas à proteção ambiental tornam-se condições de legitimação da doutrina e da atuação jurídicas.

Este artigo tem como objetivo destacar os desafios do Estado de Direito Ambiental como contribuição à construção de um contexto jurídico em que se delinea uma releitura dos direitos fundamentais, da importância da participação popular para a proteção do meio ambiente, de uma maior utilização do processo civil ambiental, de modo a proporcionar uma nova possibilidade de acesso à justiça em matéria ambiental já que a incorporação de uma nova compreensão pessoal e coletiva da importância da defesa do meio ambiente permite acionar os sistemas de proteção de tais direitos numa sociedade pós-moderna, complexa, de riscos imprevisíveis e ecologicamente instável.

## **1 AS LINHAS GERAIS SOBRE O ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL**

O Estado de Direito do Ambiente é resultado de “novas reivindicações fundamentais do ser humano e particularizado pela ênfase que confere à proteção do meio ambiente”, e que, ressalta “uma melhor compreensão das novas exigências impostas pela sociedade moderna” (LEITE; FERREIRA, 2012, pp. 19-20; 22).

Ao Estado Ambiental, dessa forma, cabe a proteção e defesa de o meio ambiente, promover a educação ambiental, criar espaços de proteção ambiental e executar o planejamento ambiental (LEITE; AYALA, 2011, p. 34) em dupla dimensão: seja preventiva, seja penalmente.

Quando se alude ao Estado Ambiental de Direito, quer-se dizer que a preocupação ambiental é o vetor determinante do comportamento estatal nos dias atuais, com consequências práticas, como bem disse Fraga (2004, pp. 211-212):

Hoy se habla del estado ambiental (Lettera) como fórmula superadora constitucional (después del estado de derecho y del estado social) para significar que la preocupación ambiental es la determinante en la forma de estado de nuestros días. Afirmar el estado ambiental de derecho (Montoro Chiner) no es sólo una apuesta ideológica sino que supone sobre todo importantes consecuencias prácticas.

Em outras palavras, o doutrinador hispânico apresenta o Estado Ambiental de Direito como uma prática estatal que se propõe a concretizar o princípio da solidariedade econômica e social. Dessarte, alcançar-se-ia um desenvolvimento sustentável, norteado pelo princípio fundamental da igualdade substancial entre os cidadãos, mediante o controle jurídico do uso racional do patrimônio natural.

Outra definição é possível sob a pena de Nunes Júnior, para quem o Estado Ambiental



apresenta características que lhe conferem funções (ampliadas) do Estado Liberal e do Estado Social, considerando, sobretudo, a preservação do meio ambiente e a promoção da qualidade de vida, como valores fundantes de uma democracia e de uma nova forma de cidadania (participativa e solidária). (NUNES JUNIOR, 2004, p. 300).

É certo, que a doutrina brasileira venha, há um tempo, tratando sobre o Estado de Direito Ambiental, haja vista o que prescreve o artigo 225 da Constituição Brasileira, pelo qual se torna possível entender a proteção ambiental constitucional exclusivamente na forma de um direito fundamental (MEDEIROS, 2003). O direito ao ambiente ecologicamente equilibrado é claramente um direito humano fundamental, que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana e está reconhecido na Constituição Federal, de 1988. Recorde-se, para relevo dessa informação, o texto normativo que o Constituinte, no art. 5º, inciso LXXIII, redigiu:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Embora exista uma determinação constitucional, o estado brasileiro ainda tende, em linhas mais específicas, pelo reconhecimento da relevância, da proteção da natureza sem ainda, infelizmente, chegar a proposições mais programáticas e exequíveis, em suma, sem conseguir apresentar práticas de dogmática constitucional (NUNES JUNIOR, 2004; LEITE *et al.*, 2005; CAVEDON, 2010). É preciso, portanto, encarar alguns desafios para realizar o Estado de Direito Ambiental.

## **2 DESAFIOS PARA UM ESTADO DE DIREITO AMBIENTAL**

### *1º Desafio: Ver o Direito Ambiental à luz dos Direitos Fundamentais*

Um primeiro grande desafio é a compreensão do Direito Ambiental no âmbito dos direitos fundamentais. Estes são, portanto, o resultado da positivação constitucional de determinados valores básicos que, ao lado dos princípios fundamentais deste País, formam o núcleo basilar da estrutura constitucional democrática brasileira.

A determinação da proteção ao meio ambiente sadio e equilibrado, por meio da teoria dos direitos fundamentais e estabelecendo que esses direitos provocam a existência de um dever fundamental, faz com que a comunidade participe da proteção, seja em razão da existência de um nível de consciência moral elevado, seja pela imposição jurídica da norma, quando da efetivação dos deveres fundamentais.

Nesse diapasão, Santin e Dalla Corte (2011, p. 240-247) destacam a ação popular ambiental como mecanismo jurídico de tutela existente que tem o escopo de proteger o meio ambiente. Tal remédio constitucional permite a participação dos cidadãos na gestão sustentável do meio ambiente em decorrência da democracia ambiental. Em linhas gerais, ela dá margem para que todos os cidadãos sejam legitimados para anularem ou declararem nulos atos lesivos contra o meio ambiente – nesse caso, pois, com a análise completa do art. 5º, inc. LXXIII, da Constituição Federal de 1988, verifica-se que esse mecanismo é dotado de diferentes objetos (proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural).

### *2º Desafio: A importância da participação popular para a conservação do meio ambiente*

Segundo Medeiros (2003, pp. 203-204), a participação popular, com o intuito de conservação do meio ambiente, está inserida num quadro mais amplo da participação diante dos interesses difusos e coletivos da sociedade.

Staffen e Bodnar (2010, p. 96) explicam que é fundamental que o cidadão tenha oportunidade de participar, como sujeito ativo e protagonista das

decisões ambientais, por intermédio das audiências públicas judiciais, contribuindo com o tratamento adequado das lides ambientais. A convocação de audiências públicas no processo judicial deverá ser realizada em todos os casos em que a participação popular seja relevante em razão do alto grau de litigiosidade e da quantidade de direitos fundamentais envolvidos e em rota de colisão.

Silva Neto (2009, p. 165), Coelho; Ferreira (2011, pp. 75-76) e Leite (2007, p. 165) descrevem os mecanismos de participação popular na tutela do meio ambiente: a participação de criação de direito ambiental, via participação da formulação e execução das políticas ambientais, e ainda por meio da participação via acesso ao Poder Judiciário. Percebe-se de imediato: I – a importância da iniciativa popular (art. 61, *caput*, e § 2º, da Constituição Federal, de 1988) para que se possa conseguir a criação de uma legislação ambiental específica; II – não obstante, avulta a importância da sociedade civil em órgãos responsáveis pela formulação de diretrizes e pelo acompanhamento de execução de políticas públicas; III – o último mecanismo é o acesso amplo ao Poder Judiciário para a discussão de controvérsias acerca do meio ambiente.

Essa participação para Leite (2012, p. 181) redundará na transparência do processo e legitima a decisão ambiental, contribuindo de maneira profunda para conscientização da crise ambiental. Com efeito, pela participação, observa-se uma via de mão dupla: Administração e Sociedade Civil, considerando-se que o meio ambiente não é propriedade do Poder Público, exigindo máxima discussão pública e garantia de amplos direitos aos interessados. O apoio da coletividade nas decisões ambientais resultará em uma Administração mais aberta e menos dirigista.

A propositura da ação popular não exclui a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública em matéria ambiental, já que o art. 1º da Lei nº 7.347, de 1985, estabelece que por meio das suas disposições regem-se, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados; ademais, esta tem o propósito de anular ato lesivo ao patrimônio das pessoas elencadas no art. 1º da Lei nº 4.717, de 1965, enquanto que a ação civil pública visa responsabilizar os causadores de danos (morais e materiais) aos interesses difusos e coletivos.

A Lei nº 4.717, de 1965, que regula a ação popular na defesa do patrimônio

público ainda prevê a possibilidade de concessão de medida liminar (§ 4º do art. 5º) do ato lesivo impugnado. O art. 18 estabelece que a coisa julgada produz efeitos *erga omnes*, exceto no caso de improcedência do pedido por insuficiência de provas; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. Outro ponto positivo é o fato de que as partes só pagarão custas e preparo a final (art. 10), facilitando, com isso, o acesso à justiça. O art. 12 diz que “a sentença incluirá sempre, na condenação dos réus, o pagamento, ao autor, das custas e demais despesas, judiciais e extrajudiciais, diretamente relacionadas com a ação e comprovadas, bem como os honorários de advogado” (BRASIL, 1965).

### *3º Repensar o papel do Processo no campo do Direito Ambiental*

A participação nos processos coletivos ambientais inclui uma nova e relevante dimensão, qual seja, a participação pelo processo. Nessa ótica, a cidadania ambiental pode ser exercida também no âmbito judicial, não só como parte legitimada para a propositura da ação, mas também como influência no contraditório e na participação de provas. Em outras palavras, a participação no processo refere-se à atuação endoprocessual dos sujeitos parciais e materializa-se na garantia do contraditório, que assegura às partes, por um lado, o direito de formular pedidos, apresentar alegações e produzir provas; por outro, consiste no direito de tomar conhecimento e de reagir às alegações e às provas requeridas ou produzidas pela outra parte (BAHIA, 2013, p. 326).

Conforme Tessler (2004, p. 167), o Direito Ambiental se apresenta como carecedor do tratamento diferenciado, se considerado como direito difuso; assim, o direito ao meio ambiente deve ser tutelado por meio de processo coletivo, estruturado de forma a assegurar o direito fundamental à sua inviolabilidade, logo, para se falar em tutela jurisdicional efetiva do ambiente exige-se técnica processual adequada e procedimento compatível.

A participação popular no processo, seja por meio da audiência ou outro meio jurisdicional, proporcionará a melhor compreensão do juiz sobre o tema em litígio, harmonizará o problema à realidade local e demonstrará dimensões quanto ao futuro. Assim, a participação como prova atípica traduz a

democratização e efetivação de uma decisão jurídica e social que contempla a Justiça Ambiental (KÖHLER, 2014, p. 125).

Entretanto, a participação popular e o interesse coletivo nas ações ambientais tornar-se-ão ineficazes se imobilizados pelo regime estático de distribuição da prova adotado pelo Código de Processo Civil Brasileiro. O art. 333 do Código de Processo Civil impõe ao autor da ação comprovar “os fatos constitutivos do seu direito”; e ao réu “a existência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor”. Trata-se de uma visão privatista da prova, que não contempla obstáculos técnicos, científicos, econômicos, sociais e até mesmo jurídicos. Isso acaba criando uma barreira estrutural que impede o alcance da concepção de justo (KÖHLER, 2014, p. 130), (BRASIL, 1973).

Importante salientar que o legislador deu especial atenção quanto à necessidade de uma maior efetividade processual no campo da distribuição da prova corrigindo a aludida distorção e estabelecendo uma nova dinâmica. Isso porque o art. 373 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, recepcionou no direito processual o instituto da inversão do ônus da prova em seu § 1º que preceitua o seguinte:

Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído. (BRASIL, 2015).

O dispositivo ressalta também a necessidade de fundamentação específica da decisão judicial que tratar sobre o tema. Além disso, o § 2º do aludido art. 373 do novo Código de Processo Civil dispõe que a decisão de redistribuição do ônus da prova não pode gerar “situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”. Importante ainda mencionar o § 3º que trata sobre a possibilidade de distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando “recair sobre direito indisponível da parte” ou “tornar excessivamente difícil a uma

parte o exercício do direito”. O § 4º diz ainda que “a convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo” (BRASIL, 2015).

Köhler (2014, p. 130) registra que a proposta de audiência participativa difere das audiências públicas como mecanismo jurisdicional previsto na Lei nº 9.868, de 1999, que “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”, e na Lei nº 9.882, de 1999, que “dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal”. Os principais pontos divergentes são: a abertura popular nos processos coletivos ambientais em qualquer grau de jurisdição; e a possibilidade de qualquer cidadão participar, sem a exigência da “experiência e autoridade na matéria” como estabelecida nas leis em apreço (BRASIL, 1999a, 1999b).

#### *4º Desafio: A compreensão pessoal e coletiva da importância de um Estado de Direito Ambiental*

Para Canotilho (2004, p. 3), o estabelecimento de uma nova relação paradigmática com a natureza constitui o ponto de partida para a edificação do Estado de Direito Ambiental, um enunciado cujos fundamentos desdobram-se simultaneamente sobre preceitos constitucionais, democráticos, sociais e ambientais.

Conforme destacam Leite e Ferreira (2010, p. 15), o Estado de Direito Ambiental é uma construção fictícia, uma utopia que se projeta no mundo real apenas como devir. Apesar do seu caráter abstrato e imaginário, não se deve considerar a relevância do paradigma proposto para uma melhor compreensão das novas exigências impostas pela sociedade moderna, especialmente quando se considera o constante agravamento da crise ambiental. O Estado de Direito Ambiental, portanto, tem valor como construção imaginária, e mérito como proposta de exploração de outras possibilidades que se apartam da realidade para compor novas combinações daquilo que existe.

Tarrega e Santos Neto (2006, p. 9) enfatizam que o Estado de Direito Ambiental não é uma obra acabada, um conceito finalizado que aguarda no plano teórico o momento de concretizar-se; é um processo de constante

atualização e aperfeiçoamento, uma representação ativa que, ao incorporar novos elementos, modifica a sua própria estrutura e racionalidade.

O estímulo à formação da consciência ambiental, indispensável para o exercício da responsabilidade compartilhada e à participação pública nos processos ambientalmente relevantes, é um dos objetivos do Estado de Direito Ambiental. A concretização do Estado de Direito Ambiental converge, obrigatoriamente, para mudanças nas estruturas existentes na sociedade organizada. A conscientização global da crise ambiental exige uma cidadania participativa, que compreende a ação conjunta do Estado e da coletividade na proteção ambiental (LEITE, 2011, pp. 172-181).

Demajorovic (2003, pp. 12-13) quando se refere à educação ambiental, situa-a num contexto mais amplo, o da educação para a cidadania, configurando-se como elemento determinante para a consolidação de sujeitos-cidadãos. O desafio do fortalecimento da cidadania para a população como um todo, e não para um grupo restrito, concretiza-se a partir da possibilidade de cada pessoa ser portadora de direitos e deveres e se converter, portanto, em ator corresponsável na defesa da qualidade de vida. A sustentabilidade traz uma visão de desenvolvimento que busca superar o reducionismo e estimula um pensar e fazer sobre o meio ambiente diretamente vinculado ao diálogo entre saberes, à participação, aos valores éticos como valores fundamentais para fortalecer a complexa interação entre sociedade e natureza.

O *caput* do art. 225 da Constituição Federal, institui 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).

Assim, para Carvalho (2010, pp. 267-268), a Constituição Brasileira mostra-se orientada por uma dupla dimensionalidade jurídico-normativa, fortemente comprometida não apenas com uma primeira dimensão dos problemas ambientais, mas também, acima de tudo, dando grande ênfase à tutela dos problemas ecológicos de segunda geração elencados por Canotilho (1997, pp. 1-6).

Para Canotilho (2007, pp. 1-6), os problemas ambientais da modernidade podem ser classificados em dois grandes grupos: os de primeira geração, caracterizados pela linearidade dos impactos produzidos, e os de segunda geração, particularizados pela produção de efeitos complexos e intrincados. As normas disciplinadoras dos problemas ambientais de primeira geração objetivam primordialmente o controle da poluição e a subjetivação do direito do meio ambiente como um direito fundamental do ser humano. Os problemas ambientais de segunda geração surgem como efeitos combinados, oriundos de fontes de poluição dispersas e capazes de produzir impactos globais e ilimitados em função do tempo.

Diante desses dois grandes grupos de direitos ambientais relativos à prevenção e controle da poluição e a noção global dos efeitos combinados e duradouros da degradação ambiental, pode ser dito que o texto constitucional do art. 225 da Constituição Federal apresenta-se comprometido tanto com a tutela das situações de prevenção e repressão à poluição (*caput*, parágrafos 2º e 3º) – primeira geração de problemas ecológicos e ambientais – como com os efeitos combinados e duradouros da degradação, em uma segunda geração de interesses ambientais (*caput*, parágrafos 1º e 4º). A Constituição Brasileira é explícita a tutelar essa segunda geração de direitos ambientais (efeitos combinados e duradouros), ao mencionar que “incumbe ao Poder Público preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas” (art. 225, § 1º, inc. I).

Canotilho (2003, p. 1.454) e Carvalho (2010, p. 274) ainda destacam a relevância da atribuição da condição de direito fundamental à tutela ambiental que consiste, exatamente, na função integradora da policontexturalidade social exercida pela Constituição Federal. Para compreender essa função exercida pela Constituição Federal, de 1988, como instrumento comunicacional integrador intersistêmico, deve-se primeiramente compreender que os sistemas sociais (direito, política, ciência e economia) encontram-se organizados reflexivamente. Isso quer dizer que os sistemas sociais operam num fechamento operacional, no qual seus elementos (comunicação) são autorreproduzidos segundo sua racionalidade e codificação específica.



## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As condutas humanas em relação ao meio ambiente são necessariamente estudadas e regulamentadas pelo Direito. Afinal, quantas são as questões referentes a esta temática em nossos dias que vêm exigir de qualquer cidadão uma reflexão profunda e juridicamente embasada. Eis que o Direito Ambiental e a formação de um Estado Ambiental de Direito revestem-se de grande importância e devem, em qualquer instância, melhorar sua efetividade.

Desde a promulgação da Constituição Federal, de 1988, pode-se dizer que o Brasil vem construindo um Estado Ambiental de Direito, ao lado de outras legislações, tratados e convenções especificamente voltados para o tema. Para que qualquer um deles seja efetivo e eficiente, é necessário que haja mobilização social, no sentido político da palavra, além, é claro, de educação para que as pessoas tenham consciência, obtenham informação e participem para a melhor efetivação dos institutos. A democracia ambiental participativa e solidária pressupõe, ainda, um cidadão informado e uma coletividade que detenha componente indispensável à educação ambiental.

O dever de proteger o meio ambiente é cada vez mais compartilhado entre o poder público e os cidadãos. A partir do momento em que se realiza que o meio ambiente saudável é condição essencial para a vida torna-se necessário um Estado preocupado com as questões ecológicas em um contexto de valores constitucionais como a dignidade humana e solidariedade para a concretude de uma justiça ambiental num contexto de mudança paradigmática.

Essa justiça ambiental tem, portanto, como traço característico o estabelecimento de conexões com os direitos fundamentais, enfatizando a importância da participação popular para a preservação do meio ambiente que passa por um processo civil ambiental eficaz para a restauração ambiental. Nesse contexto, é necessária a efetiva participação do cidadão como protagonista na construção das decisões judiciais em prol da defesa do meio ambiente com o objetivo de se estimular uma melhor compreensão pessoal e coletiva da importância do Estado de Direito Ambiental.

## REFERÊNCIAS

BAHIA, Carolina Medeiros. A redução do módulo de prova para a formação do convencimento judicial e abertura democrática do processo decisório no âmbito do poder judiciário como importantes mecanismos para a adaptação das regras probatórias em face da causalidade ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman; LECEY, Eladio; CAPELLI, Sílvia; IRIGARAY, Carlos Teodoro J. H.; LUTTI, José Eduardo Ismael. *Licenciamento, Ética e Sustentabilidade. Anais do Congresso Brasileiro de Direito Ambiental*: Instituto O Direito por um Planeta Verde, São Paulo: São Paulo, 2013. p. 314-329.

BODNAR, Zenildo. Risco urbano e restauração ambiental: desafios e perspectivas para a jurisdição ambiental. In: FERREIRA, Heline Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. **Estado de direito ambiental: tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 197-218.

BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 13 jun. 2016.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Publicada no *Diário* Oficial da União, Brasília, Distrito Federal em 05 de julho 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm)>. Acesso em 14 jan. 2016.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, Distrito Federal em 17 de janeiro 1973. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acesso em 14 jan. 2016.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artísticos, estético, histórico, turísticos e paisagísticos (vetado) e dá outras providências. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, Distrito Federal em 25 de julho 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/17347compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17347compilada.htm)>. Acesso em 14 jan. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999a**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 11 nov. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm)>. Acesso em 14 jan. 2016.

BRASIL. **Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999b**. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 06 dez. 1999. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm)>. Acesso em 14 jan. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 11 de março de 2015**. Institui o novo Código de Processo Civil. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, Distrito Federal em 17 de março 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 21 jan. 2016.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado Constitucional Ecológico e democracia sustentada. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato. **Estado de Direito Ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 3-16.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57-130.

CARVALHO, Délton Winter de. A tutela constitucional do risco ambiental. In: FERREIRA, Helene Sivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri. **Estado de direito ambiental: tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 261-282.

CAVEDON, Fernanda de Salles. Conexões entre Direitos Humanos e Direito Ambiental como um contexto mais favorável para a justiça ambiental. In: DANTAS, Marcelo Buzaglo; SÉGUIN, Elida; AHMED, Flávio (Coord.). **O direito ambiental na atualidade: estudos em homenagem a Guilherme José Purvin de Figueiredo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010, p. 161-186.

COELHO, Edihermes Marques; FERREIRA, Ruan Espíndola. Estado de Direito Ambiental e Estado de risco. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 11, n. 20, p. 67-80, jan./jun. 2011.

DEMAJOROVIC, Jacques. **Sociedade de risco e responsabilidade socioambiental: perspectivas para a educação corporativa**. São Paulo: Senac, 2003.

KÖHLER, Graziela de Oliveira. O estado democrático de direito do ambiente e os reflexos na estrutura processual: novas perspectivas para a efetividade da justiça ambiental. In: OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de; PADILHA, Norma Sueli; COSTA, Beatriz Souza (Coord.); CONPEDI/UFPB (Org.). **Direito ambiental II** [Recurso eletrônico *on-line*]. Florianópolis: CONPEDI, 2014. p. 120-136.

FRAGA, Jesús Jordano. El derecho ambiental del siglo XXI. **Revista de Direito Ambiental**. n. 36, p. 235-255, out./dez. 2004.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 162-226.

LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini. Tendências e perspectivas do Estado de direito ambiental no Brasil. In: FERREIRA, Helin eSivini; LEITE, José Rubens Morato; BORATTI, Larissa Verri (Org.). **Estado de direito ambiental: tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 3-30.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado: In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 162-226.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 162-226.

LEITE, José Rubens Morato; PILATI, Luciana Cardoso; JAMUNDÁ, Woldemar. Estado de Direito Ambiental no Brasil. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Org.). **Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 363-398.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini. A expressão do Estado de Direito Ambiental na Constituição Federal de 1988. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini; CAETANO, Matheus Almeida. **Repensando o estado de direito ambiental**. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 15-46.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. A proteção ambiental diante da nova necessária formação de uma nova concepção de um Estado democraticamente ambiental. In: BENJAMIN, Antonio Herman (Org.) *7º Congresso Internacional de Direito Ambiental: direito, água e vida*. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003. v. 2, p.197-216.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. O Estado Ambiental de Direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 163, p. 295-308, jul./set. 2004.

SANTIN, Janaína Rigo; DALLA CORTE, Thaís. Ação popular ambiental e cidadania solidária: a participação da população na gestão sustentável do meio ambiente e o modelo teórico do estado de direito ambiental.

**Sequência**, Florianópolis: FUNJAB, v. 32, n. 63, p. 235-270, dez. 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos. Novo paradigma interpretativo para a Constituição brasileira: the Green WelfareState. In: **Anais do XV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito**, Manaus, 2006, p. 1-19. Disponível em:

<[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Manaus/direito\\_acion\\_democ\\_maria\\_c\\_tarrega\\_e\\_arnaldo\\_santos\\_netto.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/Manaus/direito_acion_democ_maria_c_tarrega_e_arnaldo_santos_netto.pdf)>. Acesso em 28 mai. 2014.

TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas jurisdicionais do meio ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

*UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DOS RECURSOS  
HÍDRICOS E A TECNOLOGIA NUCLEAR COMO  
ATIVIDADE ECONÔMICA BRASILEIRA*

---

Lara Livia Cardoso Costa Bringel





## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo analisar a evolução do meio ambiente na esfera jurídica brasileira, desde sua incorporação por acordos internacionais ratificados pelo Brasil, até o seu reconhecimento pelas diversas Constituições e Legislações infraconstitucionais, buscando demonstrar o respaldo que lhe foi atribuído como Direito Fundamental, com o objetivo de se manter um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Posteriormente, serão analisados os básicos princípios do Direito Ambiental, quais sejam: o do Desenvolvimento Sustentável; o da Prevenção; o do Poluidor-Pagador e o da Reparação; buscando demonstrar que estes são imprescindíveis para que se alcance um sistema político e jurídico que respeite o desenvolvimento sustentável.

Por fim, serão abordadas as vantagens e desvantagens das usinas hidrelétricas e das usinas nucleares para a produção de energia elétrica no Brasil, bem como expor quanto à responsabilidade civil por danos nucleares.

## 1 MEIO AMBIENTE

Em vista de melhores esclarecimentos, antes de adentrar o mote em questão, deve-se ter em mente o conceito do que venha a ser meio ambiente. Conforme José Afonso da Silva,

O meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente compreensiva dos recursos naturais e culturais. (SILVA, 1994. p. 20).

Cabe separar cada categoria de meio ambiente para que o compreender seja mais amplo. O meio ambiente natural foi conceituado pela Lei nº 6.938, de 1981, em seu artigo 3º, I, que dita o *conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas* (grifo nosso); também se pode afirmar que é

constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, enfim, pela interação dos seres vivos e seu meio (SILVA, 1994, p. 21).

Já o meio ambiente artificial divide-se em duas ramificações: a primeira tem o escopo de espaço urbano aberto que comportaria as vias de trânsito, parques, praças dentre outros pontos de uso comum; a segunda é o espaço urbano fechado que detém a categoria de edificações. E, por último, mas não menos importante, o meio ambiente cultural, que protege todo o patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico e turístico que é defendido pela Constituição Federal, de 1988, na combinação dos artigos 225, 215 e 216.

O Direito Ambiental tem aversão ao discurso vazio; é uma disciplina jurídica de resultado, que só se justifica pelo que alcança concretamente no quadro social das intervenções degradadoras (MACHADO, 2010).

## **2 EVOLUÇÃO DO MEIO AMBIENTE NA ESFERA JURÍDICA BRASILEIRA**

O fato de o meio ambiente ter ganhado notória atenção nos últimos anos vem da longa trajetória que tem como marco a terceira geração dos direitos fundamentais, que passou a não só enxergar os direitos de forma individual, mas reconhecendo sua essência além do indivíduo, havendo assim o reconhecimento de direitos transindividuais, em que o meio ambiente encontrava-se nesse contexto.

A percepção das pessoas que isoladamente não detinham os meios para o benefício do conviver, e nessas perceptivas as regras de respeito e ordem sobre o ambiente que habitam tornaram-se de suma importância, que ao se falar nessa temática os planos são de curto, médio e longo alcance. A preservação da integridade do meio ambiente é a expressão constitucional de um direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas<sup>1</sup>.

A evolução histórica constitucional no que tange ao meio ambiente inicia-se com a Constituição Brasileira, de 1891, de forma rudimentar e indireta, na maneira que a União seria responsável sobre a legislação de minas e terras.

---

<sup>1</sup> ADI 3.540-MC. Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-2005, Plenário, DJ de 3-2-2006.

Com a Constituição, de 1934, é conquistada uma maior notoriedade à questão ambiental, mas não da forma que se conhece hoje. A proteção ambiental da Carta Maior, de 1934, demonstrou mais interesse em proteção comercial do que ambiental, pois determinava a competência da União para legislar nas matérias de riqueza de subsolo, mineração, águas, florestas, caça, pesca e sua exploração (artigo 5º, XIX). Característica comum dessa Carta e das sucessoras é a de que todas se preocuparam com a proteção do patrimônio histórico, paisagístico e cultural brasileiro. A Carta, de 1946, não inovou em matéria ambiental. A Constituição, de 1967, estabeleceu ser de competência da União a defesa da saúde, florestas, jazidas, pesca, caça e águas. A Constituição da era militar permaneceu quase inerte em relação à questão ambiental, mas trouxe pela primeira vez o termo ecológico nos textos normativos.

A Lei Federal nº 6.938, de 1981, já definia a Política Nacional do Meio Ambiente, e, em seu artigo 3º, conforme citado anteriormente, já conceituava o que seria o meio ambiente, e de que forma este deveria ser explorado economicamente.

Quando se analisa a atual Constituição Federal, vê-se com clareza que a questão ambiental atingiu níveis inimagináveis, pois o próprio texto determina diversas referências ao meio ambiente, e um capítulo dedicado ao assunto. Seguindo essa linha de pensamento tem-se que

O Texto Supremo captou com indisputável oportunidade o que está na alma nacional – a consciência de que é preciso aprender a conviver harmoniosamente com a natureza-, traduzindo em vários dispositivos aquilo que pode ser considerado um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo sobre a tutela do meio ambiente. A dimensão conferida ao tema não se resume, a bem ver, aos dispositivos concentrados especialmente no Capítulo VI do Título VIII, dirigido à Ordem Social - alcança da mesma forma inúmeros outros regramentos inseridos ao longo do texto nos mais diversos títulos e capítulos, decorrentes do conteúdo multidisciplinar da matéria. (MILARÉ, 2009, p. 152).

A Carta Magna determina em seu texto que o conjunto de elementos influenciadores na vida do cidadão deve ser protegido por meio de imposição

constitucional, assim, o artigo 170, VI, do texto supracitado estabelece em seus incisos os princípios que regem a Ordem Econômica e Financeira, sendo um deles a proteção do meio ambiente. Para que a ordem econômica seja aplicada em suas limitações plausíveis, deve haver um equilíbrio entre a ambição econômica e a proteção ecológica, seguindo a luz do desenvolvimento sustentável.

O artigo 225 da Carta Magna estabeleceu pela primeira vez na história do Direito Constitucional Brasileiro, de forma direta, o direito ao meio ambiente, regrando, em consequência, no plano normativo mais elevado do Estado Brasileiro, os fundamentos do direito ambiental constitucional (FIORILLO, 2010, p. 50).

O artigo 225 da Constituição Federal, em seu *caput*, estabelece:

Art. 225 Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem do 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 gerações futuras.

O meio ambiente, do qual os cidadãos fazem parte, e não o contrário, oferece uma noção de coletividade, fazendo, assim, com que o crescimento deixe de ser meramente um interesse individual, para, sim, atender a uma necessidade coletiva, difusa.

Já em 1999, foi promulgada a Lei nº 9.795, que estabelece a Política Nacional de Educação Ambiental. Com tal legislação, ficaram definidos como educação ambiental os processos pelos quais o indivíduo e a sociedade estruturam valores sociais, habilidades, competências, estas direcionadas para a estruturação e manutenção ambiental.

Tem-se a percepção da necessidade de equilíbrio econômico com foco no desenvolvimento sustentável; e para que esse equilíbrio alcance seus objetivos, os estudiosos afirmam a necessidade de uma balança, e que seus pesos sejam medidos com critérios de ponderação à proporcionalidade, aplicados individualmente ao caso concreto.

O Direito Econômico Ambiental nasce com todos esses fatos, trazendo o conceito que abrange o estudo de aspectos do meio ambiente os quais estão

diretamente correlacionados com sua utilização para fins econômicos (BASTOS; TAVARES, 2000). Seguindo essa linha de raciocínio, pretende-se implantar fórmulas sustentáveis de desenvolvimento, tendo em vista a necessidade de que a evolução não despreze a manutenção de um meio ambiente sadio e ecologicamente sustentável.

Vale ressaltar, quanto à temática em questão, a relevância de alguns princípios ambientais considerados indispensáveis, iniciando com o Princípio do Desenvolvimento Sustentável, em que a terminologia empregada a este surgiu, inicialmente, durante a Conferência Mundial de Meio Ambiente, realizada, em 1972, em Estocolmo, e repetida nas demais conferências sobre o meio ambiente, em especial na ECO-92, a qual empregou o termo em onze de seus vinte e sete princípios (FIORILLO, 2010, p. 14).

Na Constituição Federal, de 1988, o princípio em tela encontra-se no próprio *caput* do artigo 225, ao estabelecer que todos possuem o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e que é dever de o Estado e de a sociedade defendê-lo e preservá-lo para a presente e às futuras gerações.

Alcançar a efetividade desse princípio é como afirmar que se encontrou um equilíbrio entre o desenvolvimento das mais diversas atividades econômicas e um meio ambiente devidamente equilibrado, ou seja, deve haver o desenvolvimento econômico, sim, mas de forma projetada, equilibrada, para que os recursos ambientais existentes hoje não se esgotem ou se tornem limitados.

A busca do equilíbrio entre o desenvolvimento social, o crescimento econômico e a utilização dos recursos naturais exigem um planejamento adequado, que leve em consideração os limites do desenvolvimento sustentável; tais limites devem ser considerados tanto para as áreas urbanas e rurais, como para a sociedade como um todo, respeitando o regionalismo do País.

Para haver esse equilíbrio, é necessário pesar os elementos que influenciam o meio ambiente. Primeiro, seria indispensável analisar a necessidade do homem com o meio ambiente; segundo, seria o respeito do homem com o meio ambiente. Como já afirmado, a principal influência do meio ambiente é o homem, e este por ser membro de uma coletividade deve ter respeito com o meio, e não o desequilibrar, pois com o desequilíbrio há conseqüentemente a

instabilidade nas relações sociais.

Outro princípio que merece destaque é o da Prevenção, que tem como primordial objetivo evitar o surgimento de prejuízos ambientais, e respeitando-o, automaticamente a sociedade é a mais beneficiada, uma vez que o seu cumprimento faz com que se reduza ou até mesmo elimine as causas possíveis de modificar sua qualidade.

A prevenção e a preservação devem ser concretizadas por meio de consciência ecológica, a qual deve ser desenvolvida por uma política de educação ambiental. De fato, é a consciência ecológica que propiciará o sucesso no combate preventivo do dano ambiental. (FIORILLO, 2010, p. 35).

Mas como a realidade social não alcançou por completo a necessidade da aplicação do princípio em tela em sua plenitude, o Poder Constituinte instituiu mecanismos para buscar a efetividade do princípio da prevenção. A Constituição Federal, em seu artigo 225, § 1º, IV, prevê como exemplo da aplicação do princípio a exigência de um estudo prévio de impacto ambiental para que seja permitida a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental.

Com essa normatização, percebe-se a preocupação em fiscalizar de maneira preventiva a atuação do poder econômico, buscando, assim, que se prevaleça uma boa qualidade de vida ecologicamente equilibrada.

O princípio do Poluidor-Pagador também merece importante consideração, porque não deve ser visto como um meio para que se possa pagar para poluir, e muito menos pagar para que evitar contaminação. Não se pode imaginar que o poluidor tenha em mente a seguinte afirmativa: “poluo, mas pago”.

A Lei nº 6.938, de 1981, que foi recepcionada pela Constituição Federal, de 1988, em seu artigo 4º, VII, estabelece: “à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos”; assim é visível que, ao utilizar o meio ambiente, o responsável pelo ressarcimento do usufruto não será o Estado e/ou terceiros, mas o próprio usuário, ou seja, aquele que degrada um bem comum deve ressarcir para a coletividade.

Vale observar que na órbita repressiva do princípio do Poluidor-Pagador há incidência da responsabilidade civil, porquanto o próprio pagamento

resultante da poluição não possui caráter de pena nem de sujeição à infração administrativa, o que, por evidente, não exclui a comutatividade destas (FIORILLO, 2010, p. 18).

O princípio em tela tem amplo respaldo, pois é nele que se fundamenta a punição das empresas poluidoras a não realizarem atos degradantes ao meio ambiente; e para fazer com que tal mecanismo seja efetivo, toca-se na parte que mais aflige a iniciativa privada, qual seja, a órbita financeira.

Por mais que esteja dentro da “legalidade”, a atividade poluidora não isenta a empresa responsável por danos ambientais, pois tal dano não atinge determinado grupo de pessoas, mas um conjunto de cidadãos que utilizam o recurso danificado, mesmo que de forma indireta.

No contexto do conceito de Poluidor-Pagador surge uma concepção de grande importância: a compensação ambiental. Esta mostra uma maneira de como se deve pagar pelo dano ambiental antes que este aconteça, o que pode ser demonstrado de diversas formas, como antecipando o prejuízo financeiro para que o dano ambiental não ocorra, a título de exemplo tem-se o estudo prévio de impacto ambiental; ou fazendo com que a danificação diminua com a contribuição financeira, e em dois momentos quando o ato ainda não aconteceu e quando já aconteceu.

Já o princípio da Reparação possui duas vertentes: a reparação *in natura* e a reparação monetária. A existência das duas não significa afirmar que a reparação pode ser realizada de forma indiferente, ou seja, de uma maneira ou de outra.

O primeiro passo é analisar o caso concreto, e verificar se existe a possibilidade de o prejuízo *in natura* ser reparado, ou seja, voltar ao estado inicial ambiental. Após essa devida atividade, caso seus resultados não sejam positivos, é que deve haver uma reparação em que será estabelecida uma monta pecuniária.

É difícil a determinação do *quantum* a ser ressarcido pelo causador do ato feito, sendo sempre preferível a reparação natural pela recomposição efetiva e direta do ambiente prejudicado (FREITAS, 2005, p. 41).

Diante de uma análise universal, é inegável que a comunidade internacional tem se mobilizado para defender esse princípio, com se nota nas Convenções Internacionais, tendo a título exemplificativo a Declaração do Rio de Janeiro,

de 1992, que estabelece em seu Princípio 13 que os estados deverão desenvolver a legislação nacional relativa à responsabilidade e à indenização decorrente de danos ambientais.

### **3 RECURSOS HÍDRICOS**

A água, um dos elementos que integram o meio ambiente, trata-se de bem de domínio público, por ser essencial para a sobrevivência humana na Terra.

A Lei nº 9.433, de 1997, instituiu no Brasil a Política Nacional de Recursos Hídricos, traçando como fundamentos: o domínio público da água; água como bem de valor econômico; os usos prioritários e múltiplos da água; gestão descentralizada e participativa dos recursos hídricos. (MACHADO, 2010, p. 70).

Dentre os fundamentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, especialmente os atinentes à consideração da água como bem de valor econômico, há de se ressaltar que tal valor não mensura tão somente o consumo.

A água passa a ser mensurada dentro dos valores da economia. Isso não pode e nem deve levar condutas que permitam que alguém, através do pagamento de um preço, possa usar a água a seu bel-prazer. A valorização econômica da água deve levar em conta o preço da conservação, da recuperação e da melhor distribuição desse bem. (MACHADO, 2010, p. 448).

Também não se pode permitir que a água seja produto de especulação comercial, detida nas mãos de quem possui maior poder econômico. Nesse sentido:

Salientamos as consequências da conceituação da água como “bem de uso comum do povo”: o uso da água não pode ser apropriado por uma só pessoa física ou jurídica, com exclusão absoluta dos outros usuários em potencial; o uso da água não pode significar a poluição ou a agressão desse bem; o uso da água não pode esgotar o próprio bem utilizado e a concessão ou a autorização (ou qualquer outro tipo de outorga) do uso da água deve ser motivada ou fundamentada pelo gestor público. (MACHADO, 2010, p. 443).



O artigo 1º,VI, da Lei nº 9.443, de 1997, estabelece que “A gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.” Tal gestão participativa será por meio das “Agências de Água”; Comitês de Bacias Hidrográficas” e “Conselho Nacional de Recursos Hídricos”.

A presença do Poder Público no setor hídrico tem que traduzir um eficiente resultado na política de conservar e recuperar as águas. Nesse sentido o art. 11 da Lei 9.433/97, diz que: “O regime de outorga de direito de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água”. O Poder Público não pode agir como um “testa-de-ferro” de interesses de grupos para excluir a maioria dos usuários do acesso qualitativo e quantitativo às águas. Seria um aberrante contra-senso a dominialidade pública “aparente” das águas, para privatizá-las, através de concessões e autorizações injustificadas do Governo Federal e dos Governos Estaduais, servindo ao lucro de minorias. (MACHADO, 2010, p. 443).

O uso múltiplo da água deve observar o Plano de Recursos Hídricos e as prioridades de outorga de direito de uso de recursos hídricos (artigo 7º, VIII, da Lei nº 9.443, de 1997).

Observados os usos múltiplos mencionados pela referida lei, estão relacionados: o consumo humano; a dessedentação dos animais; o abastecimento público; o lançamento de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final; o aproveitamento dos potenciais hidrelétricos; e o transporte aquaviário. Além desses, também outros usos, como irrigação, esporte ou lazer, piscicultura.

Dentre outras atividades essenciais à vida humana, os recursos hídricos são também utilizados para a geração de energia elétrica, por meio das usinas hidrelétricas.

## **4 POLÍTICA ENERGÉTICA NACIONAL**

Os hábitos de consumo de energia elétrica pelos brasileiros sofreram alterações depois do apagão ocorrido em 2001. O grave problema de abastecimento de energia elétrica foi consequência de diferenciados fatores políticos, sociais, econômicos e climatológicos. (ANTUNES, 2008, p. 787).

A Lei nº 9.478, de 1997, é a principal norma que dispõe sobre a política energética nacional, abrangendo atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo.

No entanto, a Lei nº 10.925, de 2001, criada depois da crise energética e da ameaça de apagão, dispõe sobre a Política Nacional de Conservação e Uso Racional da Energia (PNCURE), determinando, em seu artigo 1º, que “visa à alocação eficiente de recursos energéticos e à preservação do meio ambiente”.

O principal ponto focado pela PNCURE é o estabelecimento de níveis máximos de consumo específico de energia, ou mínimo de eficiência energética, de máquinas e aparelhos consumidores de energia fabricados ou comercializados no País, com base em indicadores técnicos pertinentes. A lei, portanto, busca alcançar a eficiência energética com aparelhos menos intensivos na utilização de energia. Isto implicará, sem dúvida, uma modernização dos aparelhos utilizados no País, com uma repercussão ambiental imediata (ANTUNES, 2008, p. 787).

A legislação prevê penalidade para os fabricantes e importadores que não atenderem às disposições sobre níveis máximos de consumo específico de energia ou mínimo de eficiências energéticas de máquinas e aparelhos consumidores de energia.

Como dito, a energia é um bem ambiental tutelado na Constituição Federal que estabeleceu que, além dos recursos ambientais gerenciados pela União, também merecem sua tutela jurídica os chamados potenciais de energia hidráulica (Artigo 20, VIII) (ANTUNES, 2008, p. 787).

A energia elétrica no Brasil é produzida em sua maior parte por meio das usinas hidrelétricas, que conjugam água e gravidade para produção energética. No

entanto, apesar de o País ser beneficiado com grandes bacias hidrográficas, a instalação de tais usinas ocasiona sério impacto ambiental, além de contar com fatores externos como os climatológicos, que interferem diretamente no resultado. Tais fatores têm feito com que se busquem cada vez mais fontes alternativas de energia, destacando-se nesse aspecto a produção de energia por meio de usinas nucleares.

## **5 IMPACTOS AMBIENTAIS DAS USINAS HIDRELÉTRICAS**

As obras hidrelétricas produzem grandes impactos sobre o meio ambiente. Os impactos mais significativos ocorrem nas fases de construção e de operação da usina. Porém, os empreendimentos hidrelétricos encontram-se permeados de interesses para ofertar energia e assim oferecer qualidade de vida para a população. As usinas hidrelétricas utilizam a água que é um recurso natural renovável e não poluem o ambiente, mas devem ser considerados os efeitos prejudiciais do empreendimento.

Muitas vezes as usinas hidrelétricas são construídas exatamente nos últimos redutos onde existem remanescentes florestais importantes para a conservação da biodiversidade. A formação dos lagos implica, antes do alagamento, desmatamento dessas áreas. Áreas onde normalmente se encontram terras muito férteis e verdadeiros refúgios da fauna silvestre, exatamente por se tratar, em sua grande maioria, de matas ciliares (aquelas que se encontram às margens dos rios).

Assim, os primeiros impactos ambientais acontecem durante a construção dessas usinas. A construção do reservatório afeta consideravelmente a fauna e a flora local. Além do corte das árvores, muitas espécies acabam submersas e, conseqüentemente, morrem. Essa flora, em alguns casos, chega a atrapalhar o próprio funcionamento das turbinas obrigando limpezas sistemáticas destas.

Já quanto à qualidade da água, ao se interromper o fluxo normal do curso do rio, acontecem diversas mudanças na temperatura e na composição química da água, por isso, existem conseqüências diretas sobre a qualidade da água.

Um aspecto importante é a decomposição da vegetação e do solo que foi submerso pelas águas do reservatório. Durante os primeiros anos, essa

decomposição pode reduzir a quantidade de oxigênio na água. O apodrecimento de matéria orgânica também pode produzir gases tóxicos e liberação de carbono para a atmosfera. Uma forma de minimizar esse efeito é fazer a limpeza completa da área do reservatório antes do enchimento, mas, devido aos custos e à pressa, normalmente apenas partes dos reservatórios são devidamente limpos como deve ser.

Em relação aos efeitos sobre os peixes, as espécies aquáticas sofrem um impacto ainda maior. Como a usina hidrelétrica é composta de uma barragem, o fluxo natural dos peixes acaba sendo interrompido. A consequência é a proliferação de determinadas espécies em relação a outras. Para tentar amenizar o problema, são construídas escadas nas barragens para que os peixes migratórios possam circular. Isso é feito para evitar que algumas espécies morram de exaustão ao tentarem repetir o seu fluxo natural de migração.

## **6 IMPACTOS AMBIENTAIS DAS USINAS NUCLEARES**

Essas usinas são muito seguras, embora haja risco de acidentes com o vazamento de material radioativo, podendo, assim, impactar o meio ambiente de forma negativa. Em condições normais, as usinas nucleares liberam pouca radiação para o meio ambiente.

O principal impacto ambiental das usinas nucleares é a produção de lixo radioativo. Este tipo de lixo consiste em restos de material radioativo ou de equipamentos de usinas nucleares e das minas de urânio, e precisa ser isolado da biosfera e da hidrosfera. Existem dificuldades técnicas de armazenamento desse lixo. Esse material não pode ser reaproveitado e contém substâncias radioativas que demoram séculos para deixar de ser radioativo.

O segundo tipo de material radioativo são os uniformes, luvas e capacetes usados pelos funcionários da usina dentro do prédio do reator. Estes materiais possuem baixa radioatividade, e são mantidos dentro de uma sala especial. São reutilizados depois de alguns anos, por terem perdido a radioatividade.

A Constituição Federal traz diversos dispositivos acerca da energia nuclear, tratando de temas que variam desde o uso de radionúclídeos com objetivos medicinais até a proibição de utilização da energia nuclear com finalidades

agressivas (ANTUNES, 2008, p. 813).

Nos termos do artigo 21, XXIII, da Constituição Federal: “compete à União: explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento de reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados”.

O próprio texto constitucional estabelece normas que devem ser observadas quanto à energia nuclear, sendo: a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional; b) sob o regime de concessão ou permissão, é autorizada a utilização de radioisótopos para pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas; c) a responsabilidade civil por danos nucleares independe de culpa (ANTUNES, 2008, p. 814).

Quando se fala, pois, em fins pacíficos, percebe-se claramente a intenção de o legislador vedar o uso de atividades nucleares para fins bélicos.

O princípio do controle democrático da atividade nuclear demonstra que a utilização de elementos nucleares no Brasil não se encontra dentre as atividades econômicas que estão incluídas no modelo econômico da livre-iniciativa. Ao contrário, determina-se um rígido controle administrativo das atividades nucleares em território brasileiro (ANTUNES, 2008, p.832).

Também o princípio constante da alínea *c*, XXIII, do artigo 21 da Constituição Federal, traz a responsabilidade objetiva em razão de danos ocasionados por atividades nucleares.

A responsabilidade é um dos aspectos mais tormentosos da ciência da Comissão Nacional de Energia Nuclear e, seja na matéria nuclear, seja na ambiental, é um dos elementos-chave para que se possa assegurar a efetividade da aplicação de todo um conjunto de leis próprias. A responsabilidade civil, como se sabe, resolve-se no ressarcimento do dano causado. Não há que se falar em situação que tenha sido resolvida em favor do prejudicado, se este não logrou, efetivamente, perceber aquilo que lhe era devido em razão do dano suportado. A grave questão que se coloca é a de saber até que ponto é possível a reparação. (ANTUNES, 2008. p. 833).

De fato, a grande preocupação que se tem é relacionada à grandiosidade do dano que possa ser causado em razão de um acidente nuclear, e mesmo sem considerar culpa, pois, o dever de indenizar por danos nucleares não prescinde de culpa, portanto, há de se considerar a hipótese de ser impossível a reparação de modo a compensar o prejuízo ambiental.

Há de se considerar também que, nos termos do inciso V do artigo 177 da Constituição Federal, fica estabelecido o regime de monopólio para fins de atividade nuclear, no que se refere à pesquisa, lavra, enriquecimento, reprocessamento, industrialização e comércio de minérios nucleares e seus derivados.

Outra preocupação da Lei foi com a localização das usinas nucleares, pois, nos termos do § 6º do artigo 225 da Constituição Federal, as usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, incluindo os combustíveis nucleares como bens ambientais.

Além da determinação de lei federal autorizando o local de instalação de usinas nucleares, também a Constituição Federal estabelece que as atividades vinculadas aos combustíveis nucleares necessitam de estudo de impacto ambiental para poderem efetivamente ser instaladas (artigo 225, §1º, IV) (FIORILLO, 2010, p. 254).

Portanto, o uso de combustíveis nucleares não está vedado constitucionalmente, desde que se observem instalações de obras ou atividades vinculadas ao uso de referidos combustíveis e a aplicação do princípio da prevenção (FIORILLO, 2010, p. 255).

A Comissão Nacional de Energia Nuclear (CNEN), autarquia federal criada pela Lei nº 4.118, de 1962, e competência alterada pela Lei nº 6.189, de 1974, é responsável por diversas funções relativas às atividades nucleares, até mesmo pela promoção e fiscalização da utilização. No Brasil, as únicas usinas nucleares implantadas foram a de Angra I e Angra II. No entanto, apesar das necessidades energéticas em decorrência do aumento da demanda por eletricidade enfrentada ultimamente, ainda existe certo receio acerca da viabilidade de produção de energia por meio de combustível nuclear.

As maiores preocupações acerca da produção de eletricidade por meio de usinas nucleares encontram seus fundamentos em dois inconvenientes: o risco de acidentes e a produção de resíduos radioativos.

## CONCLUSÃO

Conforme a elaboração do presente artigo, considera-se que o meio ambiente existe para que o homem viva em sociedade com uma boa qualidade de vida; mas, para tanto, faz-se necessário o reconhecimento social da indispensável manutenção desse meio ambiente, sendo que sua prevenção e manutenção é obrigação do Poder Público e da sociedade.

Foram identificados os princípios básicos ambientais, sendo eles: o do Desenvolvimento Sustentável, o da Prevenção; o do Poluidor-Pagador e o da Reparação; considerando-se que o respeito pela sociedade dos princípios, em tela, faz com que um prejuízo ambiental não seja impactado socialmente, ou pelo menos diminua o referente impacto no desenvolvimento global, até porque a evolução econômica é algo impossível de não acontecer.

Diante da evolução legislativa brasileira, percebe-se que o constituinte evolui no sentido de preservar o meio ambiente, como no de buscar repará-lo quando este for depredado. Foram criadas políticas públicas no intuito de garantir que as atividades econômico-sociais sejam concretizadas tendo uma preocupação absolutamente sustentável. A presente visão acontece principalmente de maneira indireta, por meio de incentivos fiscais do Poder Público diante da realização de qualquer exercício econômica.

Percebeu-se que a exploração nuclear no Brasil não está dentre o rol de atividades financeiras enquadradas pelo modelo econômico da livre-iniciativa; deve haver, sim, sério controle por parte da Administração Pública.

Quanto à produção de eletricidade por meio de usinas nucleares, a maior preocupação tem como foco o risco de ocorrerem acidentes e a produção de resíduos radioativos. Por tal razão é que o ordenamento jurídico pátrio exige para a exploração da atividade, em questão, rigoroso estudo prévio de impacto ambiental, tendo como base o princípio da prevenção, para que, assim, a atividade aconteça de forma segura, havendo válvulas de escape em casos de acidentes e boas alternativas de armazenamento dos resíduos radioativos.

Levando-se em consideração que a responsabilidade civil tem como

marco o ressarcimento do dano causado, percebeu-se que a responsabilidade por danos nucleares independe de culpa, ou seja, é objetiva, e que a questão mais indagada pelos operadores do direito é conseguir identificar até que ponto é possível a reparação.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro; TAVARES, André Ramos. **As tendências do direito público no liminar de um novo milênio**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2012.

FIORILO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito da energia: tutela jurídica da água, do petróleo, do biocombustível, dos combustíveis nucleares e do vento**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FREITAS, Gilberto Passos de. **Ilícito penal ambiental e reparação do dano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência e glossário**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros. 1994.



*AS NOVAS DIRETRIZES PARA EFETIVAÇÃO DA  
SUSTENTABILIDADE NO ÂMBITO DA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA*

---

Kárita Barros Lustosa  
Suyene Monteiro da Rocha  
Renata Rodrigues de Castro Rocha



## INTRODUÇÃO

Pensar nas questões ambientais, atualmente, não se restringe a discutir conservação, preservação e manejo dos recursos naturais. Essa visão fora ampliada de forma significativa, passando a se considerar no universo da biodiversidade fatores culturais, sociais e econômicos. Essa interface de elementos na discussão ambiental possibilita a constituição de elementos reflexivos que direcionem a construção de caminhos mais claros no que cinge à responsabilidade, seja ela em âmbito preventivo, seja com caráter corretivo do uso, quanto do manejo inadequado dos recursos materiais.

No ordenamento jurídico brasileiro, a salvaguarda ambiental encontra chancela em sede constitucional, em diversos dispositivos, sendo o principal deles o artigo 225, cuja preleção determina que todos são detentores do direito ao meio ambiente equilibrado e saudável, impondo ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e futuras gerações.

A inserção do preceito ambiental na Carta Magna, de 1988, elevou-o ao *status* de direito fundamental, ladeando-o a outros princípios que regem os direitos do ser humano, como a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Assim, para que se possa alcançar o direito ao meio ambiente equilibrado, a normatização por si só não é capaz de auferir resultados positivos, há de efetuar ações, que sejam empreendidas tanto pela sociedade, como pelo setor empresarial, como pelo poder público.

Nesse contexto, a efetivação do direito ao meio ambiente equilibrado deve ser observada pela Administração Pública, pela adoção de posturas diárias e frequentes menos impactantes ambientalmente, para que uma gestão pública sustentável se torne algo sedimentado. Em outro suas atividades e efetiva prestação de serviços ao público em geral. plano, os gestores públicos devem tornar o consumo público um meio eficaz de disseminação de práticas ecologicamente corretas, pois é fato que os entes administrativos públicos são grandes consumidores de recursos, como energia, água, combustível, telefonia, além de aquisição de bens de consumo cuja matéria prima é extraída do meio ambiente, de forma que a adoção de postura sustentável auxiliaria no direcionamento do bom desenvolvimento de suas atividades e efetiva

prestação de serviços ao público em geral.

Cogo *et al.* (2011, p. 3), ao analisar o papel da agenda ambiental na administração pública, assevera ser

[...] A Agenda, dividida em cinco eixos prioritários, é direcionada à Administração Pública, grande consumidora e usuária de recursos naturais, em face de sua demanda diária de serviços e atendimentos à comunidade. Desempenhando papel estratégico e fundamental na promoção e indicação de novos padrões de produção e de consumo, deve ser exemplo na redução de impactos socioambientais negativos gerados pela sua atividade. Esse modelo de gestão visa ainda estabelecer novas formas de educação ambiental através de sensibilização e motivação dos servidores, elaboração de materiais didático-pedagógicos, informativos, e a promoção de eventos para uma troca descontraída de informações.

Há urgente necessidade de mudanças, de se transpor o campo do teórico, da ideologia, ou, em outras palavras, da utopia, com respeito a questões ecológicas, e passar a se consolidar com a estruturação de ações habituais voltadas à conscientização das pessoas de forma ampla.

Seja no individual, seja no coletivo, o resultado de uma consciência no que se refere à sustentabilidade proporciona a consolidação de uma rotina em cada um e em todos, rompendo paradigmas, construindo novos caminhos.

## **1 MEIO AMBIENTE E BASES CONSTITUCIONAIS**

Nos primeiros dispositivos da Constituição Federal, 1988, afirma-se serem fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana (art.1º, III), e entre os objetivos fundamentais (art.1º, IV) a promoção do bem de todos. Certamente, o meio ambiente sadio e equilibrado corresponde a um direito fundamental, e guarda harmonia com a ideia do bem coletivo.

Na temática ambiental, a Carta Constitucional, de 1988, sofreu influência direta da Lei nº 6.938, de 1981, denominada Política Nacional do Meio Ambiente, no que concerne à construção do cenário contemporâneo da tutela ao meio ambiente.

A Constituição Federal dispensa clara atenção à temática do meio ambiente ao dispor (art. 225) que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”. No referido dispositivo, foram assinaladas algumas incumbências pontuais ao Poder Público “para assegurar efetividade desse direito” a um meio ambiente em condições ecologicamente equilibradas.

No que concerne à questão de proteção ao meio ambiente na Carta Constitucional, de 1988, salienta-se, ainda, que esta é um

[...] marco histórico de inegável valor, dado que as constituições que precederam a de 1988 jamais se preocuparam da proteção do meio ambiente de forma específica e global. Nela se quer uma vez foi empregada a expressão meio ambiente, a revelar total despreocupação com o próprio espaço em que vivemos. (MILARÉ apud MORAES 2009, p. 702)

Ressalta-se que o artigo 225, em seu parágrafo terceiro, consignou, no caso de conduta e atividades lesivas ao meio ambiente, a responsabilização, alcançando, até mesmo, na seara penal, as pessoas jurídicas. Anote-se que esta fora uma inovação no ordenamento.

A responsabilidade penal de pessoas jurídicas foi, excepcionalmente, possibilitada, mediante o patamar constitucional de criminalização, na hipótese de atos lesivos ao meio ambiente.

Tal mandado constitucional<sup>1</sup> de criminalização foi reiterado na Lei nº 9.605, de 1998, Lei dos Crimes Ambientais, sendo anunciado no art. 3º deste diploma legal a responsabilidade de pessoas jurídicas, na esfera administrativa, civil e penal, quando houver lesão ao meio ambiente em razão de atos de representantes de pessoa jurídica cuja ação ou omissão seja para atender seu interesse ou gerar benefício.

Entre os encargos previstos aos poderes públicos no que concerne à proteção, conservação e manejo dos recursos ambientais, podem ser destacados: a preservação da diversidade e a integridade do patrimônio

---

<sup>1</sup> Mandados de criminalização são comandos constitucionais que indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário é obrigado a tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e conforme moldes dados pela Constituição Federal (MASSON, 2015).

genético do País; fiscalização das entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; controle da produção; comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para o meio ambiente; promoção da educação ambiental em todos os níveis de ensino, e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

Insta considerar que “[...] o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, direito difuso, de terceira geração, decorre diretamente do direito à vida, em sua acepção qualidade de vida. Ao contrário dos direitos fundamentais individuais e sociais.” (LEUZINGER e VARELLA ([s.a], [s.p])

Leuzinger e Varella ([s.a], [s.p]) afirmam que a Constituição Federal, de 1988, estabelece eixos centrais acerca da temática meio ambiente, sendo eles:

[...] o meio ambiente como direito fundamental; a conservação da diversidade biológica e dos processos ecológicos; a criação de espaços territoriais especialmente protegidos; a necessidade de estudo prévio de impacto ambiental antes da realização de atividades potencialmente causadoras de significativa degradação; e a educação ambiental.

Ao tutelar o meio ambiente em âmbito constitucional, o Legislador Pátrio busca assegurar a ampla proteção dos recursos naturais. As regras que trazem em si essa função podem ser divididas em quatro grandes grupos:

1. regras de garantia previstas no art. 5º, LXXIII, que prevê que qualquer cidadão é parte legítima para a propositura da ação popular, visando à anulação de ato lesivo ao meio ambiente;

2. regras de competência em que transfere aos entes federativos a responsabilidade da tutela ambiental, ainda com a previsão de competências legislativas concorrentes que competem aos entes de Direito Público interno para normatização de competência com vista à preservação da biodiversidade existente;

3. regras gerais que estabelecem de forma difusa, regras pertinentes à preservação do meio ambiente (CF, art. 170, VI; 173, § 5º; 174, § 3º; 186, II; 200, VIII); e por fim,

4. regras específicas que se encontram descritas no Capítulo VI denominado Meio Ambiente.

O legislador constitucional, assim, sobressai a responsabilidade dos entes públicos na esfera socioambiental por diversas formas na Carta Magna.

Diante dos benefícios, à existência de todo ser humano, há um dever geral seja físico ou jurídico, que cinge ao uso do meio ambiente, com o fim de preservação dos recursos naturais.

Em tal cenário, emerge o dever dos poderes públicos na promoção e obtenção de um ambiente saudável, equitativo à coletividade, uma vez que a finalidade das ações do agente público tem de estar embasada no bem-estar social da coletividade.

Salienta-se que a necessidade de um desenvolvimento com sustentabilidade, tratado na Constituição atual, na Ordem Econômica e Financeira, bem como na Ordem Social (arts. 170 a 232) “abrange, entre outros aspectos, o meio ambiente, seus fins e compatibilidades como todo o sistema de proteção econômica, social e ambiental” (GALLI, 2012, p. 158).

Válido citar que o texto do art. 170 inicia sua abordagem aduzindo que “a ordem econômica” tem “por fim assegurar a todos existência digna” observando-se a defesa do meio ambiente.

Não menos importante se torna a previsão do disposto no art. 186, ao relacionar a função social da propriedade rural com a adequada utilização “dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente”. Associa-se a essa perspectiva o artigo 37 da Constituição Federal, de 1988, que, mediante a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, estabelece os princípios<sup>2</sup> a serem obedecidos pela administração pública, em todas as esferas. Inseriu a Emenda Constitucional, de forma expressa, o princípio da eficiência, o que remete a se ponderar sobre a relevância não só da eficiência no âmbito das ações de atos típicos da Administração Pública, mas também a eficiência como princípio ambiental, no sentido de que os gestores públicos devem agir valendo-se de práticas para consumo racional dos recursos naturais, por meio de ações, a exemplo, o manuseio de resíduos, o reaproveitamento e a reciclagem de materiais.

---

<sup>2</sup> Entre os princípios que orientam o sistema administrativo estão princípios expressos no Constituição Federal, os quais se encontram no art. 37, da Constituição Federal, de 1988, no qual são mencionados expressamente cinco princípios: da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

## **2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: GESTÃO AMBIENTAL**

Para compreender as ações a serem empreendidas na esfera ambiental, necessário associar a discussão à temática da Gestão Pública, podendo esta ser definida como a “prática de atos fundados na competência legal para gerir uma parcela do patrimônio público, sob a responsabilidade de uma determinada unidade.” (ABREU, SILVA, [s.a], [s.p])

Complementam Abreu e Silva ([s.a], [s.p]) que

[...] o Gestor Público é aquele funcionário público, ocupante de cargo de carreira, ou agente de empresa estatal que pratica atos de gestão, é o responsável por planejar, assessorar processos deliberativos, coordenar ações e avaliar programas e políticas públicas em organizações estatais e não estatais, nacionais ou internacionais, com atuação em todos os níveis de governo - União, estados e municípios [...]

Os atos de gestão são das mais diversas áreas, financeira, contábil, administrativa e a que interessa a este estudo a gestão ambiental.

Lanna (1995, p. 17) *apud* Silva, Mota (2003, pp. 203-204) define a gestão ambiental como um

Processo de articulação das ações dos diferentes agentes sociais que interagem em um dado espaço, visando garantir, com base em princípios e diretrizes previamente acordados/definidos, a adequação dos meios de exploração dos recursos ambientais – naturais, econômicos e socioculturais – às especificidades do meio ambiente.

A definição de gestão ambiental reporta a ideia de ação a ser implementada por parte da Administração Pública demonstrando o esforço que se deve intentar, a fim de concretizar o desenvolvimento sustentável compatibilizando atividade econômica com a proteção do meio ambiente e do ser humano.

A gestão ambiental estabelece suas conexões seja com a iniciativa privada seja com as atividades desenvolvidas pelos órgãos públicos (IBAMA, [s.a]). As atividades administrativas e operacionais no âmbito da Administração



Pública, pautadas na adoção de critérios ambientais, formam um processo de melhoramento contínuo que prevê a adequação dos efeitos ambientais ocorridos no incremento de procedimentos pelo poder público à política de precaução dos impactos negativos no meio ambiente.

Para que uma proposta dessa envergadura possa ser exitosa, é imprescindível que a administração do Órgão esteja engajada na implementação de projetos, planos, programas que sejam capazes de romper com as posturas atuais.

Dias (2006, p. 28) *apud* Aragão, Santos e Silva (2011, p. 28) define de gestão ambiental como

Conjunto de medidas e procedimentos que permitem identificar problemas ambientais gerados pelas atividades da instituição, como a poluição e o desperdício, e rever critérios de atuação (normas e diretrizes), incorporando novas práticas capazes de reduzir ou eliminar danos ao meio ambiente. (2006, p.28).

Nessa perspectiva, igualmente, é indispensável que a Administração Pública Federal, Estadual, Municipal, Distrito Federal, assim como o Poder Judiciário e o Poder Legislativo Brasileiro estejam comprometidos com a gestão ambiental. É incontestado e indiscutível a função do poder público na construção de uma sociedade mais inclusiva, instigando-a a adotar um modelo de vida e conseqüentemente de gasto sustentável.

A discussão em torno da gestão ambiental a ser realizada pela administração pública se alicerça no fato de que quando a “[...] gestão pública não é realizada de forma sustentável ocorrem os danos ambientais, nem sempre passíveis de reparação. Fundamental se torna que a administração seja voltada para o princípio da prevenção.” (ABREU, SILVA, [s.a], [s.p])

A Administração Pública, como assídua consumidora de produtos e serviços, o que representa uso de recursos naturais, exerce grande impacto no meio ambiente, seja em suas atividades-meio, seja nas ações finalísticas.

Nessa perspectiva, emergem a releitura e a reestruturação dos padrões de consumo adotados pela Administração Pública, inserindo em suas atividades a sustentabilidade elemento fundante.

Enquanto geradora de impactos ambientais, a Administração Pública é responsável pela geração de resíduos, consumo de água, geração de esgoto orgânico, emissão de poluentes na atmosfera, consumo de energia, emissões luminosas, emissões magnéticas, degradação da paisagem, entre outros. (BRASIL, 2013). Há a necessidade de se mitigarem os resultados negativos, otimizar o consumo, reduzir a geração de resíduos e como racionalizar os gastos.

Nesse sentido, corroboram Abreu e Silva ([s.a], [s.p]) ao afirmarem que a

Gestão Pública Sustentável se mostra como uma alternativa a necessidade de reparação do dano visa à conscientização para otimizar o uso dos recursos, para o combate ao desperdício e para a busca de uma melhor qualidade do ambiente de trabalho. Deve manter sintonia com a concepção de ecoeficiência, onde uma nova cultura institucional que inclua critérios socioambientais nos investimentos, compras e contratações, torna-se eminente a cada dia, haja vista a significativa demanda social por um meio ecologicamente equilibrado e socialmente justo, propício ao exercício da cidadania ambientalmente adequada.

O governo brasileiro, no âmbito federal, movimenta cerca de 20% do Produto Interno Bruto (PIB) com compras públicas, o que significa considerável mobilização de setores estratégicos do mercado, induzindo a mudanças nos padrões de produção e consumo, assim como a geração de desestímulo a tecnologias, produções, e mecanismos quaisquer que gerem degradação ambiental.

É fácil se pensar no potencial indutor de atitudes sustentáveis ante o alto consumo da Administração Pública.

Em função desse poder de compra/consumo de produtos naturais, o legislador infraconstitucional trouxe uma alteração legislativa, fazendo constar na Lei federal nº 8.666, de 1993 (art. 3º), como critério de desempate, a atuação sustentável.

No âmbito federal, estadual e municipal, os entes públicos possuem acentuado poder de compra, e isso pode – e deve – viabilizar posturas ecologicamente corretas com políticas que englobem contratações eficientes,

consumo operacionalizado por compras sustentáveis, implantação e efetiva execução de projetos direcionados à educação – e respectiva conscientização – de colaboradores diretos e indiretos das diversas atividades estatais quanto à necessidade de adoção diária de posturas ambientalmente corretas no uso de recursos naturais.

A observância desses detalhes que parece não carecer de tratativa imediata, como a geração e gestão de resíduos; a adoção de atitudes conscientes das questões ambientais proporciona não só redução no uso de materiais e, conseqüentemente, a diminuição de gasto público. O que conseqüentemente possibilita a redução do uso dos recursos naturais, por meio de ações como a reciclagem e o reaproveitamento; com a constituição de um ciclo capaz de promover resultados benéficos ao meio ambiente e às pessoas de um modo geral.

Pelo exposto, é adequado, pertinente e mesmo imperativo que todo o plexo dos poderes públicos tenha posturas alinhadas ao foco da responsabilização por um meio ecologicamente equilibrado. Para isso, deve haver medidas hábeis a consolidar ações pautadas em conscientização ambiental, com destaque para a Agenda Ambiental da Administração Pública – A3P.

### **3 AGENDA AMBIENTAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – A3P**

No ano de 1999, o Ministério do Meio Ambiente desenvolveu o projeto Agenda Ambiental da Administração Pública, ou A3P. O objetivo do projeto “é sensibilizar gestores públicos para a importância da questão ambiental, estimulando-os a incorporar princípios e critérios de gestão ambiental nas atividades rotineiras”. (BRASIL, 2013)

O êxito do projeto resultou no recebimento do prêmio “O Melhor dos Exemplos”, na categoria Meio Ambiente da Unesco, em 2002. A partir de então foi incluído no Plano Plurianual (PPA), 2004-2007, no âmbito do Programa de Educação Ambiental, o que garantiu a obtenção de recursos para sua efetivação, passando a ser referencia em sustentabilidade nas ações públicas. (BRASIL, 2013)

O objetivo central da A3P é “estimular os gestores públicos a incorporar

princípios e critérios de gestão ambiental em suas atividades rotineiras, levando à economia de recursos naturais e à redução de gastos institucionais por meio do uso racional dos bens públicos e da gestão adequada dos resíduos.” (BRASIL, 2007, p. 6)

Entre os seus objetivos, a A3P prima por realizar ações que tenham como finalidade:

[...] Sensibilizar gestores públicos para as questões socioambientais. Contribuir para a revisão de padrões de produção, consumo e critérios de gestão adotando novos referenciais na administração pública. Promover o uso racional dos recursos naturais e redução de gastos institucionais. Reduzir o impacto socioambiental negativo causado pelas atividades da administração pública. Contribuir para a melhoria na qualidade de vida no ambiente de trabalho. (BRASIL, 2013, p. 11).

Assim, a proposta da A3P é a mudança de procedimentos, o que se reconhece não ser simplista, mas possível quando se têm objetivos e metas claras, bem como a compreensão da necessidade emergente da mudança.

Os pontos focais dessa relação incluem o estímulo ao consumo responsável e o combate ao desperdício, por serem questões fundamentais diante da problemática ambiental vivenciada.

Nesse cenário, o Poder Público deve

Intervir para garantir maiores níveis de sustentabilidade das atividades econômicas e de produção, levando a sociedade a refletir e adotar novos valores e hábitos. A missão da A3P, acima de tudo, é sensibilizar todos os servidores públicos da administração, os prestadores de serviços, os responsáveis pela limpeza, segurança, atendimento ao público, etc. (BRASIL, 2007, p. 29).

Mas a obtenção do êxito do projeto depende da promoção de mudanças comportamentais, reestruturação de procedimentos, sensibilização de funcionários, difusão e multiplicação do conhecimento, na comunidade, de servidores e colaboradores públicos.

O Ministério do Meio Ambiente premia as iniciativas que têm como foco a sustentabilidade na administração pública, englobando as seguintes

categorias: manejo sustentável dos recursos naturais, inovação na gestão pública e gestão de resíduos (MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2009). É possível notar que são desenvolvidos projetos baseados em ideias simples, com ações desprovidas de fatores complexos e onerosos (ao contrário, representam benefícios econômicos e que podem ser formatados por integrantes dos setores privados).

A título de exemplo, o Superior Tribunal Justiça – ganhador do primeiro lugar do 5º Prêmio Melhores Práticas de Sustentabilidade da A3P, na categoria “Inovação na gestão pública” –, apresenta algumas iniciativas eficazes, concernentes a coletas seletivas, doações de material reciclável para cooperativas de catadores de materiais recicláveis, campanhas de gestão de resíduos direcionadas ao corpo funcional (para recolher resíduos eletrônicos, coletar óleo de cozinha usado, reaproveitamento de material inservível ou não reciclável para a produção de novos produtos ou insumos etc.).

Certamente, o Ministério do Meio Ambiente divulgará nos anos seguintes muitos projetos a serem seguidos como modelos de trabalho em prol da construção de um meio ecologicamente equilibrado, porque há realmente muitos gestores públicos que, felizmente, despertaram para tal necessidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

São necessárias, em caráter de urgência, ações voltadas à consciência para que se deixe de lado a inércia da visão utópica e seja assimilada uma postura proativa diária. Para tanto, é relevante o papel das instituições, tanto privadas quanto públicas, como disseminadoras de práticas sustentáveis; não como meras ideologias para angariar simpatizantes simples expectadores, e sim para atuarem como agentes transformadores contribuindo para educação e conscientização referentes a questões ecológicas.

Isso significa, por exemplo, implantar e aperfeiçoar condutas com foco na sustentabilidade, nas várias situações cotidianas, em relação a compras e utilização de serviços, porque isso forçará envolvidos a adotarem ações ecologicamente conscientes, gerando, assim, uma corrente propulsora.

É certo que uma atuação ativa dos entes públicos é essencial, e pode se

revelar em variados desdobramentos, considerando-se as diversas atividades cotidianas de cada um dos entes e órgãos, ante a complexidade inerente à máquina pública. Exatamente por isso a presente pesquisa objetivou analisar a temática ambiental na esfera da administração pública, associada às diretrizes da Agenda Ambiental na Administração Pública – A3P.

Como se pode visualizar, uma gestão estatal bem planejada e norteada por consciência ecológica é um meio extremamente eficaz de balizar condutas entre pessoas e o meio ambiente, no tocante aos próprios gestores, colaboradores, servidores, fornecedores de produtos e serviços e a sociedade em geral. Isso pode viabilizar a premente necessidade da sedimentação de posturas sustentáveis.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Daniel Quintaneiro; SILVA, Janaína Juliana Maria Carneiro. **A gestão sustentável do ambiente e a perícia ambiental**. Disponível em: <<http://www.gespublica.gov.br/biblioteca/pasta.2010-12-08.2954571235/GESTaO%20PUBLICA%20SUSTENTAVEL.pdf>>. Acesso em 5 abr. 2016.

ARAGÃO, João Paulo Gomes de Vasconcelos; SANTOS, Karolina Maria Bezerra; SILVA, Marlene Maria da. **GESTÃO AMBIENTAL E ESCOLA: a construção de uma atitude ambiental. Ambiente & Educação: Revista de educação ambiental.**, Rio Grande, v. 16, n. 2, p.27-40, 2011. Semestral. Disponível em: <<https://www.seer.furg.br/ambeduc/index>>. Acesso em 15 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe Sobre A Política Nacional do Meio Ambiente, Seus Fins e Mecanismos de Formulação e Aplicação, e Dá Outras Providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm)>. Acesso em 5 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **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](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em 10 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm). Acesso em 23 mar. 2016.

BRASIL. **Agenda ambiental na administração Pública.** Brasília: MMA/SAIC/DCRS/Comissão Gestora da A3P, 2007, 99p., 4. ed. Disponível em: [http://www.cetem.gov.br/sustentavel/planos/a3p/Manual\\_a3p\\_4ed\\_rdz.pdf](http://www.cetem.gov.br/sustentavel/planos/a3p/Manual_a3p_4ed_rdz.pdf) > Acesso em 14 abr. 2016.

BRASIL. **Agenda Ambiental da Administração Pública.** Curso de Capacitação. Sustentabilidade na administração pública. 2013

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em 16 abr. 2016.

BRASIL. **Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis.** Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/rqma/gestao-ambiental> > Acesso em 17 abr. 2016

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P).** Cartilha Secretaria de Articulação Institucional e Cidadania Ambiental. Departamento de Cidadania e Responsabilidade Socioambiental. Brasília – DF, 2009. 5ª Edição. Revista e atualizada.

COGO, Gisele Alves da Rocha; OLIVIERA, Ivanir Luiz de; KOVALESKI, João Luiz; MATOS, Eloiza Aparecida Silva Avila de; OLIVEIRA, Ana Claudia de. **A Gestão Ambiental na Administração Pública Federal – Um instrumento a favor da sustentabilidade.** I Congresso Brasileiro de Engenharia de Produção de Ponta Grossa. Disponível em: [http://www.aprepro.org.br/conbrepro/2011/anais/art\\_edpsers\\_go.html](http://www.aprepro.org.br/conbrepro/2011/anais/art_edpsers_go.html). Acesso em 20 abr. 2016.

GALLI, Alessandra. **Educação ambiental como instrumento para o desenvolvimento sustentável.** Curitiba: Juruá, 2012.

LEUZINGER, Márcia Dieguez; VARELLA, Marcelo Dias. **Meio ambiente na Constituição de 1988**: um sobrevôo sobre alguns temas depois de 20 anos. Disponível em:

<[http://marcelodvarella.org/Meio\\_Ambiente\\_files/artigo\\_com\\_Marcia\\_e\\_Marcelo%203.pdf](http://marcelodvarella.org/Meio_Ambiente_files/artigo_com_Marcia_e_Marcelo%203.pdf)>. Acesso em 18 abr. 2016

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado**: Parte Geral. São Paulo: Método, 2015.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVA, Núbia Cristina Bezerra da; MOTA, José Aroudo. A técnica de cluster como ferramenta para a gestão ambiental. **Soc. estado**, Brasília, v.8, n. 1-2, p. 199-220, Dec. 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69922003000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922003000100011&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 16 abr. 2016.



*LIMITAÇÕES LEGAIS NO PROCESSO DE CRIAÇÃO  
DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO MUNICIPAIS EM  
ÁREAS URBANAS, PRIVADAS E COM ÍNDICES DE  
APROVEITAMENTO CONSTRUTIVOS*

---

Laécio Noronha Xavier



## INTRODUÇÃO

A temática abordada se justifica pelo fato de o “direito de todos ao meio ambiente equilibrado”, previsto no capítulo constitucional do meio ambiente, ter sido parcialmente regulamentado com o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) pela Lei nº 9.985, de 2000. Para lograr concretude material ao art. 225 da Constituição Federal, de 1988, no que tange às Unidades de Conservação, a Lei do SNUC sistematizou conceitos, objetivos, diretrizes, estrutura e classificação das áreas ambientais protegidas, sendo relevante premissa técnico-legal para a preservação da biodiversidade brasileira.

Entretanto, nas municipalidades, a criação de algumas Unidades de Conservação deve identificar quais parcelas territoriais destinam-se às áreas de proteção ambiental não edificante ou parcialmente edificante e as que apresentam processos de edificação. Assim, o artigo objetiva demonstrar que a criação jurídica de áreas ambientalmente protegidas deve respeitar não somente a Lei do SNUC, mas também a um conjunto normativo conexo que associa as políticas urbana e ambiental, como: Estatuto da Cidade, Código Florestal, Lei de Uso e Parcelamento do Solo Urbano, Resoluções do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), Código Tributário Nacional, Constituições Estaduais, Leis Orgânicas Municipais e, em especial, o Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano (PDDU) das municipalidades.

Dessa forma, a problematização dessa investigação teórica debruça-se em identificar que o processo de criação de Unidades de Conservação, seja qual for sua classificação, e por qualquer ente federado, envolve complexos requisitos legais, limites técnicos e procedimentos burocráticos, requerendo um estudo conjunto do Direito Constitucional, Imobiliário e Administrativo, bem como do macrozoneamento urbano e ambiental inserido nos PDDUs das municipalidades. E utilizando-se do método analítico-interpretativo de fontes normativas, doutrinárias e documentais, o ensaio almeja reforçar uma compreensão jurídico-político-administrativa: as regras para o processo de criação de Unidades de Conservação em áreas urbanas, privadas e com índices de aproveitamento construtivos nos municípios não pode ser centrado somente nos conceitos, princípios e finalidades da preservação ambiental inseridos na

Lei do SNUC, mas também articulado com as normas, regulamentos construtivos e mapas do macrozoneamento territorial proposto no planejamento urbano de dada municipalidade.

## **1 CONCEITO LEGAL DAS UNIDADES DE CONSERVAÇÃO**

Somente com a Constituição, de 1988, houve a indicação legal de sistematizar a proteção do Meio Ambiente. Em 1989, foi criado o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) unificando a política ambiental brasileira com a administração das Unidades de Conservação, tendo avançado consideravelmente tal processo com a Lei nº 9.985, de 2000, que criou o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC). Em 2007, com a instalação da autarquia ambiental federal Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) pela Lei nº 11.516, a gestão das Unidades de Conservação deixou de ser competência do IBAMA (MACIEL, 2011).

Com a Lei do SNUC tornaram-se claros os conceitos de Unidade de Conservação e de seus termos conexos, como: conservação da natureza, diversidade biológica, recurso ambiental, preservação, proteção integral, conservação *in situ*, manejo, uso sustentável, extrativismo, recuperação, requalificação, zoneamento, plano de manejo, zona de amortecimento e corredores ecológicos. Configurando-se como “especialização do espaço protegido” (BENATTI, 2003), a Lei do SNUC (art. 2º, I) estabeleceu o conceito de Unidade de Conservação como área geograficamente definida, regulamentada, gerida e legalmente instituída pelo Poder Público, com características naturais relevantes, objetivos de conservação e sob regime especial de administração (MILARÉ, 2009).

O objetivo primordial das Unidades de Conservação é conciliar a sustentabilidade socioambiental do espaço pretendido para a conservação com o intuito de perpetuidade temporal, buscando a subsistência das populações tradicionais residentes na área. Entretanto, o art. 4º da Lei do SNUC define outros objetivos obrigatórios: manter a diversidade biológica e os recursos genéricos; proteger as espécies ameaçadas de extinção; preservar e restaurar a

diversidade de ecossistemas naturais; proteger paisagens naturais e de beleza cênica em suas características cultural, geológica, geomorfológica, espeleológica, arqueológica e paleológica; proteger e recuperar os recursos hídricos e edáficos; recuperar os ecossistemas degradados; proporcionar a pesquisa científica, estudos e monitoramento ambiental; valorizar econômica e socialmente a diversidade biológica; promover a educação, o lazer e o turismo ambiental.

Já as diretrizes buscam assegurar a identidade da área protegida pela Unidade de Conservação, ou seja, que fiquem definidas suas poligonais, bem como as plantas e os animais típicos que se busca preservar para evitar possíveis desequilíbrios ambientais. São diretrizes gerais da Unidade de Conservação observadas no art. 5º da Lei do SNUC: assegurar que tenham diferentes populações, habitats e ecossistemas com sustentabilidade ambiental, social e econômica; fazer com que a sociedade conheça a Política Nacional de Unidades de Conservação, garantindo a participação das populações locais na sua criação e gestão, além do incentivo às populações locais a se relacionarem pelas regras do SNUC, em especial técnicas sustentáveis, meios de subsistência alternativos e indenização pelos recursos perdidos; integrar sua criação e gestão às políticas de terras e águas circundantes, condições sociais e econômicas locais, zonas de amortecimento e corredores ecológicos; alocar recursos financeiros para que possam ser geridas eficazmente, com respeito às conveniências da autonomia administrativa e financeira, via apoio de entes privados e da sociedade civil para realização de estudos e pesquisas científicas, práticas de educação ambiental, atividades de lazer e de turismo ecológico e monitoramento ambiental.

O SNUC é conceituado como conjunto organizado, planejado, manejado e administrado de áreas naturais protegidas (MILANO, 2002), com o art. 6º da Lei da SNUC determinando três níveis de órgãos gestores:

I – Consultivo e Deliberativo: o CONAMA, com as atribuições de acompanhar a implantação do SNUC;

II – Central: o Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de coordenar o SNUC;

III – Executores: o ICMBio e o IBAMA, e, em caráter supletivo, os órgãos estaduais e municipais, com a função de implantar o SNUC, subsidiar as propostas de criação e administrar as Unidades de Conservação federais,

estaduais e municipais, nas respectivas esferas de atuação.

Os arts. 7º a 21 da Lei do SNUC classificam as Unidades de Conservação em dois grupos distintos, com o primeiro agrupamento denominado Unidades de Proteção Integral, objetivando preservar a natureza com admissão apenas do uso indireto dos seus recursos naturais e subdividindo-se em cinco categorias:

- i) Estação Ecológica;
- ii) Reserva Biológica;
- iii) Parque Nacional;
- iv) Monumento Natural;
- v) Refúgio da Vida Silvestre.

Já o segundo agrupamento – Unidades de Uso Sustentável –, objetiva compatibilizar conservação da natureza com uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais e subdivide-se em sete categorias:

- i) Área de Proteção Ambiental;
- ii) Área de Relevante Interesse Ecológico;
- iii) Floresta Nacional;
- iv) Reserva Extrativista;
- v) Reserva de Fauna;
- vi) Reserva de Desenvolvimento Sustentável;
- vii) Reserva Particular do Patrimônio Natural.

A classificação das Unidades de Conservação dá-se em razão tanto da natureza da propriedade (pública ou privada) da área protegida, como da multiplicidade dos objetivos a serem atendidos, com tais diferenças de categorias de manejo podendo ser mais ou menos restritivas quanto ao uso dos recursos naturais em seu interior e devendo coexistir, posto serem complementares ao sistema nacional.

Percebe-se que a Lei do SNUC funciona como paradigma técnico-jurídico para a criação e administração das Unidades de Conservação, com a posse e o domínio da área protegida podendo ser pública e/ou privada em face da seguinte síntese classificatória:

a) posse e domínio públicos, com as terras particulares envoltas em seus limites devendo ser desapropriadas: Estação Ecológica, Reserva Biológica e Parque Nacional (Unidades de Proteção Integral), e Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna e Reserva de Desenvolvimento

Sustentável (Unidades de Uso Sustentável);

b) posse e domínio públicos ou privados, caso haja interesse do proprietário das terras, devendo, em caso contrário, ser desapropriadas pelo poder público: Monumento Natural e Refúgio da Vida Silvestre (Unidades de Proteção Integral), e Área de Proteção Ambiental e Área de Relevante Interesse Ambiental (Unidades de Uso Sustentável);

c) posse e domínio privados, interesse manifestado pelo proprietário e sem a desapropriação pelo poder público: Reserva Particular do Patrimônio Natural (Unidades de Uso Sustentável).

Portanto, a criação de Unidades de Conservação por qualquer ente federativo, independente de classificação, representa a materialização parcial do capítulo constitucional do meio ambiente, cabendo à Lei do SNUC regulamentar tal viabilidade legal. Outrossim, ao criar Unidades de Conservação em áreas urbanas, privadas e com índices de aproveitamento construtivos faz-se necessário que o poder público da respectiva esfera e responsável por sua gestão conecte-se com as normas municipais expressas no PDDU.

## **2 PROCESSO DE CRIAÇÃO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO NOS MUNICÍPIOS**

A criação de Unidade de Conservação, por mais bem intencionada que seja a proposta advinda dos poderes públicos municipais (executivo ou legislativo) ou da sociedade, por intermédio de uma Lei de Iniciativa Popular, deve respeitar determinados padrões legais. A análise conjunta dos aspectos jurídicos de caráter Constitucional, Imobiliário e Administrativo é imprescindível quando da criação de uma Unidade de Conservação de qualquer categoria (excetuando a Reserva Privada de Patrimônio Natural) pelos entes das esferas federal ou estadual nos municípios ou pelos poderes públicos em âmbito municipal.

Sob o aspecto Constitucional, para que uma municipalidade possa criar uma Unidade de Conservação é necessária, além do aval da Lei Orgânica Municipal, a existência no PDDU dos requisitos legais e técnicos que evitem

os desvios do planejamento urbano e garantam seu macrozoneamento urbano e ambiental em face de interesses econômicos ou políticos oportunistas, como, por exemplo, tornar possíveis processos construtivos numa área de preservação ambiental ou cambiar uma área urbana consolidada para área protegida, retirando qualquer possibilidade de construção. Em seu caráter formal, o procedimento técnico e jurídico adequado para que o macrozoneamento urbano e ambiental (conteúdo material) do PDDU possa ser alterado dá-se conforme o princípio da segurança jurídica do Estado Democrático de Direito (art. 59, II, e 69 da Carta Magna).

Assim, por ser o PDDU uma Lei Complementar, não pode ser admitida nenhuma alteração por outra modalidade legal, mesmo que não seja demonstrada a pretensão de alterar o PDDU. Pelo princípio da hierarquia das normas positivas, uma Lei Complementar não pode ser alterada ou revogada por meio de Lei Ordinária. Como a norma entrou no ordenamento via “processo legislativo especial”, a única forma de ser modificada é pelo mesmo procedimento em que foi validamente introduzida, sob pena de flexibilização dos ditames constitucionais do processo legislativo.

Em relação ao aspecto Imobiliário, e sabendo que as Unidades de Conservação podem ser instituídas em áreas urbanas, privadas e com índices de aproveitamento construtivos conforme sua classificação específica, torna-se de bom alvitre a municipalidade pesquisar se para a área privada em questão há algum projeto em curso nos órgãos públicos responsáveis pelo licenciamento ambiental de parcelamento do solo urbano, conforme as definições previstas no art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei do Parcelamento do Solo (Lei nº 6.766, de 1979). Ou seja, parcelamento do solo urbano realizado mediante “loteamento” (subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com abertura de novas vias de circulação, logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes) ou por “desmembramento” (subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique abertura de novas vias e logradouros públicos, nem prolongamento, modificação ou ampliação dos existentes).

Em qualquer dessas formas de parcelamento legalmente licenciadas pelo poder público municipal e registradas no Cartório da Zona de Imóveis, o ato jurídico é “perfeito”, e somente pode ser cancelado por decisão judicial. Nesse



caso, o direito de construir está plenamente autorizado e amparado pelo PDDU e leis federais ou regulamentares, por tratar-se do direito de propriedade que cumpre sua função social quando traduzida pela intenção do empreendedor privado em realizar uma atividade econômica construtiva, seja sua destinação residencial ou comercial (arts. 5º, XXII, XXIII, XXIV; 170, II, III e VI; 182, §§ 2º e 3º, da Constituição, de 1988). Nesse caso, existe o direito adquirido do empreendedor de construir. E uma vez iniciada a obra, não pode ser inviabilizada por ato administrativo baseado numa lei nova visando revogar tal direito de construir legalmente conquistado.

Todavia, existem outros meios para alcançar o fim almejado, com o Município procedendo à desafetação das ruas previstas no loteamento, caso tenham sido incorporadas ao domínio público municipal (não necessária no desmembramento) e, posteriormente, desapropriando o terreno com justa e prévia indenização, fato que acarretará em ônus financeiros para a municipalidade. Portanto, é necessário que na lei municipal que cria a Unidade de Conservação haja previsão do *quantum* orçamentário para o Executivo proceder à desapropriação da área privada e evitar a caracterização de “expropriação forçada”.

A Lei nº 6.766, de 1979, preceitua sobre a incorporação das áreas públicas quando aprovado o parcelamento do solo urbano pela municipalidade e registrado no Cartório de Imóveis pelo proprietário, conforme a Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015, de 1973), ocasionando, a partir de então, um título aquisitivo da Municipalidade de caráter indisponível. Dessa forma, desde a data do registro cartorial do loteamento passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, espaços livres e áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos constantes no projeto de licenciamento e no memorial descritivo.

A criação de uma Unidade de Conservação em área urbana, privada e com índices de aproveitamento construtivos somente é realizável via desapropriação por utilidade pública, com o Executivo Municipal transferindo para si a propriedade da área pertencente a terceiro mediante pagamento de indenização, refletindo um “poder-dever” inafastável, sob pena de configurar abuso de poder ou ilegalidade do ato. Assim, será necessária a desapropriação quando ocorrer o completo esvaziamento do conteúdo econômico da

propriedade, situação incompatível com o regime jurídico privado (LEUZINGER, 2002). Ademais, conforme a Lei do SNUC, para que uma Unidade de Conservação seja criada em área privada é necessário que no prazo de cinco anos, a contar de sua demarcação, proceda-se à indenização dos proprietários para que não venha a caducar o decreto executivo correspondente.

Outras vias para que gestores públicos possam utilizar terrenos privados, urbanos e com índices de aproveitamento construtivos objetivando criar uma Unidade de Conservação sem afrontar atos jurídicos perfeitos estão previstas no Estatuto da Cidade, como o Direito de Preempção (art. 25) e a Transferência do Direito de Construir (art. 35). A Preempção é a preferência exercida pelo Município em caso de alienação privada de terreno urbano pelo proprietário, e um dos objetivos municipais é destiná-lo como área ambiental protegida, atuando também na aquisição de remanescentes florestais relevantes para estabelecimento de áreas verdes em zonas urbanas (art. 25 do Código Florestal). Já a Transferência do Direito de Construir autoriza o proprietário de terreno urbano a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto em norma urbanística, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de preservação ambiental.

Abordando o aspecto Administrativo, e em conformidade com o art. 22, § 2º, da Lei do SNUC, a criação de uma Unidade de Conservação por ato do poder público municipal deve ser precedida de estudos técnicos e consultas públicas à população. Por esse requisito legal e com base nas normas que regulamentam, em especial, a profissão dos engenheiros e áreas afins (Lei nº 5.194, de 1966), cuja fiscalização recai sobre os Conselhos Regionais de Engenharia e Arquitetura (CREAs), a apresentação de pareceres técnicos deve atender aos preceitos legais, devendo o profissional possuir registro ou visto profissional no CREA de um estado; encontrar-se habilitado por meio do pagamento de anuidade; e realizar a Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) do parecer técnico no respectivo CREA.

Portanto, conforme o art. 6º da Lei nº 5.194, de 1966, o parecerista técnico, independente do cargo profissional público ou privado que ocupe, deve ter tais precauções para não exercer ilegalmente a profissão. Tipificada a situação profissional do parecerista técnico na condição legal acima referida, tanto o

CREA/CE pode denunciar de ofício o exercício ilegal da profissão, como os possíveis prejudicados pela atuação profissional do parecerista podem representá-lo no CREA.

De sorte, que o parecer técnico avalizando, ou não, a criação de uma Unidade de Conservação pode configurar ilicitude profissional e não ter nenhum valor legal, por representar trabalho técnico de profissional não respaldado por entidade de classe e que não pode ser recepcionado por autoridade administrativa ou judiciária.

### **3 PLANO-DIRETOR DE DESENVOLVIMENTO URBANO E MACROZONEAMENTO URBANO E AMBIENTAL**

Reputa-se também, como obrigação na criação de uma Unidade de Conservação, que a municipalidade respeite os fundamentos da produção do espaço urbano e da preservação ambiental estipulados pelo Direito Urbanístico “objetivo”, ou seja, o conjunto de normas reguladoras da atividade urbanística, cujo papel de ordenar os espaços habitáveis cabe às esferas do poder público, no caso, a União com normas de caráter geral, e aos municípios, com as de caráter particular (MEIRELLES, 1997).

No caso municipal, o conteúdo ordenador da Lei Complementar PDDU dá-se pelo macrozoneamento urbano e ambiental, por meio de mapas e regras que determinam as áreas da cidade para a produção do espaço urbano (*aedificandi*) e à proteção ambiental total ou parcial (*non aedificandi* ou *partim aedificandi*). O PDDU trata da ordenação da ocupação do solo urbano, gestão democrática, função social da propriedade e da cidade (habitar, circular, trabalhar, recrear) e do meio ambiente (preservação e conservação). O PDDU define as zonas urbanas e suas capacidades edificantes (ocupação consolidada, prioritária, moderada, restrita) e as zonas ambientais não edificantes, amortecedoras ou de recuperação ambiental (preservação, requalificação ou interesse ambiental).

No macrozoneamento urbano são estabelecidas diretrizes espaciais da cidade com indicação para cada zona do grau de densidade construtiva, utilizando-se dos instrumentos de Política Urbana e entrelaçando as naturezas de uso, coeficientes de edificação, taxas de ocupação, recuos (frente, lateral,

fundos), dimensões de lotes, alinhamento das construções com a via pública e outros fatores de identidade urbana. (MUKAI, 2006). Já com o macrozoneamento ambiental, o Município elenca dispositivos para promover o zoneamento ecológico-econômico, criar ou manter Unidades de Conservação, definir planos de manejo, ofertar pouco ou nenhum potencial edificante para limitar a expansão urbana, preservar ou recuperar sistemas ambientais degradados e planejar ações públicas e privadas para evitar ou minorar efeitos negativos ao meio ambiente (MALUF; MALUF, 2011).

O macrozoneamento urbano e ambiental e os regulamentos das zonas (caracterização, parâmetros e instrumentos), presentes no PDDU, servem aos poderes municipais para ordenar as funções sociais da cidade, limitar o direito de construir, controlar o gabarito (altura) das construções, estabelecer densidade populacional por zona, organizar núcleos de produção/consumo, estabelecer hierarquia das vias de circulação, integrar o sistema de transporte coletivo, incentivar o turismo, lazer, esporte e cultura, sistematizar a oferta de infraestrutura urbana, estipular a gestão ambiental, identificar áreas verdes e espelhos d'água, recuperar os recursos naturais e delimitar as Unidades de Conservação.

Na criação de uma Unidade de Conservação também é vital que a municipalidade observe que a caracterização legal das terras privadas não esteja em “área urbana consolidada” (*aedificandi*) e com incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), conforme aduz o art. 32 do Código Tributário Nacional, que entende como zona urbana a definida em lei municipal e observada a existência de pelo menos dois melhoramentos construídos/mantidos pelo Poder Público: calçamento com canalização de águas pluviais, abastecimento de água, sistema de esgotos sanitários, rede de iluminação pública, escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de três quilômetros do imóvel em tela. O conceito de “área urbana consolidada” também é estabelecido pela Resolução nº 303, de 2002, do Conama, devendo ser atendidos os seguintes tópicos:

- a) definição legal pelo poder público;
- b) existência de, no mínimo, 4 equipamentos de infraestrutura urbana: malha viária com canalização de águas pluviais, rede de abastecimento de água, rede de esgoto, distribuição de energia elétrica e iluminação pública,

recolhimento de resíduos sólidos urbanos e tratamento de resíduos sólidos urbanos;

c) densidade demográfica superior a 5 mil habitantes/km<sup>2</sup>.

Ademais, para a criação de uma Unidade de Conservação, o art. 22-A da Lei do SNUC aduz que o órgão ambiental competente pode realizar estudos e decretar limitações administrativas provisórias ao exercício futuro de atividades e empreendimentos efetiva ou potencialmente causadores de degradação ambiental, ressalvadas as atividades agropecuárias e/ou econômicas em andamento ou obras públicas licenciadas. Convém lembrar que as áreas definidas como de “utilidade pública”, de acordo com o art. 3º, VIII, “b”, do novo Código Florestal, são, além das licenciadas para parcelamento do solo urbano (licenciamento ou desmembramento), as obras de infraestrutura destinadas às concessões e aos serviços públicos de transporte, sistema viário, saneamento, gestão de resíduos, energia, telecomunicações, radiodifusão, instalações de competições esportivas e mineração.

A criação das Unidades de Conservação, realizada por qualquer ente federado, em especial, pelo Município em áreas urbanas, privadas e com índices de aproveitamento construtivos, necessita observar o macrozoneamento urbano e ambiental no PDDU, que somente pode ser alterado por nova Lei Complementar e com o aval do Conselho Municipal de Desenvolvimento Urbano ou órgão equivalente, conforme o Princípio da Gestão Democrática, respeitando-se a pactuação entre executivo/legislativo municipais e sociedade civil organizada.

Conforme o art. 40 do Estatuto da Cidade, o PDDU é uma norma elaborada via processo pluralista, com acesso de todos aos debates e documentos produzidos, devendo qualquer mudança atender às mesmas determinações legais, tendo em vista sua estrita vinculação com a estrutura orçamentária, englobar todo o território municipal e ter vida útil de no máximo dez anos. Aduz, ainda, o art. 43, I a IV, do Estatuto da Cidade que para a gestão democrática da cidade deverão ser utilizados, dentre outros instrumentos, órgãos colegiados de política urbana, debates, audiências e consultas públicas, conferências sobre assuntos de interesse urbano e lei de iniciativa popular.

## CONCLUSÃO

As Unidades de Conservação representam uma importante ferramenta para a realização do “direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” estabelecido no art. 225 da Constituição Federal, de 1988, e parcialmente regulamentado pela Lei do SNUC e o Estatuto da Cidade. A criação das Unidades de Conservação, realizada por qualquer ente federado, em especial, pelas municipalidades, nas áreas urbanas, privadas e com índices de aproveitamento construtivos, requer análises prévias das regras conexas do Direito Constitucional, Imobiliário e Administrativo perfazendo um *mix* científico-técnico-legal com o macrozoneamento urbano e ambiental expresso pelo Plano-Diretor de Desenvolvimento Urbano (PDDU).

Nesse caso, a preponderância jurídica para a criação de algumas Unidades de Conservação recai imperativamente sobre o PDDU do Município, instrumento cujas diretrizes, objetivos e finalidades do planejamento urbano devem interagir com os mapas e os parâmetros do macrozoneamento urbano e ambiental. O PDDU determina pelo seu macrozoneamento todas as áreas de ocupação urbana e de preservação ambiental, apesar da obrigação de sua revisão a cada dez anos e de forma participativa, uma vez que a dinâmica humana modifica os ambientes da cidade por meio de diferentes fenômenos urbanos. E nesse meio termo, quando for necessária a mudança do PDDU, esta deve ser feita pelos procedimentos legislativos corretos.

Portanto, devem os entes federados, no processo jurídico-administrativo de criação de algumas modalidades de Unidades de Conservação em áreas urbanas, privadas e com índices de aproveitamento construtivos, preferencialmente optar por zonas *partim aedificandi* ou *non aedificandi*. O macrozoneamento urbano e ambiental do PDDU de um dado município define as zonas urbanas em que a produção do espaço urbano, ou o “direito de construir”, pode ser exercido por índices de aproveitamento padronizados ou diferenciados, bem como os terrenos onde será parcialmente exercido, ou não, devido à preservação ambiental.

## REFERÊNCIAS

- BENATTI, José Heder. **Posse agroecológica & manejo florestal à luz da Lei 9.985/00**. Curitiba: Juruá, 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2012.
- BRASIL. **Lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966**. Regula o exercício das profissões de Engenheiro, Arquiteto e Engenheiro-Agrônomo, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5194.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5194.htm)>. Acesso em 9 jul. 2016.
- BRASIL. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6766.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm)>. Acesso em 8 jul. 2016.
- BRASIL. **Resolução CONAMA nº 303, de 20 de março de 2002**. Dispõe sobre parâmetros, definições e limites de Áreas de Preservação Permanente. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA\\_RES\\_CONS\\_2002\\_303.pdf](http://www.mma.gov.br/port/conama/legislacao/CONAMA_RES_CONS_2002_303.pdf)>. Acesso em: 10 jul. 2016.
- BRASIL. **Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza: Lei n.º 9.985, de 18 de julho de 2000**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9985.htm>>. Acesso em 8 jul. 2016.
- LEUZINGER, Márcia. **Meio ambiente: propriedade e repartição constitucional de competências**. Rio de Janeiro: Esplanada, 2002.
- MACIEL, Márcia Albuquerque. Unidade de Conservação: breve histórico e relevância para a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 90, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.ambitojuridico.com.br>>. Acesso em 21 mar. 2013.
- MALUF, Carlos; MALUF, Adriana. **Comentários ao Estatuto da Cidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito urbanístico brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1997.

MILANO, Miguel Serediuk. Porque existem as Unidades de Conservação? In: Miguel Serediuk Milano (Org.). **Unidades de Conservação: atualidades e tendências**. Curitiba: Fundação O Boticário, 2002, p. 193-208.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. São Paulo: LTR, 2009.

MUKAI, Toshio: **Direito urbano e ambiental**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.



*SENTIDOS DE NATUREZA VIA MÉTODO  
FENOMENOLÓGICO-HERMÊUTICO  
EIXO TEMÁTICO: AMBIENTAL*

---

Patrícia Medina



## INTRODUÇÃO

Heidegger (2006) diz que quanto mais conhecido e óbvio o assunto que a pergunta questiona, tanto mais essencial ela é. Acerca da pergunta, o que é a natureza? Parece indagar o que qualquer um já sabe. Este estudo movimenta-se para reconstituir os sentidos à resposta desta pergunta que parecem ser aquelas cujas respostas, se procuradas, seriam encontradas em todo lugar. Todo lugar é o das vivências, do sentido originário sobre o interrogar como encaminha o método hermenêutico fenomenológico tratado no parágrafo 7º da obra *Ser e Tempo*, nos parágrafos 5º e 6º, nos quais Heidegger trata do ser-aí como desencobrimento e da desconstrução das ontologias tradicionais e, no curso *Os Problemas Fundamentais da Fenomenologia* proferido em 1927.

O método fenomenológico vem sendo utilizado nas pesquisas jurídicas porque demonstra como o solo linguístico é a condição para que as coisas se mostrem ao intérprete. Gadamer afirma:

Para que algo se mostre é necessário um desentranhamento do encoberto, a fim de que ele possa chegar a mostrar-se. Portanto, a palavra “fenomenologia” não significa apenas “descrição daquilo que é dado”, mas inclui a supressão do encobrimento que não precisa consistir apenas em falsas construções teóricas. (GADAMER, 2007, p. 16).

Ademais, este escrito constitui parte das reflexões de pesquisa acerca da relação homem-natureza e a dimensão formativa no ponto de vista da fenomenologia do cuidado que resultou em tese de doutoramento. Aqui serão apresentadas as acepções de natureza por considerá-la como questão originária, mas também será demonstrada a dimensão operativa do método fenomenológico heideggeriano uma vez que ele reconstrói o método de investigação. Nele, o como operar se desatrela do jugo teórico do método cartesiano e abre caminho para o tempo, para a história como padrão de pensamento e simultaneamente rompe com a descrição daquilo que é dado a ser descrito pelo acontecer da existência situada na história. Não há na fenomenologia heideggeriana o dualismo sujeito-objeto.

[...] essa dimensão originária caracterizada como horizontal, mundana e histórica será hermenêutica, pois todas as possibilidades de comportamento humano (prático ou teórico) são determinadas pelas estruturas prévias sedimentadas historicamente no interior desse horizonte fático. Colocando essa questão de outra forma, podemos dizer que Heidegger denuncia que o modo de colocação dos problemas em geral depende das estruturas hermenêuticas que foram paulatinamente se formando no interior da tradição, nem a ciência, tão menos a filosofia está fora do alcance desse horizonte fático. (MIRANDA, 2015, p. 11).

Isso afeta diretamente o pensar as questões das ciências humanas e sociais aplicadas, uma vez que estas só podem ser ajuizadas na radicalidade da própria existência, nunca segundo a alegação de um mundo paralelo no qual os dados sejam pensados hipotética e artificialmente de um modo suprassensível como pretendia a fenomenologia husserliana. Mesmo questões teóricas como a proposta implicam sempre uma pré-compreensão do intérprete, pois só se reconhece aquilo do qual se possui uma compreensão.

Ora, a questão-problema: O que é natureza? Diz da nossa (humana) relação de base com a natureza. Diz menos sobre o conhecimento da natureza, pois este conhecimento é abundante e de tal monta permite o domínio sobre ela. Não é uma questão da ciência natural – embora ela esteja propriamente em questão –, mas como os homens estão conectados àquilo que é natureza enquanto tal e como totalidade em dado tempo.

As preocupações com a condição de ameaça e perigo ao ambiente natural não são de agora<sup>1</sup>. Mais recentemente, é generalizada a percepção de que a relação humana com o ambiente natural implicou uma degradação de tamanha

---

<sup>1</sup> Já no século XIX, George Perkins Marsh diplomata americano passou em revista, em forma de denúncia, as transformações naturais resultantes das ações humanas desde a antiguidade; abordou sobre a fauna, flora, florestas, águas e areias. No Brasil, desde 1815, José Bonifácio Andrade e Silva escrevia sobre a perda dos bosques em Portugal e, a partir de uma visão crítica, voltou-se contra a agricultura escravista brasileira e o uso de tecnologias rudimentares que acabariam por transformar nosso “belo Brasil” em deserto como o da Líbia. (que foi fornecedor de grãos, durante séculos, para Portugal) SILVA, J. B. de A. Representação à Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil sobre a escravatura. In: *Obra política de José Bonifácio*. Brasília: Senado Federal, 1973.

envergadura que é crítica a capacidade de a Terra suportar a habitação humana sobre ela no modelo vigente baseado no consumo. Tal cenário constitui desafio a todas as áreas do conhecimento, a ponto de estabelecer-se como tema transversal em todos os níveis da educação.

Para Heidegger (2006), o que caracteriza a fenomenologia, ou seja, a redução implica deslocar o olhar do ente em direção ao ser, de modo que se manifeste aquilo que permaneceu oculto no que se mostra; nesse caso, no chão das interpretações possíveis a escolha recaiu à natureza.

Na mesma obra, o autor afirma que para além da realidade está a possibilidade. A compreensão da fenomenologia consiste unicamente em apreender a possibilidade que se dá em pensar aquilo que ficou irrefletido, ou seja, o sentido do ser. Para ele, no entanto, o conceito de ser não é algo manipulável como um objeto, também não é próprio descrevê-lo teoricamente como se faz com um ente. Ser é um conceito operativo, que produz efeito. Isso implica aceitar que sempre que se lida com algo ou se pensa sobre algo, já aconteceu o ser, mas acontece num horizonte de sentido que nunca chega a completar-se, a obter a plenitude, pois não representa mera realidade, mas determinada possibilidade interpretativa que está vinculada ao próprio modo de o ser do intérprete ser; sensível resultado atrelado à situação.

## **1 SENTIDOS DE NATUREZA**

Quando se diz natureza, normalmente são invocados um dos dois significados da palavra: pode significar todas as coisas que fazem parte do mundo e que não são nem seres humanos nem feitos por seres humanos, direta ou indiretamente. Esse sentido congrega as matas, os animais, o mar, as bactérias, os ventos, as tempestades, também os bichos que vivem entre os homens assim como os selvagens, também os campos, as flores do jardim crescidas nos parques das cidades. Contrário senso, casas, automóveis, microcomputadores, documentos, ruas, redes de energia não são coisas naturais. Também é possível conotar como natureza tudo aquilo que deixa as coisas naturais, nessa acepção: estar de acordo com a natureza ou o ser das coisas naturais.

Entretanto, aquilo que precisa ser tomado como uma coisa natural é determinado pela maneira como se interpreta a natureza que serve como parâmetro para avaliar se uma coisa é de fato uma coisa natural. Se natureza é tomada como aquilo que existe sem grande intervenção humana, é possível afirmar que um animal é uma coisa natural, a casa não é, e um jardim pode ser quanto não ser natural, pois dependerá do quanto foi “modificado” pela intervenção humana. Por certo se deve ter que não há uma única definição da palavra natureza, pois se trata de investigar o modo como alguém significa esta palavra.

Assim, da interpretação heideggeriana de técnica, é possível depreender a explicação de um sentido da palavra natureza. De fato, Heidegger diz que a maneira predominante como a natureza tem se manifestado consiste na sua permanente disponibilidade como uma reserva. A natureza é uma gigantesca bomba de combustível, uma fonte de energia para a técnica e a indústria moderna (HEIDEGGER, 2008a). Nessa frase, não parece se tratar de um exemplo empírico, para dar expressividade ao texto, mas de uma dimensão concreta, de um entendimento cuja convicção que prevalece é a de que a natureza, por definição, “deve” nos abastecer.

Em *Ser e Tempo*, publicado em 1927, encontra-se a gênese dessa ideia, uma vez que Heidegger refere como acepção de natureza aquela coisa que é indiferentemente presente a uma observação distanciada, como aquilo que está “à mão”. Explica que antes que a natureza se torne o objeto de um olhar desinteressado, precisa ser desvendada pelo nosso envolvimento e interações preocupados para com ela. Ou seja, que o acesso ao mundo não se dá mediante análises teóricas, investigações formais, mas pelo discernimento das experiências.

Na fenomenologia heideggeriana, antes de os entes se tornarem meros objetos, precisam ser primeiro revelados como pragmatas, como aquilo que alguém precisa fazer nos seus procedimentos interessados, ou, antes de se terem as distinções entre os valores e fatos, a natureza é mais radicalmente desvendada como algo sempre já significado. Como se dava aos brasileiros do sul, outrora, relativamente ao vento minuano, este era descoberto, percebido, não como uma forte corrente de ar de origem polar e sentido sudoeste que era presente nos finais de inverno. Era desvendado, “lido” como sinal de bom

tempo, de sol, tempo bom para o plantio, ou para por as roupas para fora “pra tomar um ar”. O mesmo com a floração precoce dos maricás, que, para os interioranos e antigos, não advinha de uma condição climática própria, mas sim que deviam se preparar para um inverno longo e frio, para guardar mais alimentos e tricotar novas meias. Esses eventos não eram manifestações simplesmente, como um fato, um conhecimento científico, um informe climático ao qual, por acréscimo, se atribuía algum valor, mas como algo inerente às “lidas da roça ou domésticas”. Sentidos constituídos, conceitos operativos desvelados pela existência.

Assim como os demais entes, os da natureza quase nunca estão simplesmente presentes, “à mão” para serem, após exame, significados, mas como estando à mão na importância, no valor para as nossas ocupações ou preocupações. Heidegger (2002, parágrafos 14 e 15) afirma que a natureza não é habitualmente desvelada como uma “dádiva”, mas como o ambiente natural, como o que nos envolve e está junto de nós desde sempre. Esclarece, contudo, que essa proximidade pode ser ignorada, e, somente neste caso, a natureza se apresentará a nós como meramente presente; neste caso, a natureza que nos agita e contém, provoca-nos e encanta como paisagem, permanecerá oculta. Embora se constate crescente que o mercado capitalista passou a utilizar a natureza, nas cidades, como objeto rentável, apropriando-se de forma exploratória enquanto mercadoria cosmética, alimentícia, imobiliária. (OLIVEIRA, J.; OLIVEIRA, R., 2015).

À medida que a natureza se torna puramente presente, o envolvimento originário com ela é encoberto; essa interpretação é elaborada nos pensamentos de Descartes (1596-1650) e de Immanuel Kant (1724-1804). É por interpretar a natureza como constantemente presente que a faz defini-la como *res extensa*<sup>2</sup> e escolher a matemática como a maneira pela qual se assegura a presença. A filosofia moderna estreita relações com essa interpretação, a natureza já não é mais dádiva, ao invés disso, ela é lançada à base da autofundamentação do *ego cogito* de Descartes ou da apercepção transcendental de Kant. Neles, a natureza é postulada como constantemente presente à subjetividade nas suas capacidades de mensuração e cálculo. Essa

---

<sup>2</sup> A extensividade é aquilo que está sempre e necessariamente presente nos entes corpóreos.

percepção de natureza não é meramente um olhar teórico sobre a presença do que está à mão, sobretudo uma colocação e um estabelecimento dessa presença: uma representação. Os entes se transformam em objetos/*ob-jectum* que literalmente significam aquilo posto perante um sujeito. Este também é o modo básico da ciência moderna experimental. Ela não só estabelece de antemão a estrutura conceitual, mas constrange a natureza a dar as respostas às questões, a mostrar-se a partir dessa estruturação. Relativamente à natureza, é possível dizer que a ciência moderna serve de ponto de partida para a tecnologia, a técnica moderna; a ciência não apenas preparou o caminho por prever os modelos, as explicações e os dados que serão utilizados pela tecnologia. Faz mais, porque não só contempla a natureza, mas postula e projeta uma posição da natureza que assegura, *a priori*, a maneira como ela estará presente. Ou seja, a ciência ataca, força, exige que a natureza se exponha pela via do cálculo e da objetividade.

Heidegger (2008a) esclarece que este aparecer obtido pela extorsão não é falso ou ilusório, diz que, apesar do ataque, a pesquisa científica deixa a natureza se desvelar na sua objetividade, mas este é só um dos modos de revelação. Por conseguinte, há outro aspecto que a ciência moderna ou a tecnologia não revelam, e que não pode ser acompanhado: é a plenitude essencial da natureza que nunca pode ser evitada e que originariamente é evocada como *physis*.

Ora, se os mecanismos da ciência e da técnica não dão conta de abarcar a natureza em sua plenitude é porque antes que ela seja estabelecida como objeto, seja ordenada, seja reserva ou recurso, a natureza é por si própria. A esta autoemergência, este desvelamento por si mesmo, Heidegger afirma que os gregos diziam *physis*.

Nessa terceira acepção de natureza, ladeada pela reserva permanente e objetividade, a *physis* está em inerente afinidade com a ideia de ordem imanente, ou seja, está contida de maneira independente, de tal modo que permeia os movimentos e processos da natureza, pois originariamente não designava somente os entes físicos ou os domínios dos entes, ou as dualidades, céu-terra, natureza-arte, mas uma feição do ser enquanto ser (GONÇALVES, 2006).

É nesse sentido que o ser do ente emerge e volta constantemente a si próprio.



O conceito de *physis* significa ser como presença e em igual grau de autorretração, retraimento, encobrimento. Como se dá à planta, ao tamarindeiro do meu jardim, que se revelou em crescimento a partir da semente e se abre/crece na exata medida em que suas raízes tomam o sentido oposto, escondem-se, fecham-se para assim permitir ao “tamarindeiro” se revelar como árvore. O autoemergir inclina-se simultaneamente para a auto-ocultação, que não é fechamento, mas um abrigar-se que permite que a essencial possibilidade (de ser árvore) seja preservada. O que a ciência e tecnologia moderna fazem é violar essa autorreserva, exigindo a presença de modo incontrolado, na forma de reserva permanente o que conduz a terra a situação de degradação, ou para Heidegger, devastação.

Para o filósofo, a *physis* não pode ser significada simplesmente como o terceiro sentido de natureza, tampouco como o sentido primário em função de sua origem, pois o sentido mais arraigado de *physis* é de simples presença. O que Heidegger faz é desconstruir o conceito para recuperar os fenômenos que serviram para encobrir o sentido originário e positivo de natureza que é *physis*. Movimento requerido pelo método e aplicável a todas as interpretações que se venha proceder em todas as áreas do conhecimento.

Se a *physis* assume o sentido de perdurar, de permanecer, pode ser entendida, também, como essencial, como aquilo que prevalece, ou seja, predomina. Nessa acepção de essencialidade, o que é mais interno de algo, o que de alguma forma permanece, diz-se usualmente: sua natureza. O que é essencial nos toca, sensivelmente, como humanos. Nós significamos. Não é pela inspeção isolada do que simplesmente se apresenta à mão que se dá o envolvimento com aquilo que significamos. As coisas revelam-se elas próprias pelo nosso envolvimento. A natureza e o essencial podem ser compreendidos por intermédio do persistir significativo que pertence à autoemergência.

Essencial não está para o que é oculto, escondido. Ao contrário, a fenomenologia nos diz que é o que perdura no âmbito de qualquer fenômeno; que o essencial tem a ver com características que não precisam do aval da razão, pois elas próprias se apresentam, expressam-se, expõem-se. O essencial tem a ver com perdurar. Assim se dá com a natureza. Mostra-se a si própria, não perdura para sempre; nas formas vivas, são até fugazes, mas mantêm, via autoemergência, a essencialidade que as torna reconhecíveis. Também na

forma viva, nunca se mantêm absolutamente iguais a si próprias, mas *são* próprias, singulares, nessa autoamostragem. Não há duas árvores iguais, duas flores, dois rios, dois homens, mas suas essenciais os tornam reconhecíveis em qualquer situação.

As formas vivas, recém-citadas, compõem um aspecto predominante do ambiente natural. A vida constitui o conceito primário de natureza. Na sua forma negativa é que é adjetivada: natureza morta. O contrário é o “natural”, o normal. Jonas (2004) diz que o conceito de natureza e de vida tem sido usualmente tomado como sinônimos. Whitehead (1994) dizia que a natureza é um complexo de entes em relação, cuja ênfase é a relação, e que é em decorrência da separação exacerbada entre natureza e vida que Descartes “envenenou” toda filosofia subsequente.

Alguns aspectos podem ser tomados para explicar o entendimento de natureza como vida. Primeiramente, porque a vida é facilmente distintiva no ambiente natural, prestamos especial atenção às coisas vivas. Somos ensinados, mais frequentemente, a distingui-las no meio, a prestar-lhe atenção; também para o cuidado, o desvelo que tendemos a dar às coisas vivas. Não simplesmente por prestar atenção, mas por estimá-las e respeitá-las e, finalmente, o mais óbvio, que é na dimensão da vida que ocorre a interface entre os seres humanos e a natureza, justamente porque estão vivos; por afinidade.

As coisas vivas nos envolvem, chamam a atenção, estabelecem relações entre si, isso se deve à autoemergência. É porque o vivo está aberto para aquilo que está à sua volta. É nos seres vivos que a autoemergência se mostra uma formidável diversidade, que nos humanos é intensificada pela linguagem e pela razão. Essa diferença, no entanto, dos humanos e dos demais vivos, não demanda diferente hierarquia na ordem natural, ao contrário, protesta à proteção do restante da natureza, sancionam Jonas (2004), James Lovelock (2001), Lynn Margulis (2002) e Anne Primavesi (2008).

Ainda outro sentido a partir de *physis* que não é somente autoemergência é, em igual tempo, autorretração. A região fechada que sustenta a autorretração é a terra. É da terra que surge a *physis* e para onde se retiram todas as coisas naturais quando se voltam para si mesmas no autofechamento. Muitos dos exemplos de Heidegger expressam essa dimensão, as plantas todas se mantêm

fixas, e evidenciam sua essência voltando suas raízes para elas, fixam-se em seu fechamento. Só por meio desse movimento elevam-se, mantêm-se eretas. “A terra é o sustento de todo o gesto de dedicação. A terra dá frutos ao florescer. A terra concentra-se vasta nas pedras e nas águas, irrompe concentrada na flora e na fauna” (HEIDEGGER, 2008b, p.129). O local dessa retirada, o elemento que é fundamental, que leva à natureza fundamental, à natureza fecunda, pois fértil, pois *húmus* é a terra. Seja expressão poética ou fática, é o lugar da autorretirada. É também ela que faz surgir a *physis*, pois é aquilo para o qual se retira e assim sustenta a autoemergência. Como terra, a natureza é o lugar de onde emanam ao mundo as autoemergências. Se a planta consiste de terra, a jarra que é feita de argila, o tijolo que constituiu as colunas da varanda da casa, aquilo que está sob os pés dos homens, também é.

Nesse sentido, terra é algo muito mais abrangente, em sua profundidade, é uma região do mundo. Em Heidegger, a terra juntamente com o céu, os mortais e os deuses formam a quaternidade, o *Geviert*, à moda poética, pode construir a habitação humana, o morar poeticamente, que requer resguardar e “salvar a terra” (p. 130) da tecnologia moderna para a qual a terra se tornou matéria-prima, fundo de reserva. Não se trata de considerar somente a literalidade dos impactos, mas as devastações que causa o habitar a terra à moda do pensamento calculador, pois a “cultura antropocêntrica vê a natureza não humana como um constituinte não essencial do universo, de maneira que as necessidades desta são sistematicamente omitidas das considerações nos processos decisórios” (GOMES, 2015, p. 26). A grande ameaça é para a autoemergência. A tecnologia viola a terra, o escondimento, e todas as autoemergências em suas essências. Os terrenos nivelados suportam somente um habitar homogeneizado, a terra intoxicada de fertilizantes produz frutos envenenados. Mesmo violada a terra produz. Somente produz; como um sistema à medida exata do planejado.

Resguardar diz: “abrigar a quadratura em seu vigor de essência. O que toma para abrigar deve ser velado” (HEIDEGGER, 2008a, p.130). Como? Diz: os homens conseguiriam habitar somente se fosse como uma “de-mora”<sup>3</sup> sobre a terra, sob os céus, diante dos deuses, com os mortais. Habitar é resguardar, o

---

<sup>3</sup> Como forma de deter-se, apreender, captar com paciência, em longo tempo. Com cuidado, zelo, atenção.

habitar preserva a quaternidade naquilo junto do que os homens se demoram: nas coisas. A demora, o deter-se, dá-se na simplicidade. Essa simplicidade constitui o resguardo, mas não como algo acrescido aos quatro, ao contrário. “A demora junto às coisas é o único modo em que a demora própria da simplicidade dos quatro alcança na quadratura” (p. 131). Como isso acontece? Quando os homens cuidam e protegem as coisas em seu crescimento ou quando edificam de maneira própria coisas que não crescem.

Para o pensamento mítico grego, o mundo era cosmos, segundo Gonçalves (2006). Compreendiam que os deuses primordiais foram Geia, Eros e Caos. Geia, a terra, concebeu, a partir de si mesma, um filho: Uranos, o Céu. Conservam uma ligação, uma união quase eterna que os torna uno, iguais, incapazes de serem diferenciados, até que o filho dessa união, Cronos, o Tempo, em sua forma genuinamente negativa<sup>4</sup>, separa, de forma brutal, Geia e Uranos. Assim, originou-se o dia e a noite. Mesmo separada do Céu, a Terra continua a ser uma deusa poderosa e sábia, pois acumulou todo o conhecimento e sabedoria da verdade do que se deu anterior ao Tempo. Geia, a Terra, é a mãe originária de todos os deuses e sabe de todos os tempos, até mesmo do futuro, assim o cosmos é uma ordenação. Céu, terra, tempo em constância e regularidade: dia e noite. Também para Heidegger a *physis* constitui uma região: o mundo<sup>5</sup>. Na quaternidade, a terra é tomada como referência de espaço e limite. Os céus que correspondem a uma das dimensões do mundo que estabelecem relações com a terra, pois é por meio do espaço entre eles que o mundo verdadeiramente habitável pode ser criado com as relações entre os

---

<sup>4</sup> Na sua forma positiva, o Tempo é Kayros. Diz-se do tempo correto, o tempo próprio de todas as coisas, definido pela natureza própria da coisa: tempo de germinar, tempo de prontidão para colher, tempo de despertar.

<sup>5</sup> Porque o Dasein tanto compartilha o mundo em cotidianidade comum como sabe sobre o mundo como faz mundo. Dasein tem consciência do mundo e está familiarizado com o mundo, mas não está determinado, ao menos em parte, o Dasein faz a si mesmo, por isso necessita de um mundo no qual estar. O mundo do Dasein é um mundo de significâncias. Mundo e Dasein não são entidades que se autoconstituem em separado, mas se complementam. O mundo é mais que uma coletânea de coisas e o homem pensante. Também não é um mundo de contemplação, mas um mundo de abordagem cuidadosa. Heidegger, Martin. Os conceitos fundamentais da metafísica: mundo, finitude, solidão. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2006.

céus e os mortais. A terra não se auto-habita, tampouco o habitar pode prescindir dos céus. O morar de Heidegger não deve ocorrer somente sobre a terra, mas sob os céus.

Nada que se dê sob o céu e sobre a terra, do nascer ao pôr do sol, o ciclo do dia, as estações do ano e as suas mutações, as trevas das noites, as nuvens e a profundidade azul do céu (2008b, p.129) pode ser indiferente ao homem, cada uma dessas coisas nos dá direção ou sentido e uma dimensão cronológica, mas não necessariamente nesta. Esta dimensão, a cronológico-normativa, é muito perceptível em algumas culturas, e tanto mais forte quanto mais bucólico é o homem, pois é a terra e os céus, a lua e os deuses, os dias de guarda, por exemplo, que ditam todos os tempos.

Há também de se considerar a natureza em seu sentido sagrado. Em Giordano Bruno (1978), a crença de a natureza era entendida como expressão de Deus, como uma manifestação divina. Também em Schelling (2001) a natureza é exaltada como elemento da vida divina. Ainda hoje não foi esquecida, fazendo, como se poderia dizer, parte do conjunto de crenças da humanidade, entre os aborígenes, hindus e veganos, por exemplo. Aqui, a natureza é resultante de um ato de criação: um produto de um criador, que dispôs ao homem para o bom uso.

Teorias contemporâneas que possuem substratos semelhantes têm sido defendidas pelo químico inglês James Lovelock, baseado nos estudos da bióloga Lynn Margulis e da teóloga Anne Primavesi<sup>6</sup>, que desenvolveu a teoria coevolutiva, cujas premissas são: cada organismo é valorizado pelo que é em si mesmo e “importa” em relação ao todo; cada entidade é um ser singular, portanto, basicamente inclassificável em graus, pois o valor intrínseco se baseia na gratuidade do amor de Deus por ela; cada entidade está presente e vívida na memória de Deus e, por fim, que o valor das criaturas não humanas não está na forma ou na medida como contribuem para a qualidade da vida do

---

<sup>6</sup> Entrevista enviada por escrito ao Instituto Humanitas Unisinos (IHU), online, traduzida por Luís Marcos Sander, publicada em 6 de outubro de 2010. Disponível em <<http://www.ecodebate.com.br/2010/10/06/gaia-sagrada-as-relacoes-entre-ecologia-feminismo-e-cristianismo-entrevista-com-anne-primavesi/>>. Acesso em 20 abr. 2016.

homem e, por isso, têm direito à sua própria qualidade de vida. Também aqui como sagrada, a natureza é dádiva.

Para Heidegger a natureza enquanto *physis* é o sagrado, não porque seja natureza, mas porque a *physis* revela o sagrado das coisas, sejam elas coisas naturais ou do mundo. Na conferência *O que quer dizer pensar?* (2008c) afirma-se que o caráter fundamental do Ser é o vigor, a presença, pois presença é o vigorante, é o que dura a partir de um âmbito de desencobrimento e, desse modo, se faz presente. Ora, se é no vigor da *physis*, na autoemergência que o sagrado, que a santidade, se expressa, a natureza enquanto *physis* é sagrada, desde que se guarde, que se mantenha em vigor, que se faça presente, que se deixe apresentar.

No mundo tecnológico é este vigor que se retira das coisas, o cuidado se ausenta do mundo, e assim o sagrado. A natureza, quando muito, mas sempre sob pagamento, transforma-se num objeto a ser olhado e explorado pela indústria imobiliária, da publicidade e do turismo; pelo direito que explora a fórceps (busca) a verdade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O recorte deste artigo se ocupou em responder à pergunta O que é natureza? Considerando-a essencial às questões do direito do ambiente. A essência das coisas implica uma entrega, logo, uma ação: entregar a coisa à sua essência. A permanência em sua essência implica um uso, não no modo extremado da exploração que exaure e extingue a essencialidade das coisas, mas um uso edificante.

Assim se constituiu o caminho para responder à pergunta, não por teorias que podem se transformar em dogmas e as hipóteses que podem condicionar e vincular a investigação científica, prefixando seus resultados que afrontariam a fenomenologia que busca a fecundidade. O importante para a fenomenologia, e aos propósitos deste artigo, é desvelar, se for possível, o segredo das coisas. Ela é, antes de tudo, uma ciência descritiva, e não explicativa.

Assim, não encontra a resposta certa, mas a expressividade de múltiplas possibilidades interpretativas todas, desde sempre, condicionadas pelos

parâmetros compreensivos e pré-compreensivos do intérprete, e tem neste o constante ponto de partida e chegada para novas circularidades, pois não busca a verdade determinada e validada pela certeza no sentido cartesiano. Ultrapassa a visão habitual que tem um conjunto de métodos e técnicas destinados a interpretar a essência de uma norma, de um código, de uma expressão cultural, e tem a ver com a relação entre o homem e o real.

Na vertente fenomenológico-hermenêutica, opera-se a investigação numa perspectiva de liberar aquelas possibilidades que os encobrimentos presentes na própria tradição tendem a esconder. Toma-se como ponto de partida a microanálise da cotidianidade na experiência de fazer aparecer as próprias possibilidades deste ente as quais permanecem encobertas pelo relacionar-se cotidiano com os entes que ignoram a compreensão não temática do ser que as interpretações fenomenológicas podem, porque visam, trazer à tona.

O presente artigo elegeu tal abordagem como um dos métodos importantes para a elaboração de pesquisas em direito. Quaisquer das perspectivas fenomenológicas husserliana, heideggeriana ou na hermenêutica gadameriana podem e têm contribuído nas pesquisas jurídicas porque demonstram como o solo linguístico é a condição para que as coisas se mostrem ao intérprete.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Senado Federal. **Obra política de José Bonifácio**. Brasília: Senado Federal, 1973.

BRUNO, Giordanno. **Sobre o Infinito**. São Paulo: Abril, 1978. (Coleção Os Pensadores).

GADAMER, Hans-George. **Hermenêutica em retrospectiva**. A virada hermenêutica. Tradução de Marco Antônio Casanova. Petrópolis: Vozes, 2007. v. II.

GOMES, Ana Carolina Alcantarino Jardim. (Re)pensar a humanidade e a natureza: a crise ecológica no pensamento moderno ocidental. *In* Direito ambiental e socioambientalismo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Luis Renato Vedovato, Fernando Antonio De Carvalho Dantas, Marcelino Meleu – Florianópolis: CONPEDI, p. 8-36, 2015.

GONÇALVES, Márcia. **Filosofia da Natureza**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 12. ed. Trad. de Márcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002. Partes I e II.

HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos fundamentais da metafísica**: mundo, finitude, solidão. Trad. Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

HEIDEGGER, Martin. A questão da técnica. *In*: **Ensaios e Conferências**: Martin Heidegger. Trad. Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel, Márcia Sá Cavalcante Schuback. 5. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008a. (Coleção Pensamento Humano), p. 11-38.

HEIDEGGER, Martin. Construir, Habitar, Pensar. *In*: **Ensaios e Conferências**: Martin Heidegger. Trad. Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel, Márcia Sá Cavalcante Schuback. 5. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008b. (Coleção Pensamento Humano), p. 125-141.

HEIDEGGER, Martin. O que quer dizer pensar? . *In*: **Ensaios e Conferências**: Martin Heidegger. Trad. Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel, Márcia Sá Cavalcante Schuback. 5. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2008c. (Coleção Pensamento Humano), p. 111-124.

MIRANDA, Daniel Carreiro. Hermenêutica em Heidegger: a negatividade ontológica constitutiva da existência. *In*: **Hermenêutica jurídica** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara; coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho, Rubens Beçak, Rodolfo Viana Pereira – Florianópolis: CONPEDI, p. 5-30, 2015.



JONAS, Hans. **O princípio vida**: fundamentos para uma biologia filosófica. Trad. Carlos Alberto Pereira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.

LOVELOCK, James. **A Vingança de Gaia**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2001.

MARGULIS, Lynn. **O que é vida?** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

OLIVEIRA, Juliana Campos; OLIVEIRA, Rafaela Campos. A apropriação da natureza pelo marketing imobiliário em Salvador, Bahia, no contexto de uma sociedade de risco ambiental. In: **Direito ambiental e socioambientalismo II** [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Luis Renato Vedovato, Fernando Antônio De Carvalho Dantas, Marcelino Meleu – Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 2-28.

PRIMAVESI, Ann. **Gaia and Climate Change**. New York: Routledge, 2008.

SCHELLING, Friedrich W. J. **Ideias para uma filosofia da natureza**. Prefácio, introdução, notas e apêndices de Carlos Morujão. Edição bilíngue. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2001.

WHITEHEAD, Alfred N. **O conceito de Natureza**. Trad. Júlio B. Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1994.



*PRESERVAÇÃO DA CULTURA E OS CONFLITOS  
SOCIOAMBIENTAIS: OS POVOS QUILOMBOLAS NO  
ESTADO DO TOCANTINS E O DILEMA ENTRE DIREITOS  
FUNDAMENTAIS E SANÇÕES AMBIENTAIS*

---

Leonardo Matheus Barnabé Batista  
Jéssica Painkow Rosa Cavalcante  
Armando Soares de Castro Formiga



## INTRODUÇÃO

A Secretaria de Cidadania e Justiça do Tocantins (SECIJU) estima que 37 comunidades quilombolas no Tocantins nem sequer entraram com processo em busca de reconhecimento territorial (JORNAL DO TOCANTINS, 2015).

Na Região do Jalapão, situada no Sudeste do Estado, notadamente nas cidades de Mateiros e Novo Acordo, localizam-se as comunidades quilombolas denominadas de Mumbuca, Galheiros, Fazenda Nova, Boa Esperança, Mata Verde, Ambrósio, Formiga, Carrapato e Galhão. Grande parte dessas comunidades é composta por descendentes de índios e escravos que habitam aquelas terras por mais de cem anos, sendo a Mumbuca a mais antiga. (SCHMIDT, 2007, p. 25)

Em 2001, implantou-se uma unidade de conservação de proteção integral, dada a relevância política e ecológica do sítio do Parque Estadual do Jalapão. Apesar de dividirem o mesmo espaço, essas comunidades apresentam distintas matrizes culturais, assim como perspectivas dessemelhantes sobre a conservação do meio ambiente.

Nesse sentido, com a implantação das unidades, o Instituto Natureza do Tocantins (NATURATINS) e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBIO), responsáveis pela conservação do meio ambiente no Estado, intensificaram a fiscalização na Região, ocasionando a lavratura de inúmeros autos de infrações ambientais às famílias quilombolas, por motivos condizentes às práticas costumeiras e centenárias, desenvolvidas tradicionalmente por aquele povo, como, por exemplo, a implantação de roça de toco e a retirada de madeira para fabricação das casas na comunidade.

Muitas vezes, tais infrações são lavradas por meras formalidades burocráticas – geradas pela falta do reconhecimento dos direitos dessas populações e qualificadas pela desinformação de quem vive no campo – ou pela morosidade de o Estado regularizar as terras e efetivar o direito a criar, fazer e viver, conforme a tradição, os costumes e a cultura daqueles remanescentes.

Resta analisar a situação fática da comunidade quilombola em questão, partindo de premissas lastreadas em direitos fundamentais que torneiam discussões sobre minorias, direitos culturais e sociais, a fim de se chegar a um

ponto confluyente e encontrar, no caso específico das comunidades quilombolas do Tocantins, o motivo ou justificativa para o entrave à concessão desses direitos, além de expor a contenda social tão debatida entre sociólogos e filósofos (já) pós-modernos.

A motivação para estudo do objeto desta pesquisa guarda relação na trajetória dos proponentes, que são tocantinenses e sentem responsabilidade para com o resgate dos direitos fundamentais dos povos tradicionais do Tocantins. Para isso, foi necessária, além da pesquisa bibliográfica, uma pesquisa documental nos registros da Defensoria Pública Agrária do Tocantins e Naturatins, bem como participação na reunião que tratou da problemática presente neste artigo. Deste evento, foram retiradas as informações iniciais, que desenvolvem o objeto deste estudo, com a coleta dos argumentos das instituições e os representantes dos povos impactados. Daí, somada à análise dos documentos colhidos e das leis pertinentes ao caso, foi possível chegar à conclusão que se mostra neste artigo.

## **1 DIREITOS CULTURAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL**

De acordo com Paulo Bonavides (1996, p. 517), o lema francês liberdade, igualdade e fraternidade exprimiu em três palavras (princípios) o conteúdo dos direitos humanos fundamentais, servindo como representação para três gerações de direitos.

Em sua primeira geração, foram constituídos os direitos civis e políticos, sendo reconhecidos como direitos de oposição do Estado, correspondendo ao momento incipiente do constitucionalismo. Os direitos dessa geração são os direitos da liberdade.

A segunda geração corresponde aos direitos de igualdade, tendo como influência o pós-guerra, aqui se têm os direitos econômicos, sociais e culturais. Já a terceira geração é representada pelos direitos da fraternidade/solidariedade, enquadrando o direito à paz, ao meio ambiente, de propriedade, entre outros.

Nesse sentido, tem-se o direito cultural como direito fundamental do ser humano, pertencente aos de segunda geração, sendo ele o fruto de evoluções de ideias e práticas dos direitos humanos no pós-guerra.

Em síntese, os direitos assegurados aos povos são: o direito à identidade cultural e o direito-dever de cooperação cultural internacional, ambos relacionados. Bernardo Mata-Machado (2007, p. 4) ainda propõe de antemão a seguinte lista de direitos culturais:

(...)direito autoral, direito à participação na vida cultural – que engloba os direitos à livre criação, livre fruição (ou acesso), livre difusão e livre participação nas decisões de política cultural – o direito à identidade cultural (ou de proteção do patrimônio cultural) e o direito/dever de cooperação cultural internacional. Além desses, já formulados nos diversos documentos, acrescentamos um outro, ainda em fase de construção: o direito à subjetividade.

Os movimentos revolucionários na Inglaterra foram grandes causadores do surgimento da identidade cultural, pois, com eles, foram criadas as primeiras leis de proteções aos patrimônios, os primeiros museus, bibliotecas, teatros. À medida que iam sucedendo as guerras, foram criados documentos internacionais para assegurar tais direitos, como, por exemplo, a *Convenção de Haya* (1899); o *Pacto de Washington* (1935); a *Convenção sobre Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado* (1954) – criada pela Unesco –; a *Convenção do Patrimônio e a Declaração do México sobre as Políticas Culturais* (1982); entre outros.

A *Convenção do Patrimônio e a Declaração do México sobre as Políticas Culturais* definiu como patrimônio cultural várias formas artísticas, dentre elas, as línguas, os ritos, as crenças, as etnias etc. Ainda em 1992, a ONU aprovou a *Declaração sobre Direitos das Pessoas Pertencentes às minorias Nacionais Étnicas, Religiosas e Linguísticas*, obrigando o Estado a proteger a existência, identidade e territórios dessas minorias, que, no contextual atual, adquiriu suma importância ante as práticas de verdadeiros genocídios e desrespeito aos direitos dos povos em minoria.

Com isso, no decorrer das últimas décadas, várias normas vêm sendo criadas a fim de assegurar os direitos socioculturais e a efetividade dos direitos das minorias, que no presente caso vale ressaltar o direito territorial e o direito de manutenção dos costumes das etnias.

## **2 PREVISÃO NORMATIVA E ADEQUAÇÃO AO CASO**

Desde 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil (art. 215, *caput*, §§ 1º e 3º, I e II) consagra e reconhece inúmeras garantias individuais, não deixando de tutelar, dentre elas, as garantias culturais enquanto manifestação e, especialmente, as que resguardam as tradições dos povos participantes do processo civilizatório nacional. Promove-se, assim, a defesa e a valorização do patrimônio cultural e da diversidade étnica e regional.

Ainda a Constituição resguarda, na forma de patrimônio cultural, a memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, as formas de expressões, o modo de criar, fazer e viver, as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais (CF, art. 216, I, II e IV). O texto aprovado pelos constituintes evidencia a preocupação de preservar as raízes multiculturais do Brasil.

Nas palavras de José Afonso da Silva (2005, p. 842), a Carta, de 1988, “estatuí que o estado [...] apoiará e incentivará a valoração e a difusão das manifestações culturais”, acrescentando que “nesse sentido já considerou tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”.

Aduzidas tais considerações e dada a importância da preservação das diversas culturas que compuseram a formação da democracia brasileira, consagra-se de maneira irremediável a necessidade da efetivação dos direitos fundamentais pertinentes aos inúmeros povos que constituíram historicamente o Brasil. Trata-se do direito de poder preservar um modo de vida particular – alinhavado por costumes muitas vezes herdados por gerações – ou, pelo menos, o direito de optar por sua preservação.

Para Habermas (2002, p. 260), o significado da coexistência equitativa de diversas culturas em um Estado Democrático revela-se quando cada cidadão passa a ter uma oportunidade de “crescer sem perturbações em seu universo cultural de origem”, criando a prole nesse mesmo universo. Manifesta-se, dessa forma, “a chance de poder confrontar-se com sua cultura de origem – como com qualquer outra –, dar-lhe continuidade ou transformá-la, ou ainda a chance de distanciar-se com indiferença de seus imperativos”.

Nesse quadro histórico-social encontra-se a população quilombola,



remanescente dos antigos escravos e/ou nativos pré-colombianos que migraram de outras regiões. Muitos destes ainda vivem a preservar os costumes e as tradições, transmitindo-os por gerações.

Grupos de quilombolas encontram-se espalhados em diversas regiões do Brasil. Como as demais comunidades constituídas historicamente, almejam manter vivas suas tradições, costumes e modo de vida. Juntos têm direitos resguardados pela Constituição Brasileira e por demais bases legais. Apesar de positivado por um vasto figurino, nem sempre esses povos alcançam efetivação desses direitos, como ulteriormente será demonstrado.

Para esses remanescentes, o texto constitucional e, em especial, o artigo 68 das Disposições Transitórias apresentam-se como instrumento normativo à implementação de terras. Ao quilombo existente, reconhece-se o direito adquirido. E mais, protegem-se e garantem-se direitos fundamentais dos quilombolas. Dessa forma, ficam salvaguardados interesses transindividuais de toda a população brasileira (CHACPE, 2014, p. 40). Porém, as controvérsias que rodeiam o mesmo artigo 68 são visíveis, chegando até mesmo a ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.239 DF).

Controvérsias tais que, apesar de não ocupar inteiramente o tema central deste trabalho, introduzem um primeiro impasse: a luta pelo reconhecimento cultural, que toma lugar pela redistribuição socioeconômica, e sua coexistência plena com a efetividade do objeto constitucional da igualdade social. Brillantemente, a filósofa Nancy Fraser (2006, p. 232) trabalha a problemática e aduz:

O remédio para a injustiça econômica é alguma espécie de reestruturação político-econômica. Pode envolver redistribuição de renda, reorganização da divisão do trabalho, controles democráticos do investimento ou a transformação de outras estruturas econômicas básicas. [...] O remédio para a injustiça cultural, em contraste, é alguma espécie de mudança cultural ou simbólica. Pode envolver a revalorização das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais dos grupos difamados. Pode envolver, também, o reconhecimento e a valorização positiva da diversidade cultural. Mais radicalmente ainda, pode envolver uma transformação abrangente dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação, de modo a transformar o sentido *do eu de todas as pessoas*.

É importante destacar a previsão da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, de 27 de junho de 1989, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 143, de 2002, e ratificada pelo Decreto nº 5.051, de 2004, que consagrou a "consciência da própria identidade", relativamente ao direito de autorreconhecimento inerente a cada pessoa, este é indiscutível em unicidade, mas enquanto direito de reconhecimento coletivo de povos tradicionais necessita da devida aferição de critérios legais e "não se confunde com a satisfação dos critérios objetivos exigidos pelo texto constitucional para o reconhecimento da titularidade do direito assegurado no art. 68 do ADCT" em conformidade com o voto da ministra Rosa Weber (ADI 3.239 DF, p. 40).

Mesmo sob o viés libertário da Escola de Chicago, Richard Posner (2007, p. 429) defende uma "maior ênfase nos padrões relativos a regras e maior sensibilidade às necessidades, aos interesses e às experiências específicas de membros de grupos que, no passado, foram discriminados ou levados, de alguma outra forma, a permanecer à margem da sociedade".

O autor acredita que é possível formatar um sistema jurídico que favoreça deliberadamente as minorias. Entretanto, seria difícil ver os membros dos grupos favorecidos como marginais ou oprimidos. "Um grupo poderoso ou solidário o bastante para obter um tratamento jurídico diferenciado não é um grupo de páreas.

O verdadeiro párea pode sair-se melhor num sistema de justiça imparcial lastreado pelas regras gerais do que num sistema que torne o status parte dos direitos subjetivos, ou que enfatize as particularidades do caso e não a generalidade das regras", conclui. Verifica-se assim que, mesmo como um baluarte do liberalismo e idólatra do direito de propriedade, Posner vislumbra os direitos de minorias como os remanescentes de quilombos brasileiros.

Quando se trata do direito ao uso da terra no local onde sobrevivem, muitos quilombos dependem da subsistência do solo, do uso da madeira extraída no próprio terreno para a fabricação de casas, plantio e alimento. No caso das comunidades quilombolas situadas no Jalapão, a extração do capim dourado para fabricação de artesanato assegura a esta a principal fonte de renda do grupo.

Amartya Sen (2000, p. 114) alerta para o problema, lembrando que o “aumento das capacidades humanas também tende a andar junto com a expansão das produtividades e do poder de auferir renda”. Para o autor, quando se estabelece uma conexão desta, “um importante encadeamento indireto mediante o qual um aumento de capacidade ajuda direta e indiretamente a enriquecer a vida humana e a tornar as privações humanas mais raras e menos pungentes”. Assim, ao criminalizar o extrativismo de subsistência dos quilombolas, através de relações instrumentais com forte apelo socioambiental, a burocracia estatal desdenha da necessidade de uma compreensão básica da natureza e das características daquele grupo intimamente contaminado pela pobreza.

Contudo, surge uma problemática: a efetividade do direito conferido pelo artigo 68 da ADCT – confirmado por meio do procedimento previsto no Decreto nº 4.887, de 2003 – faz-se perante a batuta do Instituto Nacional de Reforma Agrária (INCRA). Cabe ao órgão incluir territórios de povos e comunidades tradicionais no Cadastro Ambiental Rural (CAR). Este é um pressuposto para aplicabilidade do artigo 52 do Código Florestal, que excetua a hipótese de “supressão de vegetação em Áreas de Preservação Permanente e de Reserva Legal para as atividades eventuais ou de baixo impacto ambiental” – no caso, construção de moradia de agricultores familiares, remanescentes de comunidades quilombolas e outras populações extrativistas e tradicionais em áreas rurais. O trâmite acaba por dificultar o acesso às garantias normativas e, por vezes, ocasionando autuações pelas práticas habituais e costumeiras das comunidades.

Para que se efetive o direito previsto no artigo 52 do Código Florestal é necessária uma simples declaração do órgão ambiental competente. O problema centra-se no fato de que, para a emissão de tal declaração, o imóvel deve se encontrar devidamente inscrito no CAR. Diante de tamanho dilema, grande parte das comunidades quilombolas assentados no Jalapão ainda não obteve a titulação da terra, seguindo em um moroso processo, de responsabilidade do Incra. Com a análise no Judiciário dos processos autuados

para legalização dos territórios, constata-se que, em alguns casos, a ação já ultrapassa sete anos.

## **2.1. Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e a importância da atuação Estatal**

O Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) estabelece critérios e normas para a criação, implantação e gestão das unidades de conservação, conforme preza o artigo 1º da Lei que o institui (Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000), e dentre seus objetivos previstos no artigo 4º, inciso XIII, estão presentes a proteção dos “recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais, respeitando e valorizando seu conhecimento e sua cultura e promovendo-as social e economicamente”, e em suas diretrizes sequencialmente em seu artigo 5º, inciso X, rege a garantia “às populações tradicionais cuja subsistência dependa da utilização de recursos naturais existentes no interior das unidades de conservação” proporcionando “meios de subsistência alternativos ou a justa indenização pelos recursos perdidos”.

É importante lembrar o artigo 225 da Constituição Brasileira, em sua disposição preliminar de “garantia do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, como pressuposto para própria ordem democrática instituída pelo Poder Constituinte, de 1988, ordenamento jurídico brasileiro, e lembrar assim da importância do equilíbrio ecológico enfatizando a necessidade da luta pela efetividade desse direito e acentuando o papel do poder público tanto garantidor como conciliador da sociedade, respeitando e valorizando o reconhecimento de cada cultura na sociedade, com especial zelo às culturas e populações tradicionais, para além das garantias já mencionadas no presente artigo, conforme preza o próprio regulamento (Lei nº 9.985, de 2000) dos seguintes incisos I, II, III e VI elencados no § 1º do referido artigo.

### **3 AUTUAÇÕES AMBIENTAIS NAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS**

Segundo Leonardo Romeiro Mendes (2008, p. 4), o Parque Estadual do Jalapão é uma unidade de conservação brasileira criada em 12 de janeiro de 2001. O parque estende-se por mais de 34.000km<sup>2</sup>, abrangendo cidades como Ponte Alta do Tocantins, Mateiros, Novo Acordo, São Félix do Tocantins, Lizarda, Rio Sono, Santa Tereza do Tocantins, Lagoa do Tocantins e Rio Conceição. A área equivale ao estado de Sergipe.

De acordo com a Fundação Cultural Palmares, até o ano de 2013 foram reconhecidas, 27 comunidades quilombolas no estado do Tocantins; 6 delas localizadas no território do Jalapão. Encontram-se dentre as comunidades reconhecidas e não reconhecidas: Ambrósio, Barra da Aroeira, Boa Esperança, Carrapato, Fazenda Nova, Formiga, Galhão, Galheiros, Mata, Mata Verde, Mumbuca, Povoado do Prata e Rio Novo. (BRASIL, 2016)

A maioria das comunidades quilombolas situadas no Jalapão é centenária, descendendo diretamente de escravos e índios. A comunidade do Mumbuca foi pioneira na manufatura e criação de artesanato com base na extração do Capim Dourado. O produto é exportado para o mundo inteiro.

O estado do Tocantins registra um amplo número de comunidades quilombolas sem a certificação na Fundação Cultural Palmares. Torna-se pertinente lembrar que o autorreconhecimento dos remanescentes é de suma importância para o acesso às políticas públicas. No momento, quilombolas assentados na área do Parque Estadual do Jalapão sofrem conflitos socioambientais, já que as práticas centenárias e costumeiras vividas pelas comunidades para o autossustento passaram a ser criminalizadas pelos órgãos de fiscalização ambiental.

Conforme planilha levantada por Paulo Rogério Gonçalves, diretor técnico da Organização Alternativa para Pequeno Agricultor no Tocantins (APA TO), observam-se algumas das autuações feitas em comunidades quilombolas do Estado, quais sejam:

COMUNIDADE	QUILOMBOLA	MULTA	INSTITUIÇÃO	MOTIVO
Formiga	Arno Ribeiro de Sousa	R\$ 300,00 R\$ 10.000,00	NATURATINS	Madeira para casa Roça de toco
Carrapato	Luís Suplicio Gonçalves	R\$ 1.500,00	NATURATINS	Madeira para casa
Claro	Prudêncio Francisco Torres	R\$ 600,00	NATURATINS	Roça de toco
Ouro Fino	Ademir Batista dos Anjos	R\$ 900,00	NATURATINS	Roça de toco
Prata	Darlene Francisca de Souza	R\$ 5.000,00	ICMBIO	Madeira para construção da sede da associação
Prata	Manoel Pereira	R\$ 13.000,00	ICMBIO	Madeira para construção da sede da associação

Fonte: Paulo Rogério Gonçalves, APA-TO, 2016.

Balizando-se pelos dados contabilizados na tabela, pode-se avaliar, *a priori*, que os motivos são inquestionavelmente compatíveis com as atividades reconhecidas como necessárias à subsistência quilombola, enquanto agricultor familiar e condizente com a cultura e tradição dos remanescentes. Ademais, nota-se a desproporcionalidade de algumas multas, ante a hipossuficiência dos “infratores”, como no caso da multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Em 15 de abril de 2016, a Procuradoria da República no Tocantins realizou reunião (ATA IC nº 10032006-56) com o intuito de discutir os autos de infração lavrados contra os membros das comunidades quilombolas (dentre outros assuntos). Em contrarresposta, os representantes do Naturatins informaram que algumas autuações de infrações ambientais são efetuadas porque os territórios quilombolas não se encontram demarcados. Naquele sentido, o Procurador da República Álvaro Lotufo Manzano posicionou-se a arguir que a ausência de demarcação não pode ser utilizada para impedir o exercício de direitos das comunidades quilombolas e das demais comunidades extrativistas e tradicionais em áreas rurais, frustrando a realização de atividades de subsistência, como o plantio em roças de toco.

Do encontro, ficou acordado que seria redigido, em momento posterior, um procedimento para atuação dos órgãos ambientais na fiscalização das comunidades tradicionais, pois, de acordo com o depoimento dos representantes do Naturatins, quando há a autuação, o fiscal não tem como fazer o reconhecimento do quilombola e, com isso, se eximir de aplicar a autuação.

A legislação somente autoriza a supressão da vegetação, em caso de menor potencial ofensivo, se houver o registro do imóvel no CAR, e este precisa ser

realizado pelo Incra, onde já se encontram vários processos em trâmite para a devida regularização das terras.

Nas comunidades da região de Mateiros, no momento, cinco processos se encontram em tramitação, todos em situação de legalização das áreas referentes às comunidades Mumbuca, Carrapato, Formiga, Ambrósio e Rio Novo. Já no Município de São Félix do Tocantins, é possível encontrar a comunidade do Povoado do Prata, que também está com processo em curso no Incra pleiteando o reconhecimento. Na mesma situação registra-se a comunidade Barra da Aroeira, situada em Santa Tereza do Tocantins. Algumas comunidades ainda nem foram reconhecidas e registradas na Fundação Palmares, o que impossibilita iniciar-se o processo de legalização das terras. (TOCANTINS, 2016)

Contudo, os remanescentes quilombolas – para além de sofrerem quanto ao não reconhecimento de seus direitos territoriais – agora passam por problemas quanto à realização do modo de vida tradicional do grupo: sabe-se que a roça de toco, a extração de madeira para fabricação de casas e o plantio dos alimentos são essenciais para a manutenção dos costumes das comunidades. A implantação do Parque Estadual do Jalapão ocorreu somente em 2001, ou seja, muito depois do assentamento dos quilombos que ali sobrevivem, e o fato de encararem os costumes dessas comunidades como crimes ambientais, autuando quilombos em valores exorbitantes, muitas vezes devido à morosidade de procedimentos administrativos ou ainda que inexistente a escusa do Código florestal em seu artigo 52, o próprio desconhecimento de que os hábitos utilizados para subsistência constituem infração ou crime ambiental soaria irrazoável. Assim, não se deve admitir tamanha afronta a direitos fundamentais.

## **CONCLUSÃO**

O patrimônio cultural de um país como o Brasil, formado por um mosaico de tradições e costumes é imensamente valioso. A Constituição, de 1988, resguarda, reconhece e institui o direito à preservação de tais valores, bens, costumes e tradições como patrimônios culturais. Assim, o direito à

preservação de cada cultura e tradição, de se conviver harmonicamente, de forma justa e solidária, além de patrimônio da democracia é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. Seguindo um “caminho que nada pode senão possibilitar essa conquista hermenêutica da reprodução cultural de universos vitais” (HABERMAS, 2002. p. 258).

Adentrando esse cenário de direitos e garantias, busca-se a efetividade para casos peculiares, sob uma forma justa, equitativa ou, no mínimo, razoável. Para tanto, o presente artigo propôs expor a alegórica situação das comunidades quilombolas no estado do Tocantins.

Com relação às autuações das instituições responsáveis pela fiscalização ambiental, podem-se concluir dos fatos narrados os seguintes “fundamentos”: (a) a falta de temperança do agente responsável ou (b) a inescusa do fiscal em razão de propriamente não ter autoridade para reconhecer povos quilombolas.

Sem que o Incra delimite a área quilombola, não há como proceder com o Cadastro Ambiental Rural. Sem o CAR, o grupo remanescente não obtém a simples declaração no órgão ambiental responsável. Sem o Cadastro e a Declaração, o remanescente não prova efetivamente estar isento para desenvolver a atividade de subsistência conforme as tradições do grupo, à luz do artigo 52 do Código Florestal. O direito de cariz constitucional perde-se nas entranhas tecnocratas dos procedimentos alheios à celeridade.

Nesse cenário desanimador, resta a busca por resultados. Sabe-se que o problema das minorias numa visão geral requer estudos e teorizações abstratas, para que se alcancem garantias reais aos recortes socialmente minoritários, sem afetar as demais *layers* sociais, condizendo, assim, com a harmonia equitativa almejada pelo poder constituinte.

A falta de efetividade das incontáveis normas garantidoras acaba por trazer insegurança e gerar sentimentos de repulso à morosidade da máquina burocrática estatal. É explicitamente necessária uma imediata atitude dos órgãos fiscais da lei e dos defensores das minorias, assim como o diálogo das repartições do Estado. Atualmente, esse diálogo já teve início, embora ainda sem resultado prático. Espera-se que, no mínimo a razoabilidade seja efetivamente aplicada ou respeitada em situações como as discutidas em *supra*.



## REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL. Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003. **Regulamenta o Procedimento para Identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do ADCT**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/d4887.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm)>. Acesso em 7 abr. 2016.

BRASIL. Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004. **Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20042006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20042006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em 5 de janeiro de 2016.

BRASIL. FUNDAÇÃO CULTURAL PALMARES. (Org.). **Comunidades quilombolas**. Disponível em: <[http://www.palmares.gov.br/?page\\_id=88](http://www.palmares.gov.br/?page_id=88)>. Acesso em 3 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. **Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis n.º 6.938/1981, 9.393/1996 e 11.428/2006; revoga as Leis n.º 4.771/1965 e 7.754/1989, e a Medida Provisória n.º 2.166-67/2011, e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm)>. Acesso em 7 abr. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. **Regulamenta o art. 225, §1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=322>>. Acesso em 7 abr. 2016.

BRASIL. Procuradoria da República Federal – MPF. **Ata IC. Nº 10032006-56**. 15 abr. 2016. Reunião realizada com o intuito de discutir os autos de infração lavrados contra os membros das comunidades quilombolas (dentro outros assuntos). Palmas – TO, 4 p. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 3.239 Distrito Federal**. Disponível

em:<<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf>>. Acesso em 9 de abril de 2016.

CHACPE, Juliana Fernandes. **Territórios quilombolas e unidade de conservação de proteção integral: Desafios da Conciliação na Administração Federal**. Brasília: UnB, 2014. 157p. Dissertação de Mestrado.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era "pós-socialista". **Cadernos de Campo**, São Paulo v.15, n. 14/15, p. 231-239, jan./dez, 2006.

GONÇALVES, Paulo Rogério. Organização Alternativa para Pequeno Agricultor no Tocantins (APA TO). Palmas, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. 3 ed. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo. São Paulo: Loyola, 2002.

JORNAL DO TOCANTINS (Tocantins) (Org.). **Em busca do reconhecimento**. 2015. Disponível em:

<<http://www.jornaldotocantins.com.br/editorias/estado/em-busca-do-reconhecimento-1.849782>>. Acesso em 1º abr. 2016.

MATA-MACHADO, Bernardo Novaes Da. **Direitos humanos e direitos culturais**. 2007. Disponível em:

<<https://issuu.com/centrodepesquisaeformacao/docs/direitos-humanos-e-direitos-cultura/1?e=6246829/4202915>> Acesso em 1º abr. 2016

MENDES, Leonardo Romeiro. **Aplicação de técnicas de geoprocessamento para análise geomorfológica do parque estadual do Jalapão (TO) e entorno**. 63 p., 288 mm, (UnB-IH-GEA-LSIE, Mestrado, Gestão Ambiental e Territorial, 2008).

POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

SCHMDIT, Isabel Belloniet *al.* **Capim dourado e buriti; práticas para garantir a sustentabilidade do artesanato**. Brasília: Pesquisa e conservação do Cerrado – Pequi, 2007.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. 2005.

TOCANTINS, Diário do. **Comunidades quilombolas que estão em processo de reconhecimento no estado do Tocantins**. Até agora são 40 Comunidades Espalhadas por Diversas Regiões. Disponível em: <[http://www.diariodotocantins.com.br/index.php/povos-quilombolas - mateiros-08](http://www.diariodotocantins.com.br/index.php/povos-quilombolas-mateiros-08)>. Acesso em 7 abr. 2016.



*O CONSUMIDOR, O CONSUMO: CONSIDERAÇÕES  
ACERCA DA TUTELA CONSTITUCIONAL E SUAS  
INTERFACES COM A EDUCAÇÃO E O MEIO AMBIENTE*

---

Liliane de Moura Borges



## INTRODUÇÃO

A participação como princípio do direito ambiental foi consagrada no *caput* do art. 225 da Carta Magna, que determinou a presença conjunta do Estado e da coletividade na proteção e preservação do meio ambiente. Extrai-se, então, que além do Poder Público, devem buscar esse fim as organizações ambientais, os sindicatos, a indústria, o comércio e, sobretudo, a escola.

O presente trabalho busca considerar a tutela constitucional, a educação ambiental e sua relação com o consumo sob a ótica da responsabilidade do Poder Público e da sociedade civil que corresponde à natureza básica da pesquisa, ou seja, o estudo de um tema, novo e útil às Ciências Sociais, o qual envolve interesse universal. Nesse propósito, como metodologia da pesquisa utiliza-se uma abordagem qualitativa que se compromete a explicar a dinâmica das relações sociais, cujo objetivo explicativo preocupa-se em identificar os fatores que determinam ou contribuem para a ocorrência dos fenômenos (GIL, 2007). Ou seja, este tipo de pesquisa explica o porquê das coisas por meio dos resultados verificados em informações previamente adquiridas. Assim, o procedimento bibliográfico permite a análise de opiniões, por meio da leitura de livros e artigos científicos relacionados sobre a questão. E, como aprofundamento, procura-se verificar a atuação de um dos órgãos legitimados para a orientação da sociedade sobre as questões consumeristas, buscando dar ênfase à educação como a mola propulsora de mudanças sociais.

Édis Milaré (2013, p. 141) menciona que o “direito à participação pressupõe o direito de informação e está a ele intimamente ligado”. Diferente não é o entendimento de Fiorillo (2006, p. 52), para o qual a informação e a educação ambiental são mecanismos para se efetivar a ação conjunta do Poder Público e da coletividade.

A Educação Ambiental, conforme o art. 225 § 1º, VI, da Constituição Federal, deve ser promovida em todos os níveis de ensino. Ademais, caberá ao Estado garantir a conscientização pública para a preservação do meio ambiente. Para Fiorillo (2006, p. 53), educar ambientalmente significa reduzir custos ambientais; efetivar os princípios da prevenção e da participação; fixar a ideia de consciência ecológica e incentivar o chamado princípio da solidariedade entre as pessoas, no sentido de se perceber “que o meio ambiente

é único, indivisível e de titulares indetermináveis, devendo ser justa e distributivamente acessível a todos”.

A preocupação com o meio ambiente e a conscientização da forma como a vida em sociedade impacta na oferta de recursos ambientais são fenômenos relativamente recentes na história da humanidade. Em 1972, a Conferência de Estocolmo, realizada pelas Nações Unidas, foi a primeira atitude mundial a desenvolver uma discussão sobre a água, o ar e a vida selvagem. Já na década de 80, o termo sustentabilidade foi abordado pela primeira vez na Carta Mundial da Natureza. Nos anos 90, com a ECO 92, representantes de inúmeros países, na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD), trouxeram à baila conceitos de ecologia e desenvolvimento sustentável, dando ênfase à sustentabilidade e a socioeconômico-ambiental, ressaltando a importância de preservar o meio ambiente e garantir recursos naturais para as gerações futuras, o que resultou entre outros documentos na Agenda 21, que definiu os Objetivos do Milênio (ODM).

A narrativa histórica positivista credita a um engenheiro florestal estadunidense – Gifford Pinchot, primeiro chefe do serviço de florestas do país, no século XIX – as ideias precursoras do que viria a ser o desenvolvimento sustentável. A concepção empregada pelo engenheiro à conservação dos recursos deveria ser embasada em três princípios: “o uso dos recursos naturais pela geração presente, a prevenção do desperdício e o desenvolvimento dos recursos naturais para muitos e não para poucos cidadãos” (GIANSANTI, 1998, p. 09).

A sustentabilidade vem com a proposta de promover uma melhor garantia do bem-estar social com o meio ambiente do qual o ser humano possui uma dependência direta. Refere-se à sobrevivência, a atender as necessidades da humanidade, preocupando-se com as futuras gerações (RONCONI, 2013, p. 4).

Em 2012, na Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (CNUDS), conhecida também como Rio+20, novamente se reuniram governantes de mais de 190 países, instituições internacionais e grupos empresariais para discutir ações com o objetivo de reduzir a pobreza, promover o trabalho, desenvolver energia limpa, bem como o uso sustentável



dos recursos naturais. O intuito dessa Conferência era discutir a implementação da Agenda 21, renovando o compromisso político para o desenvolvimento sustentável.

Embora se tenha criado muita expectativa após as conferências, não foi possível avançar nas questões práticas. Fato é que a população mundial, nos últimos cinquenta anos, tem sentido em maior ou menor grau os efeitos do uso e abuso dos recursos naturais, na forma de ondas de calor, tempestades, enchentes, seca, falta de água, escassez de alimentos, pobreza, contaminação de rios entre outros fatores que decorrem do sistema de produção capitalista, do padrão de consumo extremo e da política desenvolvidos no Planeta.

A Cúpula de Desenvolvimento Sustentável, composta por Estados-Membros da ONU e a sociedade civil, negociou os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), propondo maior participação direta dos Estados-Membros e da sociedade civil. Afinal, é dever de a sociedade discutir, compreender e renovar atitudes para provocar mudanças a favor de nova sistemática de produção e consumo, com o fito de evitar maior comprometimento dos recursos naturais indispensáveis à sobrevivência no Planeta.

Nesse contexto, o discurso ambiental deve ser amplo e complexo, de modo a possibilitar a análise do tema desenvolvimento sustentável sob uma ótica sistêmica, calcada no tripé: política-economia-sociedade.

O Planeta clama por uma nova ordem econômica; a sociedade sofre as consequências do modo de produção e consumo inadequados. Eis o desafio da modernidade: promover o engajamento político, econômico e social, em prol do desenvolvimento sustentável, sendo que a educação ambiental pode ser uma das importantes ferramentas para a conservação dos nossos biomas naturais. Não é possível crer que apenas o ente Estatal seja capaz de realizar todas as atividades necessárias à manutenção e conservação do meio ambiente, sem que a sociedade civil e o setor industrial sejam co-partícipes nessa tarefa.

Por isso, analisar a relação do consumo excessivo de produtos e o desgaste ambiental decorrente vem ao encontro dessa perspectiva, porque a educação ambiental tem o condão de conscientizar os consumidores para as consequências de suas atitudes perante o mercado.

O assunto proposto a investigar não é inédito, mas está latente na sociedade. Percebe-se haver resistência por parte do Poder Público em implementar ações

audaciosas que comprometam o setor empresarial, assim como de programas/projetos que tenham como elemento focal a promoção da educação ambiental. Como consequência, a convivência harmônica entre o desenvolvimento e a sustentabilidade é o gargalo da sociedade contemporânea, conforme demonstra Azevedo (2008, p. 112):

O desafio do século XXI consiste em compreender as fraquezas e implicações dos ecossistemas, de modo a conciliar sua utilização com os níveis de tolerância aceitados pela natureza. O valor da natureza é inestimável, mas os dirigentes e economistas, frequentemente teimam em ignorar essa circunstância.

Fato é que, para reverter o prejuízo ambiental em razão do modo de produção adotado, é necessário mudar a atual ordem sociopolítica e econômica, a qual promoveu, e ainda promove a exploração inadequada dos recursos naturais, consequentemente a manutenção das desigualdades sociais e econômicas ao estabelecerem um modo de vida baseado na cultura do “ter”.

Essa ordem econômica estimula o consumismo desenfreado como mola propulsora da economia capitalista e provoca danos ao meio ambiente, quer na exploração inadequada para a fabricação de produtos, quer no volume excessivo de lixo disposto inadequadamente. Lemos (2012, p. 210) considera o ponto crucial da análise a responsabilidade da cadeia produtiva, ou seja, a responsabilidade pelo ciclo de vida do produto do “berço ao túmulo”, verificando o papel de vários atores: fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, consumidores e gestores públicos. Assim, configuram-se elementos essenciais da atual ordem sociopolítica e econômica os consumidores, os governantes e os empresários.

O que a Cúpula do Desenvolvimento Sustentável impõe ao estabelecer uma nova agenda a partir da disposição do “objetivo 12 – Assegurar padrões de consumo e produção sustentável” é despertar a sociedade para o grande paradigma do desenvolvimento sustentável que é a redução do consumo. Mas, como construir um futuro sustentável com a política econômica que se pauta no consumismo?

Tratando-se de consumo, conveniente se faz focar a figura do consumidor. É consenso que o consumidor é a parte mais fraca na relação de consumo. Com

base nesse raciocínio é que o legislador constitucional estabeleceu, no artigo 170, inciso V, como um dos princípios da atividade econômica, a defesa do consumidor.

Essa fragilidade está demonstrada na definição dada por Almeida (2003, p. 22), em que consumidores são “os que não dispõem de controle sobre bens e produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes”. Essa relação de hipossuficiência é multiforme e pode ocorrer por desinformação, por orientação desqualificada, ou por fraude, podendo, ainda, ocorrer a ausência de conhecimento do consumidor de seus direitos, uma vez que a educação para o consumo ainda é parca. Agrega-se a esse contexto a ignorância acerca dos deveres decorrentes do consumo, por ser integrante da cadeia produtiva. Destarte, o presente trabalho defende a interdisciplinaridade da Educação Ambiental com a Educação para o Consumo como instrumento necessário para a modificação do atual padrão de consumo da sociedade, bem como um elemento da política pública para regular a produção sustentável como mecanismo de construção de uma nova ordem social pautada nos eixos do desenvolvimento sustentável.

## **1 DA VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR**

A Lei nº 8.078, de 1990 (Código de Defesa do Consumidor (CDC)) parte do pressuposto de que o consumidor é um sujeito vulnerável ao adquirir produtos e serviços ou simplesmente se expor a práticas do mercado. A vulnerabilidade é o ponto fundamental do CDC e, na prática, traduz-se na insuficiência, na fragilidade de o consumidor se manter imune a práticas lesivas sem a intervenção auxiliadora de órgãos ou instrumentos para sua proteção. Por se tratar de conceito tão relevante, a vulnerabilidade permeia, direta ou indiretamente, todos os aspectos da proteção do consumidor.

Em rápido apanhado histórico, é preciso saber que o modo de produção da economia mundial tem se modificado profundamente, especialmente pelos avanços tecnológicos da humanidade. No século XVIII, vários países da Europa atravessaram a chamada Revolução Industrial (processo histórico marcado pela invenção da máquina a vapor, a partir do qual se deixou de

produzir bens de consumo manualmente – o que era feito em pequena escala e de modo rudimentar – para fabricá-los a partir de máquinas, aumentando consideravelmente a oferta desses bens no mercado). Antes, as relações entre comerciantes e seus compradores eram pessoais e estes últimos detinham maior poder de decisão quanto à escolha, forma de pagamento, técnica adotada para a feitura do bem, correta identificação do comerciante e seu domicílio, fatores que lhes permitiam exercer não apenas uma negociação segura, mas também confiável.

Com a produção em larga escala, após a Segunda Guerra Mundial, o comércio se despersonalizou. Os produtos eram produzidos em série, propiciando o desenvolvimento de uma sociedade pautada no consumo. A vontade do consumidor nem sempre tem sido considerada, como ocorre nos contratos de adesão. Observa-se, ademais, em algumas áreas, a imposição de condições mais vantajosas para o fornecedor, como o controle das informações transmitidas aos consumidores, a eliminação dos atendimentos pessoais, o aumento das vendas à distância (vendas em domicílio, inicialmente, depois por telefone e, hoje, pela internet), o incremento das vendas a partir de técnicas publicitárias (de *marketing*), formas de pagamento e demais regras impostas para o alcance de seus produtos ou serviços. Os consumidores, a partir de então, experimentam situações cada vez mais desfavoráveis, demonstrando extrema fragilidade ao se relacionar no mercado.

Com efeito, uma vez caracterizada a vulnerabilidade do consumidor, o Estado viu-se obrigado a intervir no mercado, utilizando-se da edição de lei para garantir aos consumidores o restabelecimento de igualdade e respeito à sua existência digna. Mas, de antemão, é importante realçar que o CDC não é uma lei que protege o consumidor a todo e qualquer custo. Não é sempre verdadeiro o ditado de que o consumidor tem sempre razão. O CDC veio para restabelecer uma situação de equilíbrio entre consumidor e fornecedor. É exatamente o que estabelece a meta de harmonização das relações de consumo. Logo, o consumidor deve pagar um preço justo e agir de boa-fé.

Nesse contexto de relações massificadas, as vendas são concluídas com maior agilidade cada vez mais. O mercado de consumo brasileiro utiliza-se dos contratos de adesão em muitos segmentos como estratégia de venda, basta observar a oferta de linhas de crédito das lojas de departamento, eletrodoméstico,

bancos e telefonia, assim como as concessionárias/permissionárias de serviço público para o fornecimento de água e energia elétrica presentes em diversos municípios.

Não há dúvidas de que o Código de Defesa do Consumidor aplica-se integralmente aos contratos de adesão e relações massificadas, sendo considerado um patamar mínimo para o estabelecimento das relações comerciais.

A partir de todos esses critérios de caracterização da vulnerabilidade, é importante observar serem eles apenas didáticos, que auxiliam na identificação do ponto de fragilidade do consumidor. Na prática, a demonstração da vulnerabilidade é presumida pela própria lei.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) define consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (art. 2º, *caput*, CDC). Assim fazendo, a Lei de Consumo não deixa dúvidas de que o cidadão individualmente considerado (pessoa física ou natural) é consumidor nos termos da Lei. Crianças e adolescentes também são consumidores, bastando que o atendimento de suas demandas e pleitos ocorra com o acompanhamento de um responsável.

Porém, cumpre observar que, no tocante às empresas (e pessoas físicas que exercem atividades profissionais) existe alguma dúvida, tanto da doutrina quanto da jurisprudência, quando o assunto é definir qual o sentido e alcance da expressão destinatário final.

Há aqueles que interpretam essa expressão permitindo que o simples ato de retirar o produto ou serviço do mercado (destinatário fático) já caracteriza uma proteção da lei de consumo, pouco importando a destinação que lhes será dada (chamados de maximalistas). De outro modo, há parte da doutrina que não entende correta a aplicação da lei de consumo quando a aquisição de produtos ou serviços for feita por pessoa física ou jurídica que os emprega para lhes dar novas finalidades econômicas (chamados de finalistas), como preleciona Cavalieri Filho (2014, p. 67).

Afora o conceito padrão de consumidor, contido no artigo 2º, *caput*, do CDC, podem também ser consumidores: “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (parágrafo único do art. 2º do CDC); “as vítimas do evento” de que cuida o artigo 17, do

CDC; além de “todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas abusivas” (art. 29, CDC).

Antes de examinar esses conceitos, deve-se entender o que são direitos coletivos e por que os consumidores são também considerados uma coletividade de pessoas ou, melhor entendendo, o que há de ser a expressão “pessoas indetermináveis”.

Um dos avanços das legislações modernas, como é o CDC, foi reconhecer que há direitos que não assistem apenas a determinada pessoa ou indivíduo, mas alcançam uma coletividade definida ou indefinida de pessoas.

A salvaguarda aos direitos coletivos está expressa na Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso III, e no CDC, art. 6º, inciso VI.

Sob o enfoque do direito coletivo também está o direito ao meio ambiente, assim meio ambiente saudável e equilibrado é direito apenas de um cidadão? A resposta com toda certeza é negativa. A preservação desse interesse é um direito constitucional “de todos” e um dever da “coletividade”, como dispõe o artigo 225, *caput*, ressaltando que em alguns casos o dano ambiental impacta uma coletividade mensurável e em outras situações são difusos, permitindo verificar o caráter híbrido da tutela ambiental.

O direito do consumidor visa aos interesses ou direitos coletivos como determina o artigo 81, inciso II, do CDC, é um direito coletivo, pois a natureza indisponível e transindividual está acima dos interesses individuais e não podem ser objeto de transação. A tutela (proteção) coletiva dos direitos do consumidor aumenta a eficiência do CDC, pois alcança e beneficia maior número de pessoas, especialmente para prevenir que outras se prejudiquem. Pois, se uma exigência escrita num contrato de adesão que é ofertado ao público é identificada por um órgão de proteção e defesa do consumidor como abusiva, pode este, nos termos dos artigos 82 do CDC, buscar uma medida judicial que revise esse contrato corrigindo a falha apontada, até mesmo para prevenir maiores danos a consumidores que ainda não tenham contratado.

Este é o sentido do parágrafo único do artigo 2º do CDC: expressar que a defesa do consumidor não se exerce apenas individualmente, mas em caráter coletivo, quando a lesão ou atividade potencialmente lesiva do fornecedor coloca em risco número indeterminado de consumidores.

No tocante à defesa do consumidor em juízo (perante os tribunais), além do

Ministério Público, Defensoria Pública, União, Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades civis de proteção e defesa do consumidor (constituídas há mais de um ano), os Procons estão autorizados, legitimados (art. 82, III, do CDC), a promover medidas coletivas em favor dos consumidores.

De outro diapasão, além do princípio da vulnerabilidade do consumidor há de buscar a reflexão sobre outros princípios apresentados pelas diversas obras estudadas, entre eles o princípio da prevenção também está diretamente ligado à ação que envolve o consumo, e, por conseguinte, o consumidor. Os resíduos sólidos gerados do consumo são um dos grandes fatores de preocupação para o meio ambiente, segundo Paulo Afonso Leme Machado (2001, p. 51):

Todos os estudiosos são unânimes em caracterizá-los como essenciais na proteção dos bens socioambientais, pois almejam obstar a ocorrência do dano, o qual, quando concretizado, tende a provocar prejuízos quase sempre imensuráveis ante a grande complexidade dos fatores envolvidos.

O presente artigo traça um raciocínio em forma de funil, partindo das discussões em amplo contexto político e geográfico em direção às ações práticas e locais que dizem respeito ao tema central da pesquisa, qual seja, a análise da educação como fator determinante entre a relação do consumo com a proteção ao meio ambiente, por meio do veículo educacional.

## **2 OS ESTUDOS DO CONSUMO E SUAS POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES PARA A COMPREENSÃO DA RELAÇÃO ENTRE MEIO AMBIENTE E CONSUMO**

A relação entre meio ambiente e consumo vem sendo debatida e pesquisada em diferentes setores acadêmicos que, no entanto, nem sempre buscam fundamentação teórica e empírica nos Estudos do Consumo. Estudos do Consumo referem-se a um campo de investigação acadêmica relativamente recente e ainda em construção no Brasil, embora já bastante consolidado em outros países (BARBOSA; CAMPBELL, 2006), voltado para a reflexão sobre temas como a Constituição das Sociedades e Culturas de Consumo; As Novas

Formas de Comercialização; A Cultura Material; As Práticas de Consumo; Os Usos Sociais dos Bens; As Transformações na Cultura de Consumo Contemporânea, entre outros.

Campbell (2001, p.18) lembra que o consumo, apesar de sua “penetrante presença em todo o mundo moderno”, foi desprezado pela Sociologia. Isso pode ser explicado, de um lado, pelo viés produtivista das Ciências Sociais que, desde o século XIX, baseou-se no pressuposto de que a compreensão das modernas sociedades capitalistas se daria, exclusivamente, a partir do complexo institucional necessário à produção de riquezas. Somando-se a esse viés produtivista, um viés de cunho moralista e moralizante das Ciências Sociais também ajuda a explicar essa ausência, pois o trabalho e a produção sempre foram considerados moralmente superiores ao consumo, fazendo com que a crítica e o julgamento moral das práticas próprias a essa esfera acabasse se sobressaindo à sua análise sociológica (PORTILHO; CARNEIRO; GALINDO, 2010, p. 5).

Segundo Campbell (2001, p. 88), isso acabou gerando “uma visão do comportamento do consumidor moderno como uma forma de conduta que é, ao mesmo tempo, 'irracional e repreensível” (...) Tal visão é injustificável, pois, se o comportamento não é apreendido como 'racional', então a culpa cabe aos cientistas sociais, por deixarem de ver a estrutura dos significados utilizada, e são eles, não os consumidores, que deveriam ser repreendidos. Em sua análise sócio-histórica sobre a gênese do consumismo moderno, no entanto, Campbell (2001) mostra que a chamada Revolução Industrial foi tanto uma revolução dramática das forças produtivas quanto uma revolução igualmente dramática dos hábitos de procura. Para que isso acontecesse, segundo o autor, duas éticas sociais e opostas coexistiram: a ética ascética do trabalho e a ética hedonista e romântica do consumo (CAMPBELL, 2001, p. 52).

A partir da década de 80 do século XX, no entanto, o consumo passou a ser visto, pouco a pouco, como um fenômeno central em todas as sociedades (e não apenas nas sociedades ocidentais capitalistas). Assim, o desenvolvimento dos Estudos do Consumo tem apontado para uma agenda de pesquisa que se propõe a refletir e buscar compreender as mudanças pelas quais a esfera do consumo vem passando no contexto das grandes transformações globais, “embora a sociedade pós-moderna é consequência da sociedade de consumo, a sociedade



de consumo não é necessariamente a sociedade pós-moderna” (EDWARDS, 2000, p.166). A sociedade de consumo é composta de pessoas que consomem, e as pessoas querem consumir a qualquer tempo ou motivo.

Há muitos estudos sobre o consumo sustentável e sua importância para o meio ambiente, ficando ainda mais claro que o ponto central da política de produção e consumo sustentável é a educação do produtor e do consumidor. Assim, Carla Amado Gomes, em *Responsabilidade Ambiental e Consumo Sustentável*, diz que,

Enfim, a alteração dos hábitos de produção e consumo é fundamental para inverter a tendência de esgotamento de recursos naturais cada vez mais escassos, tanto em razão do aumento demográfico como da pressão da sociedade capitalista. Existe uma responsabilidade social preventiva no sentido de alterar os padrões de consumo das sociedades ocidentais, que por ora, é meramente ética, mas poderá com o agravar da situação de degradação, vir a tornar-se paulatinamente jurídica. (GOMES, 2015 p. 8).

Em todas as obras estudadas há o entendimento unânime de que a sociedade capitalista ao longo da história baseou-se no consumo, e, fatalmente, desenvolveu maus hábitos de consumo, que só agora diante da periclitante situação vivenciada por todos é que se desperta para a necessidade de equacionar o consumo, e mais que isso, gerenciar os resíduos sólidos produzidos ao longo da cadeia produtiva. O presente artigo busca uma análise dessa dinâmica social.

### **3 ATUAÇÃO DO PROCON COMO CENTRO DE EDUCADOR DE CONSUMIDORES EM PALMAS/ TOCANTINS**

Em Palmas, estado do Tocantins, o Procon tem, a partir das reflexões expostas, atuado como centro multiplicador dessas premissas, pelo projeto “Educação para o Consumo na Escola”, elaborado pela Gerência de Educação para o Consumo da Superintendência de Proteção aos Direitos do Consumidor, em 2016.

O projeto consiste em realizar palestras em escolas públicas e privadas da capital com vista a conscientizar os alunos sobre a responsabilidade que detêm sobre acumulação de resíduos, a relação entre o desperdício de resíduos naturais e o consumo desenfreado e a escassez desses mesmos recursos, como forma de despertar um olhar para o consumo que não se atente somente para a satisfação de uma necessidade imediata, mas algo que impacte a oferta desses recursos no futuro.

Ademais, o projeto visa à divulgação dos direitos de esses jovens consumidores refletirem sobre a importância de não agir de forma impulsiva ao realizarem uma compra, estimulando sempre a reflexão sobre a necessidade do que é comprado, a possibilidade de obter o bem e a importância de se refletir sobre o atual modelo de felicidade imposto pela sociedade: eu compro porque preciso ou compro porque quero que saibam que eu posso?

Este projeto está sendo realizado na capital e nas demais cidades onde existem núcleos regionais do Procon, trata-se de um terreno fértil para colher bons frutos, à medida que os jovens nas escolas se encontram receptivos ao tema. Uma vez que a Educação Financeira já é uma realidade em uma série de escolas, a orientação sobre os direitos e deveres dos consumidores vem somar o processo de conscientização dos jovens.

A Educação para o consumo é uma vertente da Educação Financeira e da Educação Ambiental, porque essa interdisciplinaridade amplia a visão do estudante para além de seu ambiente, fazendo-o compreender que sua atuação no Planeta reflete intensamente no modo como se desenvolverá. A partir daí, há um incremento na participação social e na compreensão empírica de noções de cidadania.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A previsão constitucional do dever de colaborar para a conservação dos recursos naturais trouxe uma nova percepção do conceito de cidadania. O constituinte, em matéria ambiental, legislou para o futuro, exigiu do cidadão a solidariedade intergeracional em todos os aspectos de sua existência, abrindo as cortinas para uma nova etapa da vida em sociedade no constitucionalismo

brasileiro: a fraternidade como corolário da terceira geração de Direitos Humanos precisa ser uma experiência brasileira efetiva.

A Educação Ambiental, como instrumento *sine qua non* para essa mudança de paradigma, tem diversas nuances que buscam incrementar, cada qual à sua maneira, a percepção, por parte do cidadão, de sua responsabilidade sobre a conservação dos recursos e sobre os rumos do desenvolvimento desta sociedade.

O consumo inconsciente reflete o desgaste de uma geração egoísta sobre os recursos naturais. Este fato demanda uma mudança de atitude maciça, que depende de uma formação básica sobre esses conceitos a qual precisa estar atrelada à formação escolar. Os órgãos de defesa do consumidor precisam assumir mais essa tarefa para que possam cumprir com eficácia seu escopo. Os consumidores que têm conhecimento sobre seus direitos e sabem que a sua postura perante o mercado pode impactar o desenvolvimento de uma série de problemas ambientais e econômicos, supera parte de sua vulnerabilidade e demanda menos proteção judicial, pois caminha pelas próprias pernas e assume as rédeas da relação consumerista.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. B. de. **A proteção jurídica do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AZEVEDO, P. F. de. **Ecocivilização: ambiente e direito no limiar da vida**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização de Alexandre de Moraes. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor comentado artigo por artigo por Leonardo de Medeiros Garcia, 12.ed. São Paulo: Jus Podivm, 2016.

BARBOSA, L.; CAMPBELL, C. O consumo nas Ciências sociais. In: BARBOSA, L.; CAMPBELL, C. (Org.). **Cultura, consumo e identidade**. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 21-44.

CAMPBELL, C. **A ética romântica e o espírito do consumismo moderno**. Rio de Janeiro: Rocco, 2001.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

EDWARDS, T. **Contradictions of consumption** – concepts, practices and politics in consumer society. Buckingham: Open University Press, 2000.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIANSANTI, R. **O desafio do desenvolvimento sustentável**. 4. ed. São Paulo: Atual, 1998.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GOMES, C. A. Responsabilidade ambiental e Consumo sustentável. In: MIRANDA, Jorge (Coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et. al. (Org.). **Diálogo Ambiental Constitucional e Internacional**. v. 3, Tomo 1. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2015, p. 1-10.

LEMOS, P. F. I. **Resíduos sólidos e responsabilidade civil pós-consumo**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MILARÉ, E. **Direito do ambiente**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PORTILHO, F.; CARNEIRO, C. B. M.; GALINDO, F. L. O. da C. **Consumo e meio ambiente: como a educação ambiental brasileira aborda essa relação?** V Encontro Nacional da Anppas, Florianópolis. 2010. Disponível em <<http://www.anppas.org.br/encontro5/cd/artigos/GT13-293-206-20101013115034.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2016.

RONCONI, E. P. O valor constitucional da sustentabilidade com sua pluridimensionalidade: ética, social, econômica, jurídico político e ambiental. In: SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini; BIRNFELD, Carlos André; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de (Coord.). **Direito e sustentabilidade** [Recurso eletrônico on-line]. – Florianópolis: FUNJAB, 2013. Disponível em:<<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/unicuritiba/livro.php?gt=13>> Acesso em 10 jul. 2015.

**PLANO DE AÇÃO 2016 – Projeto de educação para o consumo nas escolas**-Gerência de educação para o consumo-Superintendência de Proteção ao Direito do Consumidor (PROCON) Palmas-Tocantins.



The image features a minimalist design on a white background. A large, thick, grey arc curves from the top left towards the right side of the frame. In the bottom left corner, there is a dark grey, curved, triangular shape pointing towards the center. In the bottom right corner, there is another dark grey, curved, triangular shape pointing towards the center. The word "CONSTITUCIONAL" is centered in the upper half of the image.

CONSTITUCIONAL





*O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE  
EM PORTUGAL*

---

Wellington Magalhães



## INTRODUÇÃO

Portugal optou por conjugar no seu modelo de controle da constitucionalidade soluções do sistema norte-americano e do sistema austríaco. Mas o direito constitucional português não se limitou à conjugação das alternativas disponíveis e foi além. Essa é uma das metas deste trabalho, *i. e.*, tentar esboçar de maneira esboçada a originalidade do sistema português (CANOTILHO, 2011), nomeadamente no que tange à fiscalização concreta, difusa e incidental.

Para tanto, este trabalho desdobrou-se nos seguintes tópicos: modelo português de jurisdição constitucional; parâmetro de controle e objeto de controle; iniciativa e momento de suscitação da inconstitucionalidade; órgãos de controle; conteúdo e efeitos das decisões no controle concreto, difuso e incidental. Simultaneamente, também se arriscou a tecer algumas considerações e críticas acerca do que se entende por salutar relevância teórica para o debate circunscrito ao tema.

## 1 O MODELO DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

Em Portugal, o constitucionalismo monárquico dominante nas Constituições, de 1822, 1826 e 1838, certamente por sua matriz francesa, não contemplava nenhuma forma de controle da constitucionalidade pelos tribunais. Ocorre, porém, que nas últimas décadas do período monárquico uma larga discussão acerca dos decretos ditatoriais colocou o problema do controle da constitucionalidade em evidência (MIRANDA, 2001). Nesse contexto histórico, Portugal, em 1911, inspirado na Constituição Brasileira, de 1891, tornou-se o primeiro país europeu a prever um modelo de justiça constitucional que basicamente se reportava àquele inaugurado pelos norte-americanos, ou seja, de controle incidental difuso da constitucionalidade (COSTA, 2007; MIRANDA, 1980). Esse modelo foi mantido com algumas alterações nas Constituições, de 1933 e 1976. Contudo, após a revisão constitucional, de 1982, Portugal instituiu uma verdadeira «jurisdição constitucional autônoma» (COSTA, 2007).

A atual ordem constitucional portuguesa foi instaurada a partir do movimento revolucionário, de 25 de abril de 1974 (ROSAS, 2001). Durante o período constitucional revolucionário, que se estendeu da revolução até a Constituição, de 1976, intensos foram os debates sobre o modelo de controle da constitucionalidade a ser contemplado pela nova ordem. Ou seja, de um lado a fiscalização jurisdicional e a fiscalização política; do outro, a fiscalização difusa e a fiscalização concentrada. Esse confronto não foi totalmente resolvido na Constituição, de 1976, que se limitou a criar uma Comissão Constitucional responsável por emitir pareceres sobre as questões envolvendo a inconstitucionalidade das leis. A mencionada Comissão foi, por assim dizer, o pré-projeto do Tribunal Constitucional que viria a ser criado com a revisão, de 1982 (MIRANDA, 1980).

A questão do controle da constitucionalidade foi um dos temas de maior repercussão ao longo dos trabalhos da revisão constitucional, de 1982 (CORREIA, 1999). Com a mencionada revisão, o modelo português não regressou ao controle puramente incidental e difuso previsto nas Constituições, de 1911 e 1933. Também não optou por um controle puramente político. Entendeu-se por criar um verdadeiro «órgão autônomo de justiça constitucional», um Tribunal Constitucional destinado ao controle jurisdicional da constitucionalidade, mas sem retirar dos demais tribunais a competência para conhecer da inconstitucionalidade das leis nos casos concretos que lhes são submetidos (MIRANDA, 1980). Nessa senda, o Tribunal Constitucional português entrou em funcionamento, em 6 de abril de 1983. Desde então tem sido chamado a dirimir questões das mais relevantes em matéria de normas constitucionais, ora em sede de controle concreto ora sob as regras do controle abstrato (RODRIGUES, 2011).

Nota-se, portanto, que Portugal destacou-se no ambiente constitucional europeu ao conjugar soluções do sistema norte-americano e do austríaco, representando um verdadeiro “controle difuso na base e concentrado no topo” (MOREIRA, 2003). Trata-se de um “sistema complexo misto de controle”, que consolida elementos estruturantes dos modelos outrora conhecidos (CANOTILHO, 2011, p. 916). Ou seja, um regime de fiscalização concreta que assume natureza mista em que, ao contrário do modelo europeu, todos os juízes são competentes para julgar a constitucionalidade das normas. Todavia, ao

contrário do modelo norte-americano, as decisões dos tribunais, apenas quanto à questão da constitucionalidade, são recorríveis para um órgão autônomo de justiça constitucional.

Outra salutar característica do Tribunal Constitucional Português refere-se à sua autonomia ante os demais órgãos do Poder Judiciário, nomeadamente por conta da específica forma política de designação dos juizes, em que dez são designados pela Assembleia da República e três são cooptados (escolhidos) pelos primeiros. Para Cardoso da Costa, esse método de escolha dos juizes revela clara predominância do “vector parlamentar”, porém mitigada pela previsão de cooptação. Essa particularidade significa evitar o unilateralismo da composição do tribunal e assegurar a convivência pacífica das diferentes ideologias que gravitam na ordem político-social do Estado Português (COSTA, 2007; RODRIGUES, 2011). Talvez seja por essa metódica composição do Tribunal Constitucional que alguma doutrina defende tratar-se de verdadeiro órgão político, enquanto outra advoga tratar-se de verdadeiro órgão jurisdicional, *i. e.*, de jurisdição constitucional (SANTOS, 2011). Contudo, conforme salienta Gomes Canotilho (2011, p. 680), as dimensões políticas e jurídicas, para além de necessárias, são também incidíveis das questões constitucionais. Para o citado autor, o que de fato define a função de um tribunal constitucional é a sua “jurisdicionalidade” e a sua “vinculação a uma medida constitucional material de controlo”.

Ademais, no que se refere à competência, esta se encontra prevista no art. 223 da Constituição da República Portuguesa. Quanto à competência que envolva o controle da constitucionalidade de normas jurídicas, pode-se ilustrar o seguinte: *a)* controle abstrato por via de ação direta; *b)* controle abstrato prévio ou de fiscalização preventiva da inconstitucionalidade; *c)* «controle concreto por via de exceção»; *d)* controle misto; *e)* controle abstrato por omissão; *f)* fiscalização abstrata da ilegalidade “qualificada”; *g)* fiscalização concreta da ilegalidade qualificada; e, por fim, *h)* verificação de contrariedade de uma norma legislativa com uma convenção internacional.

Essas são, pois, as competências do Tribunal Constitucional Português em matéria de controle da constitucionalidade (REGO, 2010). Todavia, por questão temática, no próximo capítulo abordar-se-á apenas o «controle concreto por via de exceção», também conhecido por «fiscalização concreta,

difusa e incidental», ocasião em que se arriscará a enfrentar grandes controvérsias circunscritas ao sistema de garantia da Constituição Portuguesa, nomeadamente pela «natureza estritamente normativa» (RODRIGUES, 2011) deste «sistema misto complexo» (CANOTILHO, 2011).

## **2 PARÂMETRO DE CONTROLE E OBJETO DE CONTROLE**

O art. 3º da Constituição de Portugal dispõe que “a validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição”. A partir dessa disposição, duas posições “oscilam” acerca do que sejam “normas de referência” ou “parâmetro de controle” para fins de controle da constitucionalidade. A primeira defende que o parâmetro constitucional corresponde ao conteúdo da constituição escrita, abarcando tanto as normas formais como as materialmente constitucionais. Uma segunda entende que são “normas de referência” do controle da constitucionalidade não só aquelas constantes da constituição escrita, mas também as normas e princípios não escritos que integram a “ordem constitucional global”. Para Gomes Canotilho, “só a Constituição pode ser considerada como a norma de referência ou parâmetro normativo” de controle da constitucionalidade. Nessa senda, constituição aqui deve ser entendida “no seu todo”, na sua integralidade, incluindo-se não apenas o conteúdo normativo e princípios nela inscritos, como também os valores e princípios não escritos, mas que se reconduzem àqueles positivados na redação constitucional (CANOTILHO, 2011, p. 919). Dessarte, uma vez conceituado em termos gerais o que se possa entender por “normas de referência” ou “parâmetro de controle”, passar-se-á a tratar nos parágrafos seguintes sobre o «objeto de controle» da constitucionalidade, tema dos mais controvertidos na doutrina constitucionalista portuguesa.

A fiscalização concreta, difusa e incidental da constitucionalidade em Portugal tem «natureza estritamente normativa» (RODRIGUES, 2011), ou seja, incide exclusivamente sobre normas, distanciando-se, por exemplo, do controle incidental difuso brasileiro cujo objeto de controle vai além das normas jurídicas, abrange também os atos concretos do poder público e as

decisões judiciais inconstitucionais (STRECK, 2004). No caso português, o legislador constituinte optou por definir como objeto da fiscalização judicial constitucional todas as normas jurídicas, independentemente da sua natureza, forma, fonte ou hierarquia, pelo que, no conceito de norma para fins de controle, incluem-se todos os atos normativos primários, secundários e terciários. Todavia, «excluem-se» do controle os atos políticos ou atos individuais, além dos atos concretos de direito privado (CANAS, 1994).

Mas ao contrário do que possa parecer, a questão envolta do conceito de norma para delimitação do objeto de controle da constitucionalidade está longe de ser pacífica. Por esse motivo, a jurisprudência do Tribunal Constitucional há muito vem «apurando» um adequado conceito de norma. O marco jurisprudencial dessa construção evolutiva e conceitual identifica-se com o Acórdão nº 26, de 1985, da relatoria do conselheiro Cardoso da Costa. Desse julgado, abstrai-se que o conceito de norma, para fins de fiscalização da constitucionalidade, não está limitado pela “noção material, doutrinária e aprioristicamente” fixada pela doutrina, cuja ideia clássica remete à generalidade e abstração. Norma para os fins de controle reconduz a um “conceito funcionalmente adequado” ao sistema de fiscalização da constitucionalidade português, abrangendo, portanto, toda atividade dos poderes públicos que têm por fim a emissão de “regras de conduta” ou “critérios de decisão”. Portanto, pode-se concluir que a construção jurisprudencial do “conceito de norma funcionalmente adequado”, para fins de controle, resultou numa verdadeira «dilatação» ou «expansão» do conceito de norma jurídica, que, no entanto, não foi bastante para suprir algumas incertezas jurídicas que gravitam na órbita do que efetivamente seja o objeto de controle da constitucionalidade no sistema português (NABAIS, 2007).

Nesse sentido, até os preceitos normativos «individuais» e «concretos» são passíveis de controle jurisdicional da constitucionalidade. Isso porque, conforme ilustrado acima, a construção evolutiva do Tribunal Constitucional tem ampliado o objeto a todo preceito normativo, ainda que de caráter individual e concreto, mesmo quando constitua materialmente puro ato administrativo (CORREIA, 1999). Contudo, dúvidas não pairam de que o «enquadramento» desses atos como normas controláveis suscita sérias dificuldades quanto à definição exata do objeto de controle da

constitucionalidade, mormente quando se trata de atos cujos contornos jurídicos são indeterminados (CANOTILHO, 2011). Visando superar tais dificuldades, Canotilho (2011, p. 934) relaciona alguns “critérios de descoberta” de um conceito de norma constitucionalmente adequado, quais sejam: *a)* a normatividade; *b)* a imediação constitucional; *c)* a heteronomia normativa; e *d)* o reconhecimento normativo jurídico-público (CANOTILHO, 2011, p. 934). Nessa trilha, tem-se que o objeto de controle deve ser a um só tempo uma criação normativa imediatamente conforme ou desconforme à Constituição, cuja vinculação independa da vontade dos destinatários. Quanto ao reconhecimento normativo jurídico-político, este se refere exclusivamente à norma baseada na autonomia privada e que vincula terceiros independentemente de suas vontades, como, por exemplo, as convenções coletivas de trabalho (ANDRADE, 2001).

Portanto, verifica-se que o objeto de controle da fiscalização concreta, difusa e incidental da constitucionalidade portuguesa parte de um «conceito funcional de norma», ou seja, de um conceito funcionalmente adequado aos fins da justiça constitucional. Esse conceito funcional de norma tem sido praticado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional e ainda hoje suscita muitas dúvidas acerca de sua extensão. Mais adiante será tratado esse assunto, especificamente quando se abordar sobre o objeto do recurso de constitucionalidade no tópico destinado aos Órgãos de Controle.

### **3 OS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE**

Como já demonstrado ao longo deste trabalho, Portugal adotou um sistema misto de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade, pelo qual todos os tribunais em geral possuem competência para declarar a inconstitucionalidade de uma norma funcionalmente adequada aos fins de controle e garantia da constituição. Ocorre, porém, que somente ao Tribunal Constitucional compete dar a última palavra a essa matéria. Assim, para enfrentar esse tema, começarse-á pelos tribunais em geral e ao final tratar-se-á do Tribunal Constitucional, especificamente no que toca ao objeto do «recurso de constitucionalidade».



### **3.1 Os Tribunais em geral**

Não se tituló o subtópico aleatoriamente, pelo contrário, estriba-se nos artigos 204, 209 e 280 da Constituição da República de Portugal, que se prestam à partida de todo sistema de fiscalização judicial, concreta e incidental da constitucionalidade das normas jurídicas na ordem estatal portuguesa. Por meio desses artigos, todos os tribunais, independentemente da sua categoria, têm acesso à constituição e, dessa forma, têm o «poder-dever» de exercer o controle da constitucionalidade nos feitos submetidos a julgamento (MIRANDA, 2001). Nesse contexto, pelo menos três questões relevantes justificam algumas notas elucidativas, *i. e.*, a natureza jurisdicional dos «tribunais arbitrais»; o conhecimento «oficioso» da inconstitucionalidade; e, por fim, o interesse e «relevância» da questão da constitucionalidade para o caso concreto.

No que tange à primeira questão, o marco jurisprudencial norteador do tema identifica-se com o Acórdão nº 289, de 1986, cuja relatoria ficou a cargo do conselheiro Martins da Fonseca. Em síntese, o debate centrava-se no argumento de que uma comissão arbitral não é um tribunal, não faz parte do poder judiciário e, portanto, não garante o direito fundamental de acesso à justiça. Nessa trilha, caso se enveredasse por esses argumentos, poder-se-ia afirmar que um tribunal arbitral não pode exercer fiscalização concreta e incidental da constitucionalidade. No entanto, essa não fora a solução vitoriosa no mencionado acórdão. Segundo o conselheiro Martins da Fonseca, se a constituição não fornece elementos objetivos que definam o que seja um tribunal, então sua definição há de “radicar-se” na natureza das funções jurisdicionais que um verdadeiro tribunal exerce. Nessa senda, tem-se por função jurisdicional a que se destina assegurar e defender direitos e interesses legalmente protegidos pela ordem jurídico-constitucional, cuja finalidade principal resume-se em dirimir pacificamente os conflitos entre interesses públicos e privados. Ademais, essa função incumbe em regra ao Estado, mas excepcionalmente pode ser delegada ao particular. Dessa forma, na esteira dos fundamentos articulados no mencionado acórdão, dúvidas não pairam de que também os tribunais arbitrais exercem funções jurisdicionais e, portanto, estão habilitados a realizar a fiscalização difusa, concreta e incidental da

constitucionalidade. Porém, como adverte Carlos Lopes Rego (2010, p. 18), “destrinchar claramente a figura do verdadeiro tribunal arbitral de entidades não jurisdicionais” não é nada fácil, especialmente quando a forma de designação dos “árbitros não respeitam integralmente as garantias de independência e imparcialidade, próprias da função jurisdicional”. Conclui afirmando somente se reconhecer função jurisdicional àqueles tribunais arbitrais criados ou autorizados por lei, cuja composição esteja plenamente adequada às garantias de independência e imparcialidade dos juízes árbitros (REGO, 2010, p. 18).

Na sequência, a segunda questão relevante eleita para tratar neste subtópico diz respeito ao poder-dever de o magistrado conhecer *ex officio* da inconstitucionalidade de normas jurídicas. Ou seja, para conhecer e rejeitar uma norma por inconstitucionalidade, o juiz não está limitado à suscitação da questão por uma das partes porque se trata de uma questão objetiva (CANOTILHO, 2011). Diferentemente de outros sistemas, para além de simples aplicadores da legislação infraconstitucional, os tribunais comuns portugueses também representam peça fundamental na garantia de efetividade e primazia da Constituição. Conforme afirma Vitalino Canas, em matéria de fiscalização da constitucionalidade, “a posição do juiz ordinário resultou nitidamente consolidada” (CANAS, 1994, p. 54), pois não lhe foi atribuída somente a faculdade de admitir o incidente, como também de julgá-lo, contrariamente ao que sucede em diversos países europeus em que a questão é admitida pelo tribunal comum e remetida ao Tribunal Constitucional, que é quem tem a competência concentrada e exclusiva de interpretar e fiscalizar a Constituição (MOREIRA, 2003; VELÉZ, 2007).

A terceira e última questão do subtópico relaciona-se com a «relevância» da questão inconstitucional para o caso concreto. Isto é, não basta que o particular suscite em linhas gerais a inconstitucionalidade de determinada norma ou de um número variado de normas. Ele deve demonstrar que a declaração de inconstitucionalidade da norma impugnada influirá diretamente na decisão do caso *sub judice*. Isso porque se reafirma: no sistema português de fiscalização concreta, difusa e incidental, o juiz *a quo* não se limita a conhecer do incidente e reenviá-lo ao Tribunal Constitucional. Uma vez arguida a questão inconstitucional, o tribunal decide a causa principal interpretando a

compatibilidade, ou não, da norma questionada ante a Constituição. O juízo que se processa ao (*des*)aplicar a norma por questão de (*in*)constitucionalidade, em que pese não ser a questão principal do caso concreto, traduz-se em verdadeira razão da decisão (*ratio decidendi*), *i. e.*, de uma questão suscetível de influir na decisão de fundo (cf. Acórdãos 2, de 1983, e 44, de 1985). Não se trata de uma questão marginal (*obiter dictum*), aleatória e sem importância para o resultado final do processo. Daí por que a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem sedimentado a ideia de que os tribunais comuns, em matéria de fiscalização concreta, possuem “competência vinculada” e só podem decidir as questões de inconstitucionalidade que tenham por objeto as normas aplicáveis ao caso concreto submetido a julgamento (cf. Acórdão 169, de 1992). Portanto, só haverá questão inconstitucional a ser dirimida pelos tribunais em geral quando a alegada inconstitucionalidade normativa estiver diretamente vinculada à solução do caso concreto (CORREIA, 1999).

### **3.2 O Tribunal Constitucional**

Demonstrou-se em linhas pretéritas que o sistema de fiscalização ou controle da constitucionalidade em Portugal tem suas particularidades que conjugam soluções do sistema austríaco e do sistema americano. Trata-se de um modelo misto em que todos os tribunais têm acesso à constituição, mas apenas ao Tribunal Constitucional compete proferir a última palavra em matéria de constitucionalidade das normas jurídicas (ROLO, 1996). Ocorre que na fiscalização difusa, concreta e incidental o Tribunal Constitucional só atua numa fase recursal (Ac. 596, de 2003), isto é, a partir de um «recurso de constitucionalidade» que pode ser dirigido pelas partes envolvidas no caso concreto. Ressalta-se que nalgumas hipóteses esse recurso é obrigatório para o Ministério Público, ora como parte no processo, ora como fiscal da ordem jurídica. A proposta não é a de analisar uma a uma todas as possibilidades recursais (MIRANDA, 2001), até por conta da delimitação temática deste trabalho. Desta feita, tratar-se-á nas linhas seguintes apenas do objeto do recurso de constitucionalidade, designadamente sobre a interpretação doutrinária e jurisprudencial envolta do art. 280, nº 6, da Constituição da República Portuguesa, cuja redação prescreve que os recursos para o Tribunal

Constitucional são restritos à «questão da inconstitucionalidade».

Segundo análise de Carlos Lopes do Rego, o objeto do recurso de fiscalização concreta concentra-se na questão da inconstitucionalidade levantada no “processo-base”, a partir da qual são aferidos os pressupostos de admissibilidade do recurso interposto perante o Tribunal Constitucional (REGO, 2010). Nesse sentido, partindo de uma análise acurada do art. 70 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Português, o mesmo autor relaciona três “traços fundamentais” ou “pressupostos gerais” que, reunidos, traduzem a «questão inconstitucional»; por conseguinte, o «objeto do recurso em fiscalização concreta da constitucionalidade» deve sempre “reportar-se à impugnação de uma **decisão de natureza jurisdicional**” proferida por outro tribunal acerca da questão de inconstitucionalidade; têm sempre “**caráter ou natureza instrumental**”; e, por fim, têm necessariamente “**objecto normativo**”, devendo incidir sobre normas ou interpretações normativas” (REGO, 2010, p. 17). Passa-se, agora, à análise pormenorizada de cada um desses elementos identificadores do objeto do recurso de constitucionalidade para o Tribunal Constitucional.

Em relação ao primeiro elemento caracterizador da questão inconstitucional, não se veem grandes dificuldades em abordá-lo, até porque em linhas passadas já foram tratadas as questões relacionadas aos tribunais em geral, em que se aprofundaram os estudos sobre a natureza jurisdicional das decisões proferidas por tribunais arbitrais criados e/ou autorizados legalmente. Mas aqui ainda existe um ponto a ser enfrentado, qual seja, a decisão sobre a questão inconstitucional suscitada em providência cautelar, para que nesses casos não se tenha uma decisão definitiva, e sim provisória. Segundo Jorge Miranda (2001), essa preocupação se justifica porque em processos cautelares o tribunal não emite um “juízo definitivo”, mas sim de “probabilidade” acerca da questão inconstitucional. Todavia, o mesmo autor adverte: “quando esteja em causa não uma norma que diga respeito ao direito ou interesse em causa, mas uma norma atinente ao próprio regime da providência cautelar já o recurso deve ter-se por admissível” (MIRANDA, 2001, p. 207). Nesse sentido é o que também sustenta Carlos Lopes do Rego (2010, p. 24), segundo o qual mesmo em providências cautelares “tais medidas são susceptíveis de afectar, em termos imediatos e, porventura, irremediáveis, direitos e interesses das partes, em muitos casos

dotados de relevo e protecção constitucionais”, não se podendo falar nesses casos em inutilidade de eventual decisão a ser proferida pelo Tribunal Constitucional (Ac. 151, de 1985). Portanto, para encerrar a análise do primeiro elemento identificador da questão inconstitucional, deve-se ter em causa uma decisão jurisdicional proferida por um tribunal, em regra definitiva, mas que excepcionalmente pode circunscrever-se numa decisão de natureza cautelar.

O segundo traço marcante e fundamental que individualiza a questão inconstitucional e conduz à descoberta do que efetivamente seja o objeto do recurso de constitucionalidade é a sua natureza instrumental, *v. g.*, a sua utilidade para o caso concreto *sub judice* (CORREIA, 1999). Quem coloca claramente essa temática é Victor Calvete, segundo o qual, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, o “interesse processual” que conta não é o interesse em demandar ou de contraditar, “mas sim o de que a decisão a ser proferida pelo Tribunal Constitucional seja suscetível de influir no julgamento do caso concreto” (CALVETE, 2003, p. 403). Como adverte Carlos Lopes do Rego, esse traço fundamental da questão inconstitucional tem “evidente conexão” com o fenómeno da “efectiva aplicação ou desaplicação” da norma ou interpretação normativa pelos tribunais em geral (REGO, 2010, p. 52), conforme os casos e o tipo de recurso em causa (CANOTILHO, 2011). Toda essa abordagem ficará delimitada de maneira mais clara quando se ingressar na matéria que envolve o conteúdo e os efeitos das decisões em sede de fiscalização concreta, difusa e incidental da constitucionalidade. Para o momento, é suficiente esclarecer que uma vez não evidenciada a utilidade do recurso de constitucionalidade sua tramitação pelo Tribunal Constitucional não será admitida (Ac. 44, de 1985).

Por último, o terceiro elemento de descoberta e identificação da questão inconstitucional circunscreve-se ao “**objecto normativo**”, devendo incidir sobre normas ou interpretações normativas. Como demonstrado em linhas pretéritas, a fiscalização judicial e concreta da constitucionalidade em Portugal incide sobre normas jurídicas que tenham relevância para a solução do caso concreto. E quando se trata de recurso de constitucionalidade para o Tribunal Constitucional Português a questão inspira complexidade porque não se recorre da decisão judicial em si, mas da questão inconstitucional posta nas instâncias ordinárias. Daí o porquê da preocupação em bem definir a questão

inconstitucional para que todos tenham a noção exata do que seja o objeto do recurso da constitucionalidade. Ocorre que dos três “traços marcantes” da questão inconstitucional o “objecto normativo” é o de maior complexidade, nomeadamente no que se refere às interpretações normativas. Desta feita, nas linhas seguintes será revisto brevemente o conceito de normas para então enfrentar o que seja interpretação normativa para fins de controle da constitucionalidade.

Segundo afirma Cardoso da Costa, o recurso de constitucionalidade tem por objeto em sentido formal a decisão; no entanto, em sentido material, seu objeto é a norma (COSTA, 2007). Ou seja, ao Tribunal Constitucional não compete resolver o caso concreto, mas sim se pronunciar sobre a questão inconstitucional suscitada e averiguada pelas instâncias inferiores (CANAS, 1994). Como se verá adiante, a decisão do Tribunal Constitucional em sede de fiscalização concreta não substitui a decisão recorrida, porque de fato seu papel não é solucionar contendas entre decisões judiciais (COSTA, 2007), mas sim emitir a última palavra acerca da (*des*)aplicação de uma norma por (*in*)constitucionalidade pelo juízo *a quo* ao julgar um caso concreto. Dessarte, o objeto normativo é um dos elementos que identificam a questão inconstitucional, por conseguinte, tem-se que esse objeto normativo é o mesmo estudado alguns tópicos atrás, qual seja: a norma funcionalmente adequada aos fins do controle da constitucionalidade das normas jurídicas no sistema jurídico-constitucional português (RODRIGUES, 2011), que por si mesma já provoca as mais diversificadas contendas doutrinárias e jurisprudenciais.

Contudo, complexidade maior se verifica quando o Tribunal Constitucional, com arrimo no nº 3 do art. 80 de sua Lei Orgânica, passa a admitir recursos não mais circunscritos apenas ao objeto normativo como acima ilustrado, mas também aqueles donde se extrai uma “interpretação normativa” da norma impugnada de inconstitucionalidade durante o percurso processual ordinário. Ao evoluir nesse sentido, o Tribunal Constitucional a um só tempo amplia (ou reduz) o âmbito da “questão inconstitucional” e institui sérias dificuldades no que toca à distinção entre “objeto normativo” e “objeto decisão” (RODRIGUES, 2011). Já não basta compreender o conceito funcional de norma, mas também os liames das interpretações normativas que se sujeitam ao

sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade, o que em certa medida acaba por colocar à prova o sistema de fiscalização escolhido pela Constituição de Portugal, de 1976 (MEDEIROS, 1999).

Segundo explica Carlos Lopes do Rego, para além das normas funcionalmente adequadas ao controle concreto serão também sindicadas determinadas interpretações normativas sempre que a norma for adotada pela decisão recorrida não com um “sentido genérico e objetivo”, mas sim em função do modo como ela é “perspectivada” e “aplicada à resolução de um determinado conflito de interesses” (REGO, 2011, p. 32). Isto é, também as interpretações normativas proferidas pelo tribunal *a quo* são passíveis de fiscalização pelo Tribunal Constitucional, que, ao enfrentá-las, poderá acatá-las ou rejeitá-las numa espécie de interpretação, conforme a Constituição (CANOTILHO, 2011).

No entanto, para que isso ocorra, é necessário que a parte interessada questione a constitucionalidade atribuída a uma determinada interpretação normativa, tal como se estivesse impugnando constitucionalidade de uma norma funcionalmente adequada ao controle da constitucionalidade. Como adverte Carlos Lopes do Rego (2010, p. 33), “é indispensável que a parte identifique expressamente essa interpretação ou dimensão normativa, em termos de o tribunal, no caso de a vir a julgar inconstitucional, a poder enunciar na decisão”. Em suma, o Tribunal Constitucional só admite o recurso de constitucionalidade que impugna dada interpretação normativa se esta houver sido a *ratio decidendi* da decisão recorrida (Ac. 483, de 2002).

Portanto, diante das considerações acima alinhavadas, conclui-se que o objeto do recurso de constitucionalidade em fiscalização concreta circunscreve-se à questão da inconstitucionalidade, cujos traços identificadores são: *a*) a natureza jurisdicional da decisão recorrida; *b*) a natureza instrumental e/ou de utilidade para a solução do caso concreto; e *c*) a natureza normativa do objeto do qual se recorre, ainda que se trate de uma interpretação normativa envolta da solução dada ao caso pelo tribunal recorrido.

### **3.3 Conteúdo e efeitos das decisões na fiscalização concreta de constitucionalidade**

Uma vez suscitada «adequadamente» a questão inconstitucional num processo em curso, ao juiz da causa cabe enfrentá-la, *v. g.*, pronunciar-se sobre a procedência, ou não, da questão inconstitucional, ocasião em que deve «aplicar» ou «rejeitar» a norma impugnada (MIRANDA, 2001; CANOTILHO, 2011). No entanto, conforme dispõe o art. 70, nº 1, letras “a” e “b”, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Português, dessa decisão cabe recurso para o Tribunal Constitucional, tudo conforme as regras processuais atinentes a cada caso específico (COSTA, 2007), cuja análise não se enquadra na limitação temática do presente trabalho. Daí por que neste tópico limitar-se-á a analisar o «conteúdo e os efeitos das decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional em sede de fiscalização concreta, difusa e incidental». Para tanto, por questão estrutural, abordar-se-ão as «decisões com juízo de constitucionalidade», passando pelas «decisões com juízo de inconstitucionalidade» e concluídas com as «decisões interpretativas», que, a propósito, são as mais investigadas pela doutrina (FONSECA; DOMINGOS, 2002; MEDEIROS, 1999; MIRANDA, 2001; CANOTILHO, 2011).

No que tange inicialmente às «decisões com juízo de constitucionalidade», especialmente por se tratar de fiscalização concreta, difusa e incidental, a principal ideia a ser retida é a de que o Tribunal Constitucional não emite «juízo positivo de constitucionalidade», e sim de «negação da inconstitucionalidade» suscitada. Nesses casos, sucede o fenômeno do «não julgamento da inconstitucionalidade objeto do recurso de constitucionalidade», cujos efeitos se limitam ao processo *sub judice* e às partes nele envolvidas (CORREIA, 1999). Assim, na hipótese da norma impugnada ter sido recusada pelo tribunal *a quo*, o Tribunal Constitucional emite um «comando» para que o juiz da causa resolva a demanda aplicando a norma que antes havia rejeitado. Portanto, como é de se perceber, «o julgamento realizado pelo Tribunal Constitucional não substitui a decisão recorrida», nomeadamente porque se está diante de um sistema de controle normativo, e não de um contencioso de decisões judiciais (COSTA, 2007). Todavia, se por um lado a decisão do Tribunal Constitucional não substitui a decisão recorrida, por outro «vincula» o tribunal *a quo*, que no caso



concreto *sub judice* não mais poderá rejeitar a norma por motivo de inconstitucionalidade (FONSECA; DOMINGOS, 2002). Essa vinculação também se estende aos demais tribunais que por alguma eventualidade processual possam vir a conhecer do mesmo processo noutras fases processuais.

Já no que toca às «decisões com juízo de inconstitucionalidade», em linhas gerais pode-se esclarecer estar-se diante de uma decisão que julga procedente a questão inconstitucional. Ou seja, “o Tribunal julga a norma inconstitucional confirmando a decisão do Tribunal *a quo* (decisão de «não provimento do recurso») ou revogando-a (decisão de «provimento do recurso»)”, como claramente explica Gomes Canotilho (2011). Lembre-se, contudo, de que, no caso de provimento do recurso e revogação da decisão recorrida, o Tribunal Constitucional emite um «comando» para que o tribunal *a quo* reformule sua decisão, só que agora «desaplicando» ao caso concreto a norma declarada inconstitucional (CANAS, 1994). No mais, não se pode deixar de realçar que os efeitos dessas decisões são «internos» ao processo em causa, *i.e.*, com eficácia circunscrita ao caso concreto *sub judice*, não havendo de se falar em eficácia *erga omnes*. Ademais, fazem coisa julgada formal e material, impedindo, portanto, que a questão inconstitucional seja retomada no processo em causa, a propósito do que dispõe o nº 1 do art. 80 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Português (MOREIRA, 2003).

Até aqui se pode traçar um paralelo, qual seja, de um lado as decisões com juízo de constitucionalidade, doutro as decisões com juízo de inconstitucionalidade. Ocorre, porém, que o Tribunal Constitucional pode também emitir «decisões interpretativas» de «acolhimento» ou de «rejeição». Ou seja, para além de acolher ou rejeitar integralmente o recurso de constitucionalidade, o Tribunal Constitucional pode proferir decisões dos «tipos intermédios», *v. g.*, que podem ser de três categorias: *a*) decisões de inconstitucionalidade parcial; *b*) decisões interpretativas; *c*) decisões integrativas, acumulativas ou aditivas, todas com efeitos limitados às partes e ao caso concreto *sub judice* (REGO, 2010, p. 286). Nesse contexto, caso o recurso tenha como fundamento não a inconstitucionalidade como tal de uma norma, mas antes a interpretação que dela faz o tribunal *a quo*, a decisão que quanto a este ponto o Tribunal Constitucional proferir é também ela obrigatória para o tribunal recorrido, que assim está «vinculado» a rever ou manter sua decisão consoante a jurisdição constitucional

dê ou negue provimento ao recurso de constitucionalidade (CORREIA, 1999). Trata-se, não há dúvidas, da técnica de interpretação conforme a Constituição como alternativa à declaração de nulidade das normas objeto de controle (QUEIROZ, 2010). No entanto, conforme advertido em linhas pretéritas, para além de colocar à prova o sistema de controle da constitucionalidade, essa técnica interpretativa também apresenta disfunções que comprometem o equilíbrio institucional das democracias constitucionais, sobretudo quando, a pretexto de aplicar certa “interpretação conforme a Constituição”, juízes constitucionais passem a “criar direito” sem conexão com o “objeto interpretado” (URBANO, 2013, p. 71).

Portanto, diante do que se apresentou neste tópico, conclui-se que as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional Português em fiscalização concreta, difusa e incidental da constitucionalidade podem ser de três espécies, ou seja, decisões com juízo de constitucionalidade; decisões com juízo de inconstitucionalidade; e decisões interpretativas ou também conhecidas como decisões dos tipos intermédios. Em linhas gerais, pode-se resumir que as decisões serão de provimento ou de não provimento do recurso de constitucionalidade. Nas decisões de provimento, o Tribunal Constitucional conhece do recurso, acolhe as razões do recorrente e, por último, emite um «comando» ao tribunal recorrido para que este reformule (ou mande reformular) a decisão recorrida, em conformidade com o julgamento sobre a questão da inconstitucionalidade, proferido pelo Tribunal Constitucional. De outro modo, as decisões de não provimento não apresentam grandes dificuldades, especialmente porque são decisões que não alteram o julgado recorrido no que tange à questão da inconstitucionalidade. Por fim, viu-se também que as decisões do Tribunal Constitucional no controle concreto da constitucionalidade fazem caso julgado no «processo-base», impedindo, assim, que a questão inconstitucional venha novamente a ser tratada no processo em causa. E nesse particular vale uma última nota: “não só o Tribunal Constitucional é o tribunal competente para decidir definitivamente sobre a sua própria competência, como é de conhecimento oficioso a violação de caso julgado”, razão pela qual doutrina e jurisprudência convergem num só sentido, qual seja, admitir a hipótese de um «recurso atípico» ao Tribunal Constitucional, ao abrigo dos art. 2º; 70, nº 1; e 80, nº 1, todos da Lei Orgânica da Corte Constitucional Portuguesa (COSTA, 2007).

## CONCLUSÃO

Quanto ao modelo de justiça constitucional adotado em Portugal, na atual ordem constitucional portuguesa vigora um modelo de justiça constitucional que contempla soluções do sistema norte-americano e do sistema austríaco, cuja especificidade consiste em ser um sistema de controle «difundido» entre os tribunais em geral e «concentrado» no Tribunal Constitucional. O modelo português, ao contemplar um Tribunal Constitucional, optou por um órgão «autônomo» de justiça constitucional, ou seja, um tribunal alheio às estruturas próprias do Poder Judiciário, nomeadamente no que tange à composição que é predominantemente «política», o que, todavia, não lhe retira a natureza de órgão jurisdicional, *v. g.*, de jurisdição constitucional.

Mais especificamente no que tange à composição do Tribunal Constitucional, ao longo da investigação, percebem-se significativas divergências políticas e doutrinárias quanto à higidez do método de designação dos juizes, nomeadamente pela predominância do «vector político» na escolha e eleição de mais de dois terços dos juizes pela Assembleia da República, o que, sob esse ponto de vista, pode «refletir» na «independência» e «autonomia» do Tribunal Constitucional.

Quanto ao modelo de controle ou fiscalização difusa, concreta e incidental da constitucionalidade em Portugal, trata-se de um sistema de «natureza estritamente normativa», ou seja, incide exclusivamente sobre «normas» ou «interpretações normativas», não abarcando, portanto, atos concretos do poder público ou mesmo as decisões judiciais.

Quanto ao não cabimento da fiscalização judicial concreta, difusa e incidental de decisões judiciais dos tribunais em geral, esclarece-se que o impedimento é de que haja um «contencioso de decisões judiciais», isto é, que o Tribunal Constitucional possa emitir julgamento acerca das questões de mérito envolvidas no processo *sub judice*. Daí que o «recurso de constitucionalidade» só é admitido quando evidenciada a «questão da inconstitucionalidade», cujos traços identificadores são a natureza jurisdicional da decisão recorrida; a natureza instrumental e/ou de utilidade para a solução do caso concreto; a natureza normativa do objeto do qual se recorre, ainda que se trate de interpretação normativa em volta da solução dada

ao caso pelo tribunal recorrido. Diversas são as «críticas» a esse modelo de controle estritamente normativo, especialmente quando se está a tratar das «interpretações normativas».

E essa constatação levou a questionar sobre a necessidade «ou não» doutros mecanismos de defesa da ordem constitucional e dos direitos fundamentais, como, por exemplo, um «recurso de amparo» ao estilo espanhol ou de uma «queixa constitucional» ao estilo alemão. Todavia, diante da vasta jurisprudência «ampliativa» do Tribunal Constitucional, pelo menos a princípio não se vislumbraram sólidas razões que justificassem a «criação» de mais um instrumento jurídico-processual.

No que toca especificamente ao conceito de normas jurídicas, conclui-se que o Tribunal Constitucional Português parte de um «conceito funcionalmente adequado» aos fins da justiça constitucional. Ou seja, o conceito de norma não se restringe à noção clássica e tradicional de generalidade e abstração, pois abrange também toda atividade dos poderes públicos que têm por fim a emissão de «regras de conduta» ou «critérios de decisão», podendo ainda abarcar atos normativos privados, cuja «vinculatividade» não depende da vontade dos destinatários. Nesse particular, a questão que se indaga é a de saber qual o «limite» da margem de apreciação do Tribunal Constitucional no que tange aos liames do conceito de norma para fins de controle, e se a ausência de critérios mais ou menos objetivos não acaba por criar sérios inconvenientes ao aprimoramento da justiça constitucional.

Em relação ao controle das «interpretações normativas», conclui-se tratar-se da aplicação da técnica de «interpretação conforme a constituição», mas que, para além de colocar à prova o sistema de controle da constitucionalidade ao ampliar o âmbito da questão inconstitucional, também apresenta disfunções que comprometem o equilíbrio institucional da justiça constitucional como um todo, sobretudo quando, a pretexto de aplicar certa interpretação conforme a constituição, juízes constitucionais passem a criar direito sem conexão com o objeto interpretado, *i.e.*, sem vinculação à questão da inconstitucionalidade circunscrita ao caso concreto *sub judice*.

Ainda sobre as «interpretações normativas», conclui-se que a utilização indiscriminada dessa técnica interpretativa pode também causar sérios desequilíbrios institucionais, nomeadamente entre os órgãos jurisdicionais,

quando a pretexto de emitir realizar determinada interpretação, conforme a Constituição, juízes do Tribunal Constitucional passem a invadir a esfera de competência dos juízes ordinários no que tange à aplicação e interpretação das normas infraconstitucionais, razão pela qual também por esse motivo tal artifício jurídico deve ser tratado com cautela e parcimônia.

## **REFERÊNCIAS**

ANDRADE, José Carlos Vieira de. A fiscalização da constitucionalidade das "normas privadas" pelo Tribunal Constitucional. **Revista de Legislação e de Jurisprudência**, Lisboa, n. 3921, Ano 133º, p. 357-363, abr. 2001.

CALVETE, Victor. Interesse e relevância da questão de constitucionalidade, instrumentalidade e utilidade do recurso de constitucionalidade. Quatro faces de uma mesma moeda. **Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 403-431.

CANAS, Vitalino. **Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional**: conteúdo, objeto e efeitos. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

CORREIA, José de Matos. **A Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade**. Oeiras: Livraria Republicana, 1999.

COSTA, José Manuel M. Cardoso. **A jurisdição constitucional em Portugal**. Coimbra: Almedina, 2007.

FONSECA, Guilherme; DOMINGOS, Inês. **Breviário de Direito Processual Constitucional**. Recurso de Constitucionalidade. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2002.

MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. Coimbra: Coimbra, 2001.

MIRANDA, Jorge. Sobre a previsível criação de um Tribunal Constitucional. **Democracia e liberdade**, Lisboa, n. 15, p. 22-24, jun. 1980.

MOREIRA, Vital. A "Fiscalização Concreta" no quadro do sistema misto de justiça constitucional. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, volume comemorativo, p. 817-848, 2003.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2007.

QUEIROZ, Cristina M. M. O princípio da interpretação conforme a constituição. Questões e perspectivas. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, Porto, Edição especial, v. 7, p. 313-328, 2010.

REGO, Carlos Lopes do. **Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2010.

RODRIGUES, Benjamim Silva. **Direito Constitucional**. Tomo I. Coimbra: Rei dos Livros, 2011.

ROLO, Nuno Cunha. **A fiscalização concreta em Portugal e o controlo difuso em direito comparado**: comparado: o sistema americano e o(s) sistema(s) europeu(s). 2003. Disponível em: <<http://www.verbojuridico.net/doutrina/constitucional/fiscalizacaoconcreta.html>>. Acesso em: 26 mar. 2003.

ROSAS, Fernando. O Estado Novo. In: MATTOSO, José. **História de Portugal**. Lisboa: Estampa, 2001. v. 8, p. 17-34.

SANTOS, Ana Catarina. **Papel político do Tribunal Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Uma nova crítica ao direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

URBANO, Maria Benedita. **Curso de justiça constitucional**. Coimbra: Almedina, 2013.

VELÉZ, Diego Palomo. Amparo Constitucional en España: Estudio sobre una experiencia de dulce y agraz. **Estudios Constitucionales**, Universidad de Talca, Año 5, n. 1, p. 395-466, 2007.

*INCLUSÃO DA PESSOA SURDA NO MERCADO DE  
TRABALHO EXISTE? – UMA ANÁLISE À LUZ DO  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO*

---

Tatiana Façanha Borges  
Vanessa Batista Oliveira  
Andrine Oliveira Nunes





## INTRODUÇÃO

O trabalho é o meio pelo qual a pessoa pode vir a pôr em prática o conhecimento teórico adquirido, desenvolver-se socialmente e conquistar a independência financeira, sendo de fundamental importância para o desenvolvimento do ser, auxiliando-o a progredir em sua existência e profissionalmente. Assim, a previsão constitucional que garante o direito social ao trabalho é, senão indispensável, obrigatório. Veja-se o artigo 6º da Constituição Federal, de 1988: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Nessa senda, deve-se considerar que, no Brasil, a pessoa surda poderá não utilizar a Língua Portuguesa para se comunicar, pois não é a única língua falada no território nacional, pois, conforme a Lei nº 10.436, de 2002, é estabelecido o reconhecimento da Língua Brasileira de Sinais, comumente conhecida como Libras, como meio legal de comunicação e expressão, conforme determinação do artigo 1º, sendo explicitado o que se entende por Libras.

A pessoa surda, no território nacional, possui mais de uma opção de como se comunicar, se escolher a Língua Portuguesa passará por um procedimento de oralização; se Libras, ou o método bilíngue, aprenderá primeiro a Língua de Sinais e, quando tiver um domínio sobre a primeira língua, a língua oral lhe será ensinada como segunda.

A Língua de Sinais é a forma de comunicação utilizada, preferencialmente, pelas pessoas que adquirem a surdez antes da fase da aquisição da língua ou nascem com a capacidade auditiva reduzida. Isso se deve pela Língua de Sinais ser composta de técnicas voltadas para os sentidos da visão e do tato, com utilização de expressões faciais, movimento e orientação da mão, bem como dos espaços do topo da cabeça ao tronco e arredores para configuração de sinais que determinam qual palavra está sendo manifestada. Além disso, tornou-se parte da identidade cultural da comunidade surda brasileira, que se tornou tão coesa no País devido à imprescindibilidade de se organizarem em prol de seus direitos, como para defender o ensino da Língua de Sinais em escolas ou para que seja conhecida pelos demais membros da população.

A Libras, conforme Honora e Frizanco (2010), possui suas complexidades, variações sociais, sendo que um sinal numa cidade pode ser realizado de uma forma e, em outra, sinalizado completamente diferente, ou seja, não é uma língua uniforme no País ou no mundo. E, como qualquer outra língua, sofre variações históricas devido aos costumes sociais, demonstrando estes ou o período histórico vivido.

Para o respeito ao acesso ao trabalho da pessoa surda, deverão ser observadas as particularidades culturais da comunidade e a forma de comunicação escolhida pelos seus membros, utilizando-se de todos os meios disponíveis para garantir o desempenho e desenvolvimento laboral. Com isso, é necessário indicar que há duas grandes visões sobre a pessoa surda, existindo a concepção clínico-terapêutica que, conforme Franco (2014), a primeira aborda a pessoa surda como alguém a ser curado, sendo que a falta de audição é fator suficiente para estigmatizar e excluir. Já na segunda, a surdez é parte integrante de uma comunidade diversa que se desenvolve e possui características próprias. Já a visão cultural, conforme Gesser (2009), é aquela em que os surdos e demais pessoas usam e valorizam a Libras e assumem uma posição de autonomia identitária, linguística e cultural, pela qual o coletivo conseguiu se desenvolver o suficiente para criticar a construção da soberania do mundo ouvinte, sendo visualizadas no País tais alterações, tanto nas famílias quanto na sociedade.

Assim, o objetivo deste artigo é analisar se existe a inclusão ou a exclusão da pessoa surda no campo trabalhista, em conformidade com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, a Lei nº 13.146, de 2015, e a Lei de Libras nº 10.436, de 2002, por meio dos boletins do Ministério do Trabalho, bem como a averiguar a garantia dessas pessoas ao trabalho.

Os principais teóricos que auxiliaram a embasar a presente pesquisa na parte principiológica e constitucional foram Fávero (2004), Branco e Mendes (2012) e Ramos (2014), já nos aspectos históricos, social, inclusivo e legal da pessoa surda e da Língua Brasileira de Sinais foram Honora e Frizanco (2009), Honora e Frizanco (2010); Perlin (2006), Silva, Kauchakje e Gesueli (2003); Novaes (2010).

A metodologia utilizada foi a de abordagem qualitativa que, segundo Bastos (2005), é de critério subjetivo e não utiliza números, mas sim das observações

das ações e relações humanas. A investigação subjetiva deu-se pela investigação por meio de pesquisa bibliográfica e documental, com o uso de referências teóricas, como livros e artigos científicos, bem como documentos de dados estatísticos elaborados por institutos especializados.

A pesquisa bibliográfica, de acordo com Severino (2007), utiliza-se dos registros disponíveis, nos quais já existem uma metodologia aplicada e pesquisa prévia, em documentos impressos ou virtuais. São, por conseguinte, dados trabalhados por outros pesquisadores, os quais podem ser, segundo Prado (2011), formal e factual, já que, o primeiro, lida com conceitos e também trata de fatos com mensuração.

## **1 O DIREITO AO TRABALHO DA PESSOA SURDA**

No Brasil, conforme Honora e Frizanco (2009), antes do período do Segundo Império, compreendendo os anos de 1840 a 1889, a pessoa surda brasileira ou a pessoa com deficiência auditiva não recebiam estímulos para nenhum campo que incentivasse seu aprendizado e sua profissionalização, pois a surdez era vista como deficiência considerada grave que incapacitava a pessoa para essa finalidade.

A mudança sobre a percepção da surdez se deveu à chegada de Harnest Huet ao País. Desta feita, foi verificada, pela primeira vez, a capacidade de aprendizado do surdo, em conformidade com Honora e Frizanco(2009, p.27):

Deu-se origem à Língua Brasileira de Sinais, com grande influência da Língua Francesa. Huet apresentou documentos importantes para educar os Surdos, mas ainda não havia escolas especiais. Solicitou, então, ao Imperador Dom Pedro II, um prédio para fundar, em 26 de setembro de 1857, o Instituto dos Surdos-Mudos do Rio de Janeiro.

O Instituto de Surdos-Mudos do Rio de Janeiro é conhecido, atualmente, como Instituto Nacional de Educação de Surdos (INES), o qual funciona em âmbito federal, tendo como atribuição formular e incentivar a política nacional de Educação de Surdos, além de promover cursos profissionalizantes para a

pessoa surda e ofertar estágios remunerados. Conforme o INES (2015, *online*), o seu Colégio de Aplicação, Educação Precoce e Ensinos Fundamental e Médio oferecem formação de profissionais surdos e ouvintes no curso Bilingue de Pedagogia.

Com o advento da Constituição Federal, de 1988, as garantias, os direitos e os princípios fundamentais das pessoas, tanto as cidadãs quanto as estrangeiras, foram colocados em perspectiva, principalmente para focar na igualdade e inclusão.

As inovações trazidas pela Carta Magna decorreram do foco aos Direitos Humanos que são, segundo Ramos (2014, p.27), uma série de direitos indispensáveis para a dignidade do ser e sua vivência e, dependendo da necessidade de cada indivíduo, variará a aplicação do princípio que lhe mais essencial, não havendo, portanto, hierarquia principiológica.

A influência do Princípio da Não Discriminação e da Inclusão, conforme Fávero (2004), decorre da contínua distinção sofrida pelas pessoas deficientes, até por aquelas que não têm tal finalidade, somente boas intenções. O cerne se encontra na distinção entre a integração e a admissão da desigualdade, e permite a introdução das pessoas com deficiência; inclusão. Constata-se, pois, que todos são da mesma comunidade e estes oferecem condições positivas para o propósito.

Já para Novelino (2012), deverá ser observado o princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1998), importante por conferir identidade material à Constituição, sendo uma das cláusulas pétreas. Desta feita, este princípio trará igualdade de condições, e, para a pessoa surda, o respeito à dignidade, acesso e permanência no trabalho é essencial. A Constituição Federal, entretanto, traz somente normas gerais a serem observadas e utilizadas como base.

As cláusulas pétreas trazem direitos indisponíveis, ou seja, as pessoas não poderão abdicar destes. Para toda regra, entretanto, há sempre uma exceção com o sopesamento dos direitos fundamentais, pois, segundo Mendes e Branco (2012, p. 166),

A respeito da indisponibilidade dos direitos fundamentais, é de assinalar que, se é inviável que se abra mão irrevogavelmente dos direitos fundamentais, nada impede que o exercício de certos direitos fundamentais seja restringido, em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional. São frequentes — e aceitos — atos jurídicos em que alguns direitos fundamentais são deixados à parte, para que se cumpra um fim contratual legítimo. A liberdade de expressão, v. g., cede às imposições de não divulgação de segredos obtidos no exercício de um trabalho ou profissão.

Já para o trabalho, a Constituição trouxe especificações como fundamento do Estado Democrático em seus artigos 1º, IV, e 5º, XIII, nos quais trata sobre a liberdade profissional desde que haja o respeito às normas específicas. Além disso, no art. 6º, traz um rol de direitos sociais, incluindo a ocupação profissional, e no 7º, XXXI, onde diz expressamente sobre a proibição da discriminação salarial e admissão laboral da pessoa com deficiência. Em sequência, o art. 37, VIII, prevê a reserva de percentuais nos locais de trabalho público para pessoas deficientes.

Já para o trabalho privado, há a previsão trazida pelo art. 93 da Lei nº 8.213, de 1991, em que estabelece a reserva de vagas para pessoas com algum tipo de deficiência, vejamos:

A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

I - até 200 empregados.....	2%;
II - de 201 a 500.....	3%;
III - de 501 a 1.000.....	4%;
IV - de 1.001 em diante. ....	5%.

Além disso, de acordo com Novaes (2010), o ambiente de trabalho deve trazer condições substanciais para o desenvolvimento das atividades laborais, devendo manter a igualdade de condições para a pessoa surda; todavia, empresas de médio e grande porte não poderão se negar a contratar uma pessoa deficiente sem justa causa, pois poderão (deverão) responder criminalmente.

Para a inclusão da pessoa surda, a que utiliza a Língua de Sinais Brasileira como forma de comunicação, no local de trabalho, será necessário que as outras pessoas aprendam a Libras, mas, caso não haja a implementação imediata de cursos, será essencial a presença do intérprete da Língua de Sinais, peça-chave para a interação entre pessoa surda e pessoa ouvinte que desconhece a língua de sinais nacional.

Ademais, o intérprete também auxilia na propagação da Libras e ampliação de sinais, e, conforme Perlin (2006, p.145), “O ILS atua na intermediação cultural, atua na fronteira cultural das culturas ouvintes e surdas. Temos de reconhecer a identidade do ILS não como um processo de manipulação, mas como uma identidade política [...]”.

Assim, observou-se que, na Constituição Federal, para sua efetivação em prol da pessoa surda, certos requisitos deverão ser observados, tendo em vista que a comunidade surda e seus membros, em decorrência de suas particularidades culturais, utilizam a Língua Brasileira de Sinais, bem como o intérprete da Libras.

## **2 AS NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS PARA A PESSOA SURDA**

As normas infraconstitucionais estão sob as constitucionais em decorrência da hierarquia entabulada, devendo ser observados os preceitos entabulados pela Carta Magna, ou seja, não poderão contradizê-la e, caso o façam, serão consideradas inconstitucionais.

Para a observância das normas infraconstitucionais trabalhadas no presente artigo, Leis nºs 10.436, de 2002, e 13.146, de 2015, é relevante considerar os princípios da isonomia e legalidade.

No princípio da isonomia, ramificação do princípio da igualdade, de acordo com Lenza (2005, p.455), “[...] a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades”. Ou seja, para uma efetiva igualdade entre as pessoas, devem-se considerar os aspectos que as tornam distintas e trabalhar sua distinção para que possam competir em igualdade com os demais.

Quanto ao princípio da legalidade, segundo Branco e Mendes (2012), visualiza-se, nele, a subordinação do Estado e do Administrador perante as normas, por serem decisões essenciais de uma sociedade as quais se encontram presentes em textos de leis e demais atos legislativos.

O Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, conhecido como a Consolidação da Leis do Trabalho (CLT), em consonância com a maior parte das legislações extravagantes não tratam especificamente das pessoas surdas. Observemos:

Cabe ressaltar que, na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, nada consta a respeito dos direitos dos deficientes, demonstrando o descaso em relação aos interesses dos deficientes, sua dignidade humana e isonomia trabalhista.

A legislação laborativa extravagante, seguindo a Carta Magna, trata apenas das “pessoas portadoras de deficiências”, não sendo específica em nenhum momento em relação às pessoas surdas [...]. (NOVAES, 2010, p. 94-95).

A Lei nº 10.436 de 2002, a Lei de Libras, reconhece a Língua Brasileira de Sinais como meio de comunicação oficial no País, embora o artigo 13 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) determine expressamente que a Língua Oficial Brasileira é o Português. Além disso, a Lei mencionada anteriormente traz a definição do significado de Libras, e de como deverá ser difundida pelo Poder Público.

Observa-se que, ao oficializar aspectos relevantes para uma cultura, isso a tornará mais forte, já que seus membros poderão se sentir mais confiantes por terem o reconhecimento dos direitos que garantam suas necessidades. Portanto, os integrantes da comunidade passarão a se sentir mais reconhecidos e ativos na luta pelo que precisam.

A Lei nº 13.146, de 2015, prevê, em seus artigos 34 a 37, as disposições sobre o direito ao trabalho da pessoa com deficiência, estipulando uma série de direitos ao livre acesso ao mercado de trabalho e a não discriminação. No art. 34, § 3º, expressa a vedação à restrição ao trabalho e qualquer distinção nas fases de recrutamento, triagem, admissão e permanência no espaço laboral.

No parágrafo 5º do artigo mencionado anteriormente, é assegurado o direito a cursos à pessoa com deficiência: “É garantida aos trabalhadores com deficiência acessibilidade em cursos de formação e de capacitação”. Não é mencionada, entretanto, nenhuma previsão de cursos de Língua de Sinais para os demais trabalhadores, a fim de seja garantida a real inclusão do trabalhador surdo no ambiente de trabalho, pois, como o trabalhador surdo que se utiliza da Libras como forma de comunicação poderá interagir com os outros colegas se estes não têm uma língua em comum?

Na transição para que os trabalhadores ouvintes possam aprender a língua de sinais nacional, o intérprete, conforme Gesser (2009), é o profissional que aparecerá como peça-chave na comunicação entre surdos e ouvintes.

A exclusão, segundo Novaes (2010), se dá de duas formas para o trabalho: i) de forma direta, em que o normativo determina distinções ao estabelecer posicionamentos negativos na letra da lei; ii) de forma indireta, esta ocorre quando se aparenta neutralidade na situação, entretanto, há parcialidade.

A Lei, portanto, é omissa na observância das necessidades concretas para a efetiva participação e aprimoramento da pessoa surda; logo, a acessibilidade também deverá ser atitudinal sendo como, de acordo com o exposto por Prates (2015, p.1), “[...] a mudança dos nossos maus hábitos, arraigados nos cérebros humanos desde o início da civilização. Está diretamente relacionada com a modificação dos costumes individuais e coletivos. Logo, remodelar, transpor comportamentos é tarefa complexa”.

Sobre a acessibilidade atitudinal, Silva, Kauchakje e Gesueli (2003) também apresentam que, mesmo com as constantes lutas sociais que ocasionam a promulgação de leis e políticas, não haverá mudança significativa sem que haja alteração dos valores e atitudes, pois, mesmo no silêncio da lei, a acessibilidade poderá ser efetivamente alcançada no cotidiano.

Em vista disso, no ambiente de trabalho, incluindo os trabalhadores, deve-se considerar que, embora não existam normativos específicos para como lidar com a tratativa a fim de obter a inclusão do colaborador surdo, as atitudes por parte dos outros serão fundamentais para inserção laboral.



### **3 OS BOLETINS DO MINISTÉRIO DO TRABALHO**

O antigo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), atual Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS), é o órgão do governo federal que examina sobre as questões trabalhistas e, segundo Garcia (2014, p.45),

Além disso, diversas disposições, oriundas do Ministério do Trabalho e Emprego, versam sobre questões trabalhistas, inspeção do trabalho, bem como Segurança e Medicina do Trabalho. O art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição Federal estabelece competir ao Ministro de Estado a expedição de instruções para a execução de leis, decretos e regulamentos.

No sítio eletrônico do Ministério do Trabalho e Previdência Social foi onde houve a realização da pesquisa dos dados indicadores sobre as pessoas deficientes, pelo Observatório do Mercado de Trabalho Nacional do Ministério do Trabalho e Emprego (BRASIL, *online*), realizado de forma quadrimestral, em 2010.

No primeiro quadrimestre de 2010, nos meses compreendidos entre janeiro e abril, foram ocupados 642 postos, no saldo final. Neles, as pessoas com deficiência física foram as que tiveram o maior nível de admissibilidade, enquanto as pessoas com deficiência auditiva tiveram 191 desligamentos. Embora no quadro geral os resultados tenham sido positivos, verifica-se que, para a pessoa surda, o deficiente auditivo, houve somente desligamentos.

Já no segundo quadrimestre, entre os meses de maio e agosto, houve um saldo positivo de 2.169; destes, mais da metade, 1.272, são cargos ocupados por deficientes físicos, e somente 222 de pessoas surdas.

Verifica-se que a destinação das vagas foi, em sua grande maioria, para o setor comercial, sendo mais da metade das vagas criadas, ou seja, 2.590 de 4.021 dos empregos gerados. Por conseguinte, o último período, depreendido entre os meses de setembro e dezembro, foi finalizado com um quantitativo positivo de 1.210 empregos, sendo que, de 4.021 vagas preenchidas, 335 eram de pessoas surdas e 2.414 empregados tiveram o contrato rescindindo.

Ao longo do ano de 2010, foram realizadas 73.374 contratações, sendo que

(mais da metade) o percentual de 54,8%, foi de preenchimento somente por deficientes físicos. Assim, observa-se que, mesmo com a significativa alteração legal com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, em 2015, há mais de seis anos não é realizada outra análise sobre a situação laboral das pessoas com deficiência. Além disso, não é verificado o motivo dos quantitativos de admissão e demissão o qual é, praticamente, similar em todos os quadrimestres.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Consolidação das Leis do Trabalho não traz acréscimos para os direitos das pessoas deficientes nem para as pessoas surdas, mas a Lei nº 10.436, de 2002, e a Lei nº 13.016, de 2015, acresceram na vida e vivência do aprendizado da pessoa surda, incentivando-a para que tenha acesso e permanência no ambiente de trabalho e possa, efetivamente, desenvolver-se e trabalhar num ambiente em que se sinta realmente integrada, devendo este ser acessível.

Para que a pessoa surda possa, realmente, crescer no âmbito laboral, a sua cultura, que é diferente da pessoa ouvinte, deverá ser observada em aspectos, como o de ter uma língua com técnicas voltadas para os sentidos da visão e do tato; os outros trabalhadores terão de realizar curso em prol de conhecer a Língua Brasileira de Sinais ou efetuar a contratação de intérpretes, a fim de garantir a acessibilidade.

Verifica-se, por conseguinte, que não há Boletins de Indicadores do Mercado de Trabalho recentes e, desta feita, não há nenhuma averiguação da situação real do percentual ou quantitativo de pessoas deficientes, até mesmo da pessoa surda, as quais estão sendo admitidas ou demitidas.

Não é observada ou realizada, entretanto, nenhuma averiguação de dados em consonância com o Estatuto da Pessoa com Deficiência ou com a cultura específica da pessoa surda, tendo em vista que, temporalmente, os boletins são anteriores aos da legislação, não tendo, portanto, meios de se considerar a norma indicada. Caso houvesse a atualização da pesquisa, esta viria a implementar, de forma mais condizente com o padrão atual, a inclusão em todas as fases compreendidas no âmbito trabalhista brasileiro.

Assim, apura-se que, mesmo com alterações significativas no alicerce legal para a prática laboral, há pouca produção ou pesquisa que objetive uma análise para execução dessas leis, vindo, assim, a trazer direitos que não serão, total ou parcialmente concretizados, bem como certas inobservâncias da cultura surda que podem vir a prejudicar a acessibilidade dessas pessoas.

## **REFERÊNCIAS**

BASTOS, Núbia Maria Garcia. **Introdução à metodologia do trabalho acadêmico**. Fortaleza: Nacional, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 19 abr. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília: Getúlio Vargas, 1943.

BRASIL. **Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002**. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. Brasília: Fernando Henrique Cardoso, 2002.

BRASIL. **Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília: Dilma Roussef, 2015.

BRANCO, Paulo Gonet, MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Boletim de Indicadores do Mercado de Trabalho: Pessoas com Deficiência nº. 01**. 2010. Disponível em: <[http://www3.mte.gov.br/observatorio/indicadores\\_boletim\\_01.pdf](http://www3.mte.gov.br/observatorio/indicadores_boletim_01.pdf)>. Acesso em 8 mar. 2016.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Boletim de Indicadores do Mercado de Trabalho: Pessoas com Deficiência Nº. 02**. 2010. Disponível em: <[http://www3.mte.gov.br/observatorio/indicadores\\_boletim\\_02.pdf](http://www3.mte.gov.br/observatorio/indicadores_boletim_02.pdf)>. Acesso em 8 mar. 2016.

BRASIL.Ministério do Trabalho e Emprego. **Boletim de Indicadores do Mercado de Trabalho: Pessoas com Deficiência** Nº. 03. 2010. Disponível em: <[http://www3.mte.gov.br/observatorio/indicadores\\_boletim\\_03.pdf](http://www3.mte.gov.br/observatorio/indicadores_boletim_03.pdf)>. Acesso em 8 mar. 2016.

BRASIL.Ministério do Trabalho e Emprego. **Indicadores do observatório do mercado de trabalho**. Disponível em: <<http://www3.mte.gov.br/observatorio/indicadores.asp>>. Acesso em 8 mar. 2016.

FÁVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. **Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade**. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FRANCO, Telma. **Bullying contra surdos: a manifestação silenciosa da resiliência**. Curitiba: Appris, 2014.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GESSER, Audrei. **LIBRAS?: Que língua é essa?: crenças e preconceitos em torno da língua de sinais e da realidade surda**. São Paulo: Párabola Editorial, 2009.

HONORA, Márcia; FRIZANCO, Mary L. E. **Livro Ilustrado de Língua Brasileira de Sinais: Desvendando a comunicação usada pelas pessoas com surdez**. São Paulo: Ciranda Cultural, 2009.

HONORA, Márcia; FRIZANCO, Mary L. E. **Livro Ilustrado de Língua Brasileira de Sinais: Desvendando a comunicação usada pelas pessoas com surdez**. São Paulo: Ciranda Cultural, 2010.

INSTITUTO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DE SURDOS. **História do INES**. Rio de Janeiro, 2015. Acessível em: <<http://www.ines.gov.br/index.php/historia-ines>>. Acesso em 27 mar. 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Método, 2005.

NOVAES, Edmarcius Carvalho. **Surdos: educação, direito e cidadania**. Rio de Janeiro: Walk Ed., 2010.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 7. ed. rev. São Paulo: Método, 2012. 1146 p. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4388-2>>. Acesso em 14 mar. 2016.

PERLIN, Gladis. **A cultura surda e os intérpretes de língua de sinais (ILS)**. In: EDT - Educação Temática Digital. Campinas: v. 7, n. 2, p.136-147, jun. 2006.

PRADO, Fernando Leme do. **Metodologia de Projetos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

PRATES, Deborah. **Acessibilidade atitudinal**. Rio de Janeiro: Gramma, 2015.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Ivani Rodrigues; KAUCHAKJE, Samira; GESUELI, Zilda Maria (Org.). **Cidadania, surdez e linguagem: desafios e realidades**. 5. ed. São Paulo: Plexus Editora, 2003.

RAMOS, André Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.



*REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: MELHOR SOLUÇÃO  
OU MAIOR ABANDONO?*

---

Antônio Jorge Pereira Jr.  
Elizeide Santiago Martins  
Mayara Helena Menezes de Oliveira





## INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a redução da maioria penal, Proposta de Emenda Constitucional – PEC nº 171, de 1993 –, que foi aprovada em segundo turno pela Câmara dos Deputados, em 19 de agosto de 2015. A PEC em questão propõe a redução da imputabilidade penal de 18 para 16 anos, alterando-se o texto do art. 228, IV, da Constituição Federal, de modo a permitir que adolescentes nessa faixa etária sejam tratados como adultos quando praticarem atos descritos como crimes hediondos, nos moldes da Lei nº 8.072, de 1990. Se aprovada, a emenda pode vir a ser questionada quanto à sua constitucionalidade, dado que não são poucos os que entendem que a redução retiraria garantias fundamentais dos adolescentes dos 16 aos 18 anos, o que estaria vedado por força do art. 60, IV, da Constituição Federal.

Se aprovada, entende-se imperiosa também a realização de outras mudanças no sistema jurídico. Quando se atribui responsabilidade penal ao adolescente de 16 a 18 anos de idade, a mais grave de todas, por que se deveria impedir a eles a condução de veículos automotores, a compra de bebidas alcoólicas, cigarros e outras drogas afins? Ou seja, a questão, aparentemente tratada como pontual, de rigor é sistêmica. E como tal deveria ser abordada.

O artigo traz dados do sistema carcerário brasileiro, para mostrar a precariedade de implementação da medida na situação em que se encontra. Ao mesmo tempo coleciona índices da violência contra pessoas de 0 a 19 anos de idade, especialmente no período entre 1980 e 2013. Chama a atenção ao número crescente da violência contra vulneráveis no Brasil. Pretende-se, assim, colaborar com a reflexão do tema, de modo a evitar intensificação da violação de direitos mediante revogação de normas que protegiam os vulneráveis.

Por fim, ressaltam-se decisões da Corte Constitucional as quais têm reforçado a cultura contemporânea dos direitos humanos introduzida pela Declaração Universal, de 1948. A importância do Poder Judiciário no combate à violência e ao desrespeito às normas estabelecidas do respeito à dignidade da pessoa humana, além das relevantes ações de combate à violência por organismos internacionais de defesa dos direitos da criança e do adolescente.

## **1 ARGUMENTOS JURÍDICOS E FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS**

A redução da maioria penal envolve diversos questionamentos sob o ponto de vista constitucional, jurídico, social e humano. A Proposta de Emenda Constitucional – PEC nº 171, de 1993 –, objetiva punir criminalmente adolescentes a partir dos 16 anos, com penas previstas no Código Penal Brasileiro, equiparando-os às pessoas adultas. Contudo, a Emenda direciona-se aos praticantes de crimes hediondos<sup>1</sup> assim qualificados pela Lei nº 8.072, de 1990.

A aprovação divide a opinião pública porque envolve temas delicados. De modo especial, relaciona-se à (in)segurança pública e à violência, questões que ocupam cotidianamente a grande mídia. Parte da sociedade acredita que os adolescentes não respondem juridicamente por seus atos, sendo acobertados por uma espécie de proteção, de tolerância ao crime. Advogam por mais rigidez nas medidas socioeducativas. Outros, por sua vez, entendem que o simples agravamento de pena não leva a atingir os fins pretendidos. SCHMEISKE (2013, p. 1), nesse sentido, apoia-se em estudo de Foucault, que demonstra que as prisões não diminuem as taxas de criminalidade, senão que tendam a provocar a reincidência, favorecer a solidariedade entre organizações criminosas e se tornem fábrica de delinquentes.

A Lei nº 8.069, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), promulgada em 1990, estabelece em vários dispositivos as medidas denominadas “socioeducativas”, que podem ser executadas em meio aberto<sup>2</sup> (arts.115 a 118) e/ou podem ser privativas de liberdade<sup>3</sup> (art. 120, 121). Comparando-se, em alguns casos, o tratamento dispensado a um adolescente pode ser até mais rigoroso do que o previsto no Código Penal para o adulto,

---

<sup>1</sup> São crimes que merecem maior reprovação do Estado, entendidos como os mais graves por causarem lesividade, acentuadamente expressiva, a valores morais de indiscutível legitimidade.

<sup>2</sup> São medidas aplicadas pelo Poder Judiciário que designa pessoas qualificadas para acompanhamento do adolescente em seu processo de formação e educação usando para isso: I – advertência; II – reparação do dano; III – prestação de serviço à comunidade e IV– liberdade assistida.

<sup>3</sup> Regimes de semiliberdade e internamento.

pois as medidas privativas de liberdade que preveem até 3 anos de internamento em regime fechado, somadas ao regime de semiliberdade (art. 121, § 4º), aplicado em alguns casos, correspondem a um somatório de 6 anos, podendo iniciar-se a partir dos 12 anos de idade.

Um dos motivos que levou a Câmara Federal a aprovar a PEC nº 171, de 1993, é o fato de adultos utilizarem adolescentes de 16 ou 17 anos para a prática de crimes, porque estes não responderiam criminalmente. Assim, as medidas de redução da idade penal, e a imposição de penas mais severas, promoveriam a diminuição da violência praticada por eles. Mas, observa-se não haver conexão entre rigidez da pena e garantia de que o sujeito não voltará ao delito. Ao contrário, a prisão, se aplicada na situação em que se encontra o sistema atualmente, profissionalizará ainda mais o segregado para a criminalidade. César Barros Leal (2001, p. 178), estudioso do sistema carcerário no Brasil, diz que a prisão desde seus primórdios não cura nem recupera, muito pelo contrário, degenera, estigmatiza e desadapta à vida social.

A prisão não é um fim em si. Ela teria por finalidade a ressocialização do indivíduo, para além do caráter aflagante-retributivo. Por isso, é temporária, ao menos no Brasil. Não fosse assim, ou seja, se não se pretendesse a reeducação do criminoso, ela deveria ser perpétua, pois recolocá-lo de volta no convívio social, sem mudança de conduta, seria atentar contra a sociedade. Consta-se que o Estado ainda não consegue cumprir o que estabelece a Constituição Federal, o Código Penal e, principalmente, o Estatuto da Criança e do Adolescente. O sistema penitenciário não consegue reabilitar o delinqüente; ao contrário, constitui “uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado” (BITENCOURT, 2011, p. 168).

Outros argumentam que adolescentes devem ser punidos como adultos, dizendo-se que, se têm capacidade para votar, também terão para discernir entre o certo e o errado, a ponto de responder pelos seus próprios atos. O argumento falha porque o voto não é referência da capacidade plena de discernimento. Quase se poderia dizer que muitos adultos votantes carecem de juízo político. Ademais, é facultativo até os 18 anos. Haveria mais coerência no discurso que pretende a redução penal, com relação ao discernimento, caso se advogasse simultaneamente pela redução geral da capacidade civil.

Em posição intermediária, há quem seja contra a redução da maioridade

penal, mas defenda o aumento do tempo de internamento, ultrapassando os 3 anos, bem como o limite de 21 anos, sobretudo para aqueles que praticarem atos infracionais com requintes de crueldade. Pode-se citar Luiz Flavio Gomes (2007, p. 1), “uma coisa é a prática de um furto, um roubo desarmado etc., outra bem distinta é a morte intencional (dolosa), especialmente quando causada com requintes de perversidade”. Embora, a transição entre adolescência e vida adulta, por sua própria dinâmica, coloca a pessoa em estágio de vulnerabilidade pelas vicissitudes que atravessa. Situações de agravo familiar e de precariedade econômica.

Não à toa, a Constituição Federal, art. 205, estabeleceu a necessidade do “[...] pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Isso requer educação com qualidade, inclusão social e políticas públicas de suporte nas áreas de assistência social, saúde, segurança, esporte e cultura. Eis aqui uma das principais causas do problema que culmina em atos criminosos por adolescentes.

Além disso, há crianças e adolescentes que sofrem diariamente o descaso das famílias, da sociedade e do Estado. Sofrem violência física e psíquica, sem, no entanto, serem notados, senão quando assumem o papel de infrator. A condição na qual vivem e os locais onde convivem são ignorados pelas autoridades. E aqui haveria outro âmbito de trabalho preventivo à criminalidade.

Desde a ótica da Constituição Federal, de 1988, a primeira dificuldade de alteração diz, no art. 228, que é estabelecida a inimputabilidade para os menores de 18 anos. Isso já estava assente no Código Penal Brasileiro, de 1940, em seu art. 27. Igualmente está recolhido no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 104. A discussão ao redor da alteração do art. 228 da Constituição Federal centra-se em saber se é factível, ou não, emendar a Carta Fundamental, uma vez que a inimputabilidade pode ser equiparada à garantia fundamental dos jovens até 18 anos, estando assim excluída sua alteração, por subsunção à cláusula pétrea do art. 60, § 4º, inciso IV.

José Joaquim Gomes Canotilho (1982, pp. 62-63) entende que a Emenda aprovada na Câmara, além de violar uma Cláusula Pétrea Constitucional, afronta parâmetros internacionais de proteção dos direitos humanos assumidos

pelo Brasil, como a Convenção sobre os Direitos da Criança pautada numa exigência de tratamento voltado à reintegração do adolescente que pratica ato infracional na sociedade. Paralelamente, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 354) aponta que a garantia de intangibilidade das cláusulas pétreas assegura a identidade do Estado Brasileiro, seus princípios fundamentais e a Constituição Federal.

## **2 CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS E EFEITOS JURÍDICOS**

O primeiro efeito social que a redução pode operar será o aliciamento de menores mais jovens pelo crime. Se hoje acontece entre adolescentes de 16 e 17 anos, com a redução possivelmente passará a ser praticado entre os menores de 16 anos de idade.

Desde a perspectiva geral da capacidade, entende-se que seria forçoso o emparelhamento entre responsabilidade civil e penal. A alteração no âmbito penal deveria levar à revisão do âmbito civil, em coerência. Assim, é fato que a redução da maioridade penal não impactará, por si, outras disposições infraconstitucionais. Mas logo servirá de argumento para outras mudanças na prática de atos da vida civil, trabalhista, eleitoral, administrativa etc. Essa reflexão, todavia, tem passado à latera dos debates. Podem-se vislumbrar algumas dessas alterações.

Juridicamente, a pessoa menor de 18 anos não pode adquirir bebidas alcoólicas, dirigir, celebrar contratos, comprar propriedades, casar-se, desempenhar funções em horário noturno e em condições perigosas ou insalubres. Se o jovem de 16 anos responde penalmente, sendo esta a maior responsabilidade do sistema, por que privá-lo da liberdade para agir como adulto em outros âmbitos? Por lógica, deveria ser-lhe permitido responder por menos.

Outras implicações poderão se dar no âmbito da legislação de trânsito. Se um jovem de 16 anos responde penalmente pelos crimes que comete, por que não pode ter permissão para adquirir a Carteira Nacional de Habilitação (CNH), uma vez que o Código de Trânsito estabelece que o condutor tenha de

“ser penalmente imputável”<sup>4</sup> (art. 140)?

De igual modo, os estabelecimentos comerciais, quando venderem, servirem, fornecerem, ainda que gratuitamente, bebidas alcoólicas e cigarros ou outros produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica aos jovens de 16 a 18 anos, não deveriam mais ser penalizados<sup>5</sup> (art. 242, ECA).

Práticas como agenciamento, facilitação, recrutamento, coação ou intermediação de crianças e adolescentes para produção, reprodução, fotografia, filmagem ou registro por qualquer meio, de cena de sexo explícito ou pornográfico, não deveriam mais ser consideradas crimes, para esta faixa etária (16 a 18 anos) pelo Estatuto<sup>6</sup> (arts. 240 a 241-E, ECA).

Não faria sentido punir aqueles que submetessem menores de 16 a 18 anos a vexame ou constrangimento<sup>7</sup> (art. 232, ECA), ou enviassem-nos para o exterior com o objetivo de obter lucro<sup>8</sup> (art. 239, ECA), ou ainda os

---

<sup>4</sup> “A habilitação para conduzir veículo automotor e elétrico será apurada por meio de exames que deverão ser realizados junto ao órgão ou entidade executivos do Estado ou do Distrito Federal, do domicílio ou residência do candidato, ou na sede estadual ou distrital do próprio órgão, devendo o condutor preencher os seguintes requisitos: I – ser penalmente imputável;

<sup>5</sup> “Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente arma, munição ou explosivo”;

<sup>6</sup> “Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente; Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente; Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente; Simular a participação de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornográfica por meio de adulteração, montagem ou modificação de fotografia, vídeo ou qualquer outra forma de representação visual; Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente; Aliciar, assediar, instigar ou constranger, por qualquer meio de comunicação, criança, com o fim de com ela praticar ato libidinoso; Para efeito dos crimes previstos nesta Lei, a expressão “cena de sexo explícito ou pornográfica” compreende qualquer situação que envolva criança ou adolescente em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas, ou exibição dos órgãos genitais de uma criança ou adolescente para fins primordialmente sexuais”.

<sup>7</sup> “Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento;

<sup>8</sup> “Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fim de obter lucro”;

hospedassem em motéis<sup>9</sup> (Art. 250, ECA) ou lhes fornecessem armas e fogos de artifícios<sup>10</sup> (Art. 242, ECA).

### **3 VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989, é norma vigente no Brasil pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Serve também de alicerce para proteção de direitos desse público. Afirma a importância do direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal com fundamentos de que ninguém será submetido a tratamento cruel, desumano ou degradante, conforme estabelece o Pacto de San José da Costa Rica (art. 5º), outra norma internacional de direitos humanos, internalizada por força do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Nessa mesma perspectiva, segue a Constituição Federal introduzindo os direitos e garantias fundamentais<sup>11</sup> (art. 227) e, na sequência, o Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>12</sup> (art.4º).

No entanto, apesar de todos esses avanços e recomendações normativas, crianças e adolescentes sofrem de maneira recorrente a violação de direitos, e passam por diversas formas de violência em casa, na escola ou na comunidade. Corriqueiramente, ouve-se no noticiário o relato de casos graves de violência, muitas vezes provocados por pessoas ou instituições que teriam a missão de zelar e proteger, responsáveis pelo cuidado à vida e à integridade física.

---

<sup>9</sup> “Hospedar criança ou adolescente desacompanhado dos pais ou responsável, ou sem autorização escrita desses ou da autoridade judiciária, em hotel, pensão, motel ou congêneres”;

<sup>10</sup> “Vender, fornecer ainda que gratuitamente ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente arma, munição ou explosivo”;

<sup>11</sup> “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”;

<sup>12</sup> “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

O cenário de abandono favorece a prática dos atos infracionais e os índices de violência na sociedade. É forçoso que tal conexão seja apresentada nos debates públicos acerca da complexa questão da criminalidade, pois se está a ponto de se aprovar uma medida elevando adolescentes a partir dos 16 anos de idade à categoria de criminosos hediondos, sem, contudo, levar-se em consideração o empenho efetivo do Estado para garantir-lhes direitos pré-estabelecidos.

Não obstante, o que se observa é que os debates são efeitos de uma influência direta dos meios de comunicação em massa, sobretudo “na formação de julgamentos e atitudes dos indivíduos perante a questão da maioridade penal”, como bem ressalta Marcelo da Silveira Campos (2009, p. 1).

A doutrina da proteção integral, incorporada ao Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1990, e a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, de 1989, norma vigente no Brasil, como se dizia, são parâmetros para defesa e proteção infanto-juvenil. O Brasil progrediu no compromisso internacional de resguardar os direitos infanto-juvenis, mas deixou de avançar no comprometimento efetivo. O processo de internacionalização desses direitos constitui um dos importantes legados da era dos direitos. São ações relevantes que se desenvolvem por meio de um sistema normativo internacional de proteção judicial aos direitos violados de crianças e adolescentes, afirmando-se a humanização do direito internacional contemporâneo.

A violência contra crianças e adolescentes é um dos tipos mais graves de violação dos direitos humanos. As Cortes Internacionais dispõem de competência para julgar e responsabilizar Estados violadores dos direitos assegurados nas convenções. O Sistema Carcerário Brasileiro, para onde se pretende levar os adolescentes penalizados, depois da aprovação da Emenda pelo Congresso Nacional, já não atende sequer a demanda dos adultos requisitada pelo Poder Judiciário. Ademais, as condições precárias dos presídios e o tratamento destinado aos sentenciados que vivem em verdadeiros depósitos humanos é extremamente desumano. Ou seja, o avanço da Emenda sob análise significará declaração formal de que o Estado vai violar direitos. Dados corroboram essa constatação.

Ao analisar alguns dados básicos, por meio de um levantamento Nacional



de Informações Penitenciária (INFOPEN), do Ministério da Justiça, pôde-se dimensionar um panorama da realidade do Sistema. De acordo com o relatório, estabelecimentos prisionais destinados a presos provisórios tinham presos já condenados (84%); a ocupação era alarmante (1,9 presos por vaga em média); grande parte dos presos provisórios estava detida por prazo superior à duração razoável do processo (60% estão custodiados há mais de 90 dias); e uma situação de extrema superlotação (INFOPEN, 2014, p. 8). Em 2014, a população prisional era de 607.731, ultrapassando significativamente o número de vagas disponível, que era 376.669. O déficit era de 231.062.

Diante do retrato das prisões brasileiras, observa-se haver uma situação complexa a desafiar os Poderes Executivo, Legislativo, sobretudo o Judiciário, por meio do sistema penal, da política criminal e da política de segurança pública, porque as prisões brasileiras tornaram-se um grande fracasso para a justiça penal da forma em que se encontram.

Brites (2007, s. p.) resgata a percepção de Foucault, em *Vigiar e Punir*, de que “as prisões não diminuem a taxa de criminalidade, funcionando mesmo como quartéis do crime; a detenção provoca a reincidência e, como tal, fabrica delinquente”. Em favor disso ainda estariam “a administração arbitrária, a corrupção, o medo e a incapacidade dos guardas; assiste-se à exploração do trabalho penal, sem carácter educativo”.

É uma situação que traz como consequência mortes de presos pelos próprios companheiros de cela, violência de toda natureza, uso de drogas, superlotação e fugas. O Departamento de Penitenciária Nacional (DEPEN) propõe uma política nacional de melhorias no sistema, com penas alternativas; gestão de problemas relacionados ao hiperencarceramento; apoio à gestão dos serviços penais e redução do déficit carcerário; humanização das condições carcerárias; e integração social e modernização do sistema penitenciário (INFOPEN, 2014, p. 6).

Como acreditar que mais uma medida infraconstitucional vai solucionar um problema que a nossa Lei Suprema<sup>13</sup> (art. 5º), não consegue resolver? Como

---

<sup>13</sup> “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

implantar uma nova medida em um país que não dispõe de condições e estrutura em seus presídios e centros educacionais nem para atender a demanda do já estabelecido em lei? Cumpre citar Oscar Vilhena Vieira (1999, p. 224), “[...] não mais é possível pensar a Constituição – e mais ainda as suas cláusulas constitucionais intangíveis – sem levar em conta suas qualidades intrínsecas e seu valor ético”.

Portanto, a eventual aprovação da emenda equivalerá à aprovação do tratamento contrário aos direitos fundamentais e aos direitos humanos de adolescentes. Isso, que já acontece no sistema penal infanto-juvenil, ficará pior.

#### **4 A VIOLÊNCIA E O DIREITO À PROTEÇÃO JUDICIAL**

A violência cotidiana e a questão da segurança cidadã configuram-se como umas das principais preocupações da atualidade. No Brasil, uma pesquisa realizada em 2015, nas 27 Unidades da Federação, denominada Mapa da Violência, fez um estudo sobre a evolução da violência letal voltada para crianças e adolescentes de 0 a 19 anos, entre 1980 e 2013. A análise tomou por base as causas naturais e externas que vitimaram milhares de crianças e adolescentes, principalmente na faixa etária dos 16 e 17 anos, foco da redução, além de fatores, como sexo e cor.

Em 2010, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), por meio do censo demográfico, constatou que o País contava com um contingente de 190.755.799 habitantes. Desse total, 6.782.946 eram adolescentes com 16 e 17 anos de idade, equivalendo a 3,6% do total, as duas faixas. Entre 1980 e 2013, foram vitimadas, em conjunto, 689.627 crianças e adolescentes (JACOBO, 2015, p. 12).

Segundo a pesquisa, na contramão das denominadas causas naturais, as externas cresceram substancialmente nas últimas décadas, passando de 6,7% o total de óbitos na faixa de 0 a 19 anos, em 1980, para 29%, em 2013 (JACOBO, 2015, p. 9). Outro fator relevante analisado entre os referidos anos foi o das causas externas as quais levaram estes mesmos adolescentes a ceifar suas vidas nos acidentes de transporte, de 12,7% para 13,9%, aumento de 9,7%; nos

suicídios, de 3% para 3,5%, aumento de 15,4%. Quanto à participação nos homicídios, o total de óbitos pula de 9,7% para 46%, crescimento de 372,9%” (JACOBO, 2015, p. 18).

O homicídio vem ao longo dos anos se destacando no *ranking* das estatísticas, com perspectivas de crescimento. Se hoje a situação é grave e bastante preocupante, as previsões são de que a tendência é aumentar, passando de 3.816, em 2015, para 6.153, em 2040 (JACOBO, 2015, p. 19).

Outra observação importante é que 93% são do sexo masculino, assemelhando-se às de idades mais adultas. Na categoria brancos e negros entre 0 e 17 anos, foram vítimas 1.271 crianças e adolescentes brancos e 4.064 negros. Já com idade entre 16 e 17 anos foram 703 brancos e 2.737 negros. Dados estes decorrentes da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD), do IBGE, feita em 2013 (JACOBO, 2015, p. 28).

O panorama entre brancos e negros muda radicalmente na evolução histórica dos homicídios por cor entre 2003 e 2013. A estatística dos brancos cai e a dos negros aumenta. Em 2003, o índice de vitimização negra rondava 70%; em 2013 mais que duplica, chega perto de 180% (JACOBO, 2015, p. 34).

Embora os dados sejam alarmantes, o que se observa é que o problema é tratado com certa naturalidade. Normalmente, culpam-se as vítimas por se tratar de pessoas vulneráveis como crianças, idosos, mulheres e adolescentes. As instituições que têm por obrigação oferecer cuidado e proteção, fundamentadas pelas leis vigentes no País, tratam da questão com indiferença como se ela não existisse.

Também na raiz da explosão de violência, de adolescentes e mesmo contra adolescentes, está o descaso do Estado com as políticas públicas adequadas que traduzem em ação a efetivação dos direitos fundamentais do público infanto-juvenil, como previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

## **CONCLUSÃO**

Por se tratar de uma questão polêmica, a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 171, de 1993, ainda será alvo de reflexão e discussão. Ademais, pode culminar, se aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pela

Presidência da República, em ação de inconstitucionalidade.

Ao redor do tema, evidencia-se que os governantes ainda não deram a devida atenção para a área da infância e juventude de maneira prioritária, conforme estabelecem a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), tanto no que se refere às políticas públicas preventivas, quanto para que seja assegurado que os adolescentes infratores tenham verdadeiras condições de recuperação e reinserção social e familiar, o que por certo não acontecerá com a proposta de encaminhá-los para as penitenciárias brasileiras.

O efetivo exercício desses direitos torna-se imprescindível para que os menores infratores tenham em mente a necessidade de um novo recomeço no retornar ao convívio social e na prevenção da prática de determinados atos infracionais. Para tanto, será necessária a implementação de programas de prevenção e proteção, com especial escopo na orientação e reestruturação das famílias desses adolescentes, que têm o dever de participar do processo de educação dos filhos.

Outra observação preocupante são as taxas de óbitos de crianças e adolescentes sempre crescentes desde 1980 e a inércia por parte das instituições públicas e de grande parcela da sociedade que tratam a questão com indiferença ou pela via mais fácil, qual seja, culpabilização daqueles que também são vítimas, por se tratar de pessoas vulneráveis e subalternas, quando, por certo, estas deveriam receber tratamento diferenciado para sua reinserção plena na sociedade, conforme estabelecem as leis especiais de proteção.

De outro modo, o Poder Judiciário e o Sistema Internacional de Direitos Humanos (SIDH) têm atuado e cobrado das autoridades a promoção efetiva dos direitos da criança e do adolescente, que devem dispor mecanismos normativos de combate à violência para impor respeito aos direitos e garantias fundamentais de pessoas em condições de vulnerabilidade.

Ou seja, o momento não é para a redução da maioria penal, mas sim para a maioria de consciência e da ação estatal, de modo a se aprimorarem políticas públicas que atuam na raiz das condutas criminosas de adolescentes, inibindo-as preventivamente e corrigindo-as quando consumadas. Na atual conjuntura, a redução terminará por colaborar para a manutenção do *status quo* de desatenção, perpetuando a ineficiência protetiva,

que deveria ser a prioridade máxima da República e da sociedade civil, segundo o artigo 227 da Constituição.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Planalto. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03//constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03//constituicao24.htm)>. Acesso em 4 fev. 2016.

BRASIL. **Câmara aprova em 2º turno redução da maioria penal em crimes graves**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/494248-CAMARA-APROVA-EM-2%C2%BA-TURNO-REDUCAO-DA-MAIORIDADE-PENAL-EM-CRIMES-GRAVES>>. Acesso em 4 mar. 2016.

BRASIL. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA**. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6434:nove-em-cada-dez-brasileiros-tem-medo-de-assassinato-&catid=4:presidencia&Itemid=2](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=6434:nove-em-cada-dez-brasileiros-tem-medo-de-assassinato-&catid=4:presidencia&Itemid=2)>. Acesso em 7 mar. 2016.

BRASIL. **Lei 8.069, de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em 13 fev. 2016.

BRASIL. **Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, de 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm)>. Acesso em 11 de mar. 2016.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em 11 de mar. 2016.

BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciária - INFOPEN**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf> >. Acesso em 13 fev. 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão – cousas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRITES, Isabel. A centralidade de Vigiar e Punir. História da violência nas prisões, na obra de Michel Foucault. **Revista Lusófona de Educação**, Lisboa, n.10, 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S1645-72502007000200013&script=sci\\_arttext&tlng=pt](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?pid=S1645-72502007000200013&script=sci_arttext&tlng=pt) >. Acesso em 30 mar. 2016.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. Mídia e Política: a construção da agenda nas propostas de redução da maioria penal na Câmara dos Deputados. **Opinião Pública**, Campinas, n. 2, 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762009000200008&script=sci\\_arttext&tlng=ES](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-62762009000200008&script=sci_arttext&tlng=ES)>. Acesso em 30 mar. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1982.

GOMES, Luiz Flávio. Redução da maioria penal. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1338, 1 mar. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9552>>. Acesso em 9 jan. 2017.

JACOBO, Júlio. **Mapa da Violência – 2015 – Adolescentes de 16 e 17 anos do Brasil**. Disponível em: <[http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015\\_adolescentes.pdf](http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015_adolescentes.pdf)>. Acesso em 5 mar. 2016.

LEAL, Cesar Barros. **Prisão: Crepúsculo de uma era**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMEISKE, Francielly. Reflexões sobre a redução da maioria penal como meio ineficaz de diminuição da criminalidade. **Revista Bonijuris**, v. 27, n.4, abril de 2015. Disponível em: <[www.bonijuris.com.br](http://www.bonijuris.com.br)>. Acesso em 30 mar. 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.





*A RELATIVIZAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO: UM DIÁLOGO  
COM OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS À  
PRIVACIDADE E INTIMIDADE*

---

Deilton Ribeiro Brasil  
Leandro José de Souza Martins



## INTRODUÇÃO

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro, no último 24/2, finalizou o julgamento de Recurso Extraordinário (RE) 601.314/SP, com repercussão geral reconhecida (Tema 225) e de quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 2.390; 2.386; 2.397 e 2.859) quanto à constitucionalidade da transferência de dados bancários para a Administração Tributária, nos moldes previstos na Lei Complementar nº 105, de 2001.

Tratou-se de um julgamento coletivo de cinco processos, todos questionadores de dispositivos da supracitada Lei Complementar. A decisão, mediante resultado de 9 votos contra 2, fez prevalecer o entendimento de que os dispositivos não seriam inconstitucionais, nem feririam nenhum direito fundamental. Afinal, não seria o sigilo bancário quebrado em virtude do artigo 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001; trata o dispositivo legal de mera mudança de ordem em relação à transferência, que, da órbita bancária, passa a se submeter à esfera fiscal.

Como cediço, a supracitada Lei Complementar regulamenta as transações bancárias e, dentre elas, destaca-se o sigilo bancário. De fato, desde a ementa da Lei, o diploma legal dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e a relação entre as instituições financeiras e seus clientes, impondo àquelas o sigilo sobre as informações financeiras obtidas por motivo de sua atividade.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 105, de 2001, traz em seu art. 1º que “as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”, ou seja, impõem o dever legal de que as instituições financeiras mantenham segredo sobre todos os negócios bancários.

Também prevê, em seu art. 6º, a possibilidade de as autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios examinarem documentos, livros e registros de instituições financeiras, até mesmo os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

A questão levada a julgamento do STF arguia se o acesso direto por parte da Administração Tributária não consistiria em elemento inconstitucional, exatamente por tal acesso afrontar os direitos fundamentais previstos nos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal, de 1988. Após 1988, o sigilo bancário é compreendido como objeto de proteção constitucional, sob o patrocínio dos direitos da intimidade e da vida privada. Inobstante a sua proteção constitucional, este direito ao sigilo bancário não é absoluto, uma vez que comporta limitações. Rer o questionamento feito em relação aos artigos da Lei Complementar nº 105, de 2001, cotejado com a decisão dos ministros, especialmente confrontando votos contrários entre si, ajudará a entender o direito fundamental do sigilo bancário e compreender sua natureza verdadeira, contra todo tipo de argumentação, com o objetivo de usá-lo como escudo para encobrir a prática de condutas ilícitas.

Assim, este texto se propõe a refletir sobre o julgado do STF, considerando as razões que sustentaram a constitucionalidade dos artigos da Lei Complementar nº 105, de 2001, uma vez que esta não afronta o direito fundamental do sigilo bancário, da intimidade e vida privada previstos na Constituição Federal. Para tanto, apresenta-se em dois pequenos blocos: o primeiro, como uma abordagem muito rápida sobre os direitos fundamentais e a discussão de sua relativização ou derrotabilidade, quando há conflitos entre estes mesmos princípios. Esta foi uma das teses levantadas pelo ministro Fachin ao decidir sobre a constitucionalidade. O segundo momento seria uma exegese de pontos mais relevantes dos votos, a fim de exemplificar e esclarecer o sentido do direito fundamental do sigilo bancário, promovendo novas reflexões a partir desta jurisprudência da Corte Máxima Brasileira.

## **DA METODOLOGIA UTILIZADA**

O método utilizado para a realização do trabalho foi descritivo-analítico com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento do tema, como *O Arcabouço Jurídico que Pavimenta a Teoria dos Direitos e Garantias Individuais à Privacidade e Intimidade*, e *A Quebra do Sigilo Bancário pela Administração Tributária*. Levou-se em conta, também, o

juízo dos senhores ministros, especialmente tomando como baliza um voto a favor da constitucionalidade (do relator) e outro diametralmente oposto (do ministro Marco Aurélio). Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram: a pesquisa bibliográfica, a doutrinária e a documental. O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. A fonte primeira da pesquisa é tanto o conjunto legal positivado, especialmente os artigos da Constituição Federal e da Lei Complementar nº 105, de 2001, como as referências bibliográficas sobre os Direitos Fundamentais. Acrescente-se a importância central da jurisprudência e do julgado do STF que instruíram a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional.

## **1 SOBRE A NATUREZA ABSOLUTA OU RELATIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Os direitos fundamentais, em palavras muito simples, formam um conjunto de direitos considerados essenciais e mínimos para qualquer ser humano. Em termos mais elaborados, constituem-se como direitos que compõem um núcleo duro, intangível de direitos sujeitos à determinada ordem jurídica. Estão reconhecidos, geralmente, em normas constitucionais sob a forma de princípios. Trata-se de mandados de otimização abertos e indeterminados, os quais, ao contrário das regras (que emitem comandos definitivos, com base no “tudo ou nada”), estabelecem obrigações de proteção ou promoção que são cumpridas em diferentes graus, ou seja, na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Evidentemente, observando a apertada síntese que neste artigo é exigida, não será vista senão como erro ou minimamente uma enorme pretensão conceituar substancialmente “direitos fundamentais”. Acrescente-se à negativa de tal tarefa o evidente dado de que a própria doutrina dificilmente se dá a tal trabalho, ante sua plenitude e complexidade, tanto do ponto de vista da essência, quanto dos pontos de vista teleológico ou histórico do conceito. Inobstante, em linhas genéricas, é possível vislumbrar como direito

fundamental todos aqueles princípios e normas relativos à proteção e fomento da dignidade humana.

Nessa linha, ensina José Afonso da Silva (2000) que tais direitos são, na seara do direito positivo, as prerrogativas e instituições que se concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Nesse sentido, Mendes; Coelho; Branco, escrevem que

Os direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático. (2008, p. 266).

Em outro texto, continua o ministro Gilmar Mendes (2002, p.2):

Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo, quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

Desde Alexy, compreende-se que os princípios são mandados de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferente grau, e a medida devida de seu cumprimento não depende somente das possibilidades reais, mas também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas se determina pelos princípios e regras opostos, o que exige sejam ponderados com outros mandados similares (ALEXY, 2007, pp. 67 e ss.), (BARROSO, 2009, pp. 207 e ss.), (SANGUINÉ, 2014, p. 50).

Em relação ao conteúdo e proteção destes direitos, por muito tempo se compreendeu que seriam absolutos. Tal visão já é superada, não obstante os direitos fundamentais apresentarem-se como básicos, não é verdade que

sejam, automaticamente, absolutos. Se assim se compreendem, os direitos fundamentais podem e são, em circunstâncias específicas e claras, relativizados.

Exemplificando tais circunstâncias, há de se prever que estes direitos fundamentais poderão entrar em conflito entre si e podem ser restringíveis ou limitados. Razão para isso: qualquer questão em que surge um conflito entre direitos fundamentais só poderá ser esclarecida tendo em vista o caso concreto.

Ressalta Paulo Gustavo Gonet Branco (2007) que todo direito fundamental pode ser objeto de limitações, não sendo, pois, absoluto em si mesmo. Salienta o autor que “até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, “a”, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada” (2007, p. 231). Adicionam-se, ainda, outras restrições, como a restrição ao sigilo telefônico (art. 5º, XII), ao exercício do trabalho, ofício ou profissão (inc. XIII) e, por fim, o que descreve o inciso XV, que restringe o direito de locomoção no território nacional.

Nesse diapasão, conforme aponta Sanguiné (2014, p. 49), existe consenso na doutrina e na jurisprudência constitucional acerca do caráter limitado – não absoluto – dos direitos constitucionais. Como nenhuma ordem jurídica pode proteger os direitos fundamentais de maneira ilimitada, predomina a ideia de que estes não são absolutos, isto é, blindados contra qualquer tipo de restrição na sua esfera subjetiva e objetiva. Portanto, os direitos fundamentais estão sujeitos a restrições e podem ser restringíveis ou limitados.

## **2 A COMPREENSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS CONFORME A “TEORIA DAS RESTRIÇÕES”**

Conforme expressa Mendes (2012), compreender no âmbito dos direitos fundamentais a noção de restrição é algo pacífico e comum nas mais variadas fontes doutrinárias. De fato, o próprio texto constitucional tratou do assunto quando, desde o inciso II do artigo 5º, enunciou o “princípio geral da reserva legal”, *in litteris*:

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

I – (...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Assim, a Constituição determina clara e expressamente a possibilidade de se estabelecerem restrições legais a direitos, especificamente àqueles previsto nos incisos XII (inviolabilidade do sigilo postal, telegráfico, telefônico e de dados), XIII (liberdade de exercício profissional) e XV (liberdade de locomoção).

Explica Mendes (2012, p. 31):

Para indicar as restrições, o constituinte utiliza-se de expressões diversas, como, v.g., “nos termos da lei” (art. 5º, VI e XV), “nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer” (art. 5º, XII), “atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (art. 5º, XIII), “salvo nas hipóteses previstas em lei” (art. 5º, LVIII). Outras vezes, a norma fundamental faz referência a um conceito jurídico indeterminado, que deve balizar a conformação de um dado direito. É o que se verifica, v.g., com a cláusula da “função social” (art. 5º, XXIII). Tais normas permitem limitar ou restringir posições abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental.

Os casos relacionados acima demonstram que o constituinte se vale de fórmulas diversas para explicitar a chamada reserva legal simples, na forma, nos termos e no prazo da norma; salvo nas hipóteses previstas por esta e nela definida. De qualquer modo, a Constituição, de 1988, tal como outras Constituições brasileiras anteriores, consagra a técnica de estabelecimento direta ou técnica da restrição legal a diferentes direitos individuais.

Toda discussão sobre a possibilidade de restringir os direitos fundamentais conduz ao debate sobre as chamadas “Teorias das Restrições”: a teoria externa e a teoria interna dos limites aos direitos fundamentais. Baseada no



pensamento de Alexy, estas “Teorias” conjugam uma dialética entre a teoria interna e a teoria externa, que, para o jusfilósofo, não são apenas controvérsias terminológica ou conceitual. Considerando sobre as “Teorias”, Mendes assevera que a teoria externa teria força em corrente que advogue uma concepção individualista da sociedade (e do Estado). “Ao contrário, aquele que vislumbrar uma necessária integração do indivíduo na comunidade perfilhará a adoção da teoria interna”, conforme palavras do autor (2012, p. 33).

Para a “teoria externa” (ou teoria das restrições aos direitos resultantes dos direitos dos outros ou impostas por lei), há dois objetos jurídicos diferentes: o primeiro objeto é o direito *prima facie* ou direito não limitado; o segundo, a restrição desse direito. Como resultado da restrição se obtém o direito definitivo limitado ou restringido. Sempre que um direito existe, há uma norma que garante esse direito.

Depois, estabelecem-se normas restritivas desses direitos. O esquema básico desse pensamento consiste na regra do direito e a exceção da restrição. Portanto, os direitos se apresentam primordial ou exclusivamente como direitos restringidos. Por isso, não existe nenhuma relação necessária entre o conceito de direito e o de restrição. Essa relação somente se cria por meio da necessidade, externa ao direito, de fazer compatíveis entre si os direitos de diferentes indivíduos, assim como os direitos individuais e os bens coletivos.

O exame de um direito limitado se realiza necessariamente em duas etapas. Na primeira, pergunta-se se a consequência jurídica buscada forma parte do conteúdo do direito *prima facie*. Se isso é assim, numa segunda etapa se examina se o direito *prima facie* foi limitado legitimamente no caso concreto, de tal forma que já não se tenha um direito definitivo. A teoria dos direitos restringíveis ou teoria externa está assim apta para reconstruir a colisão entre objetos normativos, em especial a colisão entre direitos e bens coletivos (ALEXY, 2007, p. 240), (SANGUINÉ, 2014, pp. 50-51), (BOROWSKI, 2003, pp. 66-68), (SARLET, 1998, p. 389).

Por sua parte, segundo a “teoria interna” dos direitos (ou teoria dos limites imanentes), existe desde o início o direito com seu conteúdo determinado de antemão; ele já nasce com seus limites. Toda posição jurídica que exceda dito direito predeterminado não existe. Desde este ponto de vista, há somente um

objeto normativo: o direito com seus limites concretos. O conceito de restrição é substituído pelo de “limites imanentes” ou fronteiras implícitas apriorísticas. As dúvidas acerca dos limites do direito não são dúvidas sobre se o direito deve, ou não, ser limitado, mas a respeito de qual é seu conteúdo. Se o direito, em sua acepção de direito não limitável, tem seu alcance definido de antemão, sua restrição se torna desnecessária e impossível (ALEXY, 2007, pp. 240-241), (SANGUINÉ, 2014, p. 51), (BOROWSKI, 2003, pp. 68-69), (SARLET, 1998, p. 388).

Portanto, cabe falar de “restrições aos direitos fundamentais” no sentido de que o que se podem restringir são os bens protegidos pelos direitos fundamentais (as liberdades/as situações/as posições de direito ordinário) e as posições *prima facie* conferidas pelos princípios de direito fundamental. Os princípios de direito fundamental exigem uma proteção o mais ampla possível dos bens protegidos, ou seja, uma proteção o mais ampla possível da liberdade geral de ação, da integridade física etc. Por isso, a restrição de um bem protegido é sempre a restrição de uma posição *prima facie* conferida pelo princípio de direito fundamental. Dessarte, as restrições aos direitos fundamentais são normas que restringem as posições *prima facie* de direito fundamental.

Se houver algum posterior questionamento acerca da supremacia de uma ou de outra teoria, este só poderá se resolver quando se propuser um fundamentado e específico entendimento sobre os direitos individuais. Quem ponderar que os direitos individuais consagram-se enquanto regras, tenderá na aplicação da teoria interna. Em contrapartida, quem apreender direitos fundamentais enquanto princípios (posições *prima facie*) terá como corolário a aplicação da teoria externa.

Porém, as normas podem ser restrições aos direitos fundamentais somente se constitucionais. Senão, sua criação pode ter caráter de intervenção, porém não de restrição. Os direitos fundamentais são sempre ou normas de categoria constitucional ou normas de categoria inferior à da Constituição, porque normas de categoria constitucional autorizam a impor restrições (ALEXY, 2007, p. 243-244 e 248-249), (SANGUINÉ, 2014, p. 53).

### **3 ELEMENTOS ACERCA DA DERROTABILIDADE (OU SUPERABILIDADE) DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Dimoulis; Martins (2009, p. 47) e Souza (2011, p. 25) prelecionam que “a posição dos direitos fundamentais no sistema jurídico define-se com base na fundamentalidade formal”, o que significa que um direito é fundamental se, e somente se, for garantido mediante normas que tenham a força jurídica própria da supremacia constitucional. Normas de direitos fundamentais, portanto, são as normas constitucionais que preveem tais direitos, verdadeiras emanações da dignidade da pessoa humana.

A partir da distinção entre regras e princípios, os catálogos de direitos fundamentais podem ser considerados de três formas distintas. De acordo com o chamado modelo puro de regras, todos os direitos fundamentais são tutelados por meio de normas que apresentam a natureza de regras, aplicáveis de modo absoluto e incondicional, sem recurso para ponderação ou sopesamento. Todos os direitos fundamentais são tutelados por normas que apresentam a natureza de princípios, aplicáveis por ponderação ou balanceamento, em detrimento da vinculação e da normatividade do texto constitucional. Dessa forma, os direitos fundamentais são tutelados de regras e por normas que apresentam natureza de princípios, conciliando-se a taxatividade das regras e a flexibilidade dos princípios (ALEXY, 2008, pp. 135-143), (SOUZA, 2011, p. 26).

Dessa forma, o modelo de regras e princípios ou o modelo da teoria dos princípios é o mais adequado para orientar a interpretação do sistema de direitos fundamentais estatuído na Constituição Federal, de 1988, uma vez que a positivação dos direitos seguiu um modelo híbrido que compreende princípios e regras, porquanto os dispositivos de direito fundamental ostentam densidades variadas (PEREIRA, 2006, p. 126).

Ressalta-se que “todos os direitos fundamentais são restringíveis e todos os direitos fundamentais são regulamentáveis”. Eles podem ser relativizados em atenção a outros direitos fundamentais ou a interesses públicos constitucionalmente protegidos (SILVA, 2010, p. 246).

A admissão da ideia da derrotabilidade das normas de direitos

fundamentais, contudo, não pode conduzir a um enfraquecimento da tutela desses direitos. Uma norma de direito fundamental somente pode ser superada ou excepcionada mediante argumentação racional baseada em rigorosa justificação externa ou de segunda ordem. A derrotabilidade de normas de direitos fundamentais relaciona-se estreitamente com a colisão ou a restrição de tais direitos. Por isso, a superação de normas de direitos fundamentais deve ser racionalmente informada pelo princípio da proporcionalidade e seus elementos constitutivos: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (SOUZA, 2011, p. 30).

#### **4 A RELATIVIZAÇÃO DO SIGILO BANCÁRIO NA INTERPRETAÇÃO DO STF: O JULGAMENTO DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADINS 2.386, 2.390, 2.397 E 2.859) E DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105, DE 2001**

O Supremo Tribunal Federal, por 9 votos a 2, decidiu ser constitucional o art.6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, que permite aos órgãos da Administração Tributária quebrar o sigilo fiscal de contribuintes sem autorização judicial.

As Instituições Financeiras e o Fisco têm o dever de preservar o sigilo dos dados, não há ofensa à Constituição Federal. Na decisão também foi destacado que Estados e Municípios devem regulamentar, assim como fez a União no Decreto nº 3.724, de 2001, a necessidade de haver processo administrativo para obter as informações bancárias dos contribuintes (BRASIL, 2001b).

Os contribuintes também deverão ser notificados previamente sobre a abertura do processo e ter amplo acesso aos autos, até mesmo com possibilidade de obter cópia das peças. Além disso, os entes federativos deverão adotar sistemas certificados de segurança e registro de acesso do agente público para evitar a manipulação indevida das informações e desvio de finalidade.

O tema se debruçou sobre a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, que tratava do acesso pela Administração Tributária a informações bancárias sem a necessidade de solicitar ordem

judicial foi objeto de julgamento em cinco ações: uma no RE nº 601.314-SP, de Relatoria do ministro Luiz Edson Fachin, com repercussão geral reconhecida e nas quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 2.386, nº 2.390, nº 2.397 e nº 2.859, em que foi relator o ministro Dias Toffoli (BRASIL, 2001a).

Ficaram vencidos no julgamento os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio. Saiu vencedor o entendimento de que a norma não configura quebra de sigilo bancário, mas sim transferência de informações entre bancos e o Fisco, ambos protegidos contra o acesso de terceiros (BRASIL, 2001a).

De fato, a questão levantada foi divergida especialmente pelo ministro Marco Aurélio. Segundo o ministro, além de a Suprema Corte gerar insegurança jurídica ao modificar brutal e precocemente seus próprios entendimentos na mesma questão, firmada em 2010, a permissão de acesso às informações bancárias pelo fisco mostrar-se-ia uma afronta ao direito de intimidade e privacidade, assegurado constitucionalmente. Acompanhado mais tarde pelo decano do Tribunal, ministro Celso de Melo, o ministro Marco Aurélio foi taxativo ao se expressar que não seria constitucional tal procedimento e que “um retrocesso aos direitos fundamentais previstos pela Constituição estava a acontecer” se se entender que a quebra de sigilo seja manipulada de forma arbitrária pelo poder público.

Entenderam ambos os ministros divergentes que a Receita Federal do Brasil é parte no procedimento de lançamento e de arrecadação de tributos e, por tal posição, seria suspeito ter acesso às informações sem permissão anterior do Poder Judiciário. Assim, na divergência levantada, fundamentada no artigo 5º, XII, da Constituição Federal, ressaltou-se que os dispositivos da Lei Complementar nº 105, de 2001, vulneram diretamente a privacidade do contribuinte, havendo, portanto, “quebra do sigilo de dados bancários de forma linear mediante comunicações automáticas, como ocorre segundo instrução da Receita”, que teria, doravante, garantida uma atuação política com fins arrecadatórios.

Para o relator ministro Edson Fachin no RE nº 601.314-SP na perspectiva da autonomia individual, o exame de constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, resume-se na conformação normativa do direito à privacidade na realidade brasileira. Na compreensão do relator, o artigo 6º do mandamento assegura taxativamente a faculdade de exame de

documentos, livros e registros de instituições financeiras, sob a condição de existir processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso. Ademais, esses exames devem ser entendidos como indispensáveis pela autoridade administrativa competente (BRASIL, 2016, p. 14).

Também em seu voto no RE nº 601.314-SP o ministro Edson Fachin entendeu que,

No campo da autonomia individual, verifica-se que o Poder Público não desbordou dos parâmetros constitucionais ao exercer sua relativa liberdade de conformação da ordem jurídica na medida em que estabeleceu requisitos objetivos para requisição de informação pela administração tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal. Além disso, o parágrafo único desse dispositivo legal preconiza que o resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere esse artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária. (BRASIL, 2016, p. 20).

Igualmente, lembrou o relator que a privacidade não foi genericamente garantida pela Carta Constitucional, uma vez que o constituinte optou por uma fórmula legislativa que tutelasse autonomamente os diversos direitos correlatos à integridade moral do sujeito de direitos (BRASIL, 2001a). Desta feita, para o relator, o princípio do sigilo bancário não é absoluto. Mesmo se a Lei Complementar estivesse próxima a tal quebra, o que não ocorre da exegese legal, o princípio do sigilo bancário deve ceder espaço ao princípio da moralidade quando se comprovar que transações bancárias indiquem ilicitudes. Assim, o dispositivo questionado reforça os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil para combater ilícitos como a lavagem de dinheiro e evasão de divisas e para coibir práticas de organizações criminosas.

Para fins de orientação jurisprudencial, o relator ministro Edson Fachin propôs a fixação das seguintes teses ao Tema 225 da sistemática da repercussão geral: em relação ao item “a” do Tema: “O art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em

relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal”. E no que se refere ao item “b” do Tema: “a Lei nº 10.174, de 2001, não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, tendo em vista o caráter instrumental da norma, nos termos do art. 144, §1º, do CTN” (BRASIL, 1966), (BRASIL, 2001a), (BRASIL, 2001c).

Nesse contexto, conclui-se que, do ponto de vista da autonomia individual, o sigilo bancário é uma das expressões do direito de personalidade que se traduz em ter suas atividades e informações bancárias livres de ingerências ou ofensas, qualificadas como arbitrárias ou ilegais, de quem quer que seja, até mesmo do Estado ou da própria instituição financeira.

Na perspectiva do autogoverno coletivo, os tributos são contributos indispensáveis a um destino em comum e próspero de todos os membros da comunidade politicamente organizada. Nesses termos, tendo em vista a decisão constituinte de formar um Estado Fiscal, pode-se conceber um dever fundamental de pagar tributos, em decorrência do princípio da subsidiariedade, segundo o qual há uma responsabilidade coletiva da comunidade política para satisfazer as necessidades dos cidadãos, especialmente aqueles mais vulneráveis nos aspectos socioeconômicos.

Essa constatação tem reflexos óbvios na questão da oponibilidade do sigilo bancário contra a Administração Tributária, porquanto limita o exercício do direito subjetivo à privacidade, porque reputa ilegítimo utilizar o figurino do segredo bancário com a finalidade de elidir os tributos devidos por uma pessoa.

A identificação do patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte pela Administração Tributária serve para a efetivação do princípio da capacidade contributiva, o qual, por sua vez, encontra-se em risco de violação em todas as restritivas hipóteses autorizadoras de acesso da Administração Tributária às transações bancárias dos contribuintes, tal como arroladas nos incisos do art. 3º do Decreto nº 3.724, de 2001, que regulamenta o art. 6º da norma impugnada (BRASIL, 2001b).

Ademais, a alteração na ordem jurídica promovida pela Lei nº 10.174, de 2001, não atrai a aplicação do princípio da irretroatividade das leis tributárias, uma vez que aquela se encerra na atribuição de competência administrativa à Secretaria da Receita Federal, o que evidencia o caráter instrumental da norma

em questão. Aplica-se, portanto, o art. 144, §1º, do Código Tributário Nacional (BRASIL, 1966), (BRASIL, 2001c). Nas quatro ações diretas de inconstitucionalidade (2.386, 2.390, 2.397 e 2.859), em síntese, o relator ministro Dias Toffoli sustentou que para se falar em “quebra” de sigilo bancário (art. 5º, X, da Constituição Federal, de 1988) necessário seria vislumbrar, em seus comandos, autorização para a exposição das informações bancárias o que não ocorre com o simples acesso a esses dados, mas verdadeiramente com a circulação destes. A previsão de circulação dos dados bancários, todavia, inexistente na legislação impugnada, que consagra, de modo expresso, a permanência do sigilo das informações obtidas com espreque em seus comandos (BRASIL, 1988).

Soma-se a isso o art. 10 da Lei Complementar nº 105, de 2001, que estabelece que a divulgação de informações bancárias pelas instituições financeiras fora das hipóteses previstas na Lei constitui crime, o qual é apenado com reclusão, de um a quatro anos, e multa. Além disso, o ~~Lei~~ preceito fixa, no art. 11, a responsabilização civil do servidor público que “utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar”, respondendo “pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial” (BRASIL, 2001a).

De acordo com o voto do excelentíssimo ministro Dias Tóffoli na ADI nº 2.390-DF:

Os estados e municípios somente poderão obter as informações previstas no artigo 6º da LC 105/2001, uma vez regulamentada a matéria, de forma análoga ao Decreto Federal 3.724/2001, tal regulamentação deve conter as seguintes garantias: pertinência temática entre a obtenção das informações bancárias e o tributo objeto de cobrança no procedimento administrativo instaurado; a prévia notificação do contribuinte quanto a instauração do processo e a todos os demais atos; sujeição do pedido de acesso a um superior hierárquico; existência de sistemas eletrônicos de segurança que sejam certificados e com registro de acesso; estabelecimento de instrumentos efetivos de apuração e correção de desvios. (BRASIL, 2016, *passim*).



Nesse sentido, o conhecimento da notícia, do dado, da informação não implica, por si, que haja violação da privacidade, desde que: i) não seja seguido de divulgação; ii) seja do domínio apenas de quem legitimamente o detenha. E, enquanto a atividade do Fisco se desenvolver sob esses limites (sigilo e utilização devida), estará respaldada pela previsão constitucional do art. 145, § 1º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Pode-se observar, também, no desenvolvimento da atuação fiscalizatória que se inicia com meios menos gravosos ao contribuinte, que a natureza das informações acessadas pelo Fisco, na forma do art. 5º da Lei Complementar, é, inicialmente, bastante restrita, limitando-se, conforme dispõe o seu § 2º, à identificação dos “titulares das operações e dos montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inclusão de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados”.

Com base nesse dispositivo, a Administração tem acesso apenas a dados genéricos e cadastrais dos correntistas. Essas informações obtidas na forma do art. 5º da Lei Complementar são cruzadas com os dados fornecidos anualmente pelas próprias pessoas físicas e jurídicas via declaração anual de imposto de renda, de modo que tais informações já não são, a rigor, sigilosas (BRASIL, 2001a).

Apenas se, no cotejo dessas informações, forem “detectados indícios de falhas, incorreções ou omissões, ou de cometimento de ilícito fiscal, a autoridade interessada poderá requisitar as informações e os documentos de que necessitar, bem como realizar fiscalização ou auditoria para a adequada apuração dos fatos” (§ 4º do art. 5º), (BRASIL, 2001a).

Em tal caso, para o exame mais acurado das informações financeiras por autoridades e agentes fiscais tributários, a Lei Complementar nº 105, de 2001, em seu art. 6º, traça requisitos rigorosos, uma vez que requer a existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso, bem como a inexistência de outro meio hábil para esclarecer os fatos investigados pela autoridade administrativa (BRASIL, 2001a).

Por se tratar de mero compartilhamento de informações sigilosas, seria mais adequado situar as previsões legais combatidas na categoria de elementos concretizadores dos deveres dos cidadãos e do Fisco na implementação da

justiça social, a qual tem, como um de seus mais poderosos instrumentos, a tributação. No Estado contemporâneo, o qual é, essencialmente, um Estado Fiscal, entendido como aquele que é financiado majoritariamente pelos impostos pagos por pessoas físicas e jurídicas, pagar imposto é um dever fundamental (NABAIS, 1998).

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Constituição, de 1988, tal como outras Constituições Brasileiras anteriores, consagra a técnica de estabelecimento direta ou técnica da restrição legal a diferentes direitos individuais. Dentre eles, o princípio do sigilo bancário, em decorrência do princípio geral de reserva legal, enunciado no art. 5º, II.

Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal, ao definir o modo de interpretação e aplicação do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, possibilitará segurança ao jurisdicionado, fazendo respeitar os valores do cidadão-contribuinte, ao impedir a violação dos direitos e garantias individuais consagrados na Constituição Federal, de 1988, porque estabeleceu requisitos objetivos para a requisição de informação pela Administração Tributária às instituições financeiras, assim como manteve o sigilo dos dados a respeito das transações financeiras do contribuinte, observando-se um translado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal (BRASIL, 1988), (BRASIL, 2001a).

Afirma-se, portanto, que em sede de processo administrativo fiscal, para fins de constituição de crédito tributário, é possível a requisição direta de informações pela autoridade fiscal às instituições bancárias sem prévia autorização judicial e, conseqüentemente, sem se ferir o princípio constitucional da privacidade e intimidade, ao preservar o sigilo das transações bancárias. Há não uma quebra de sigilo, tampouco interferência arbitrária, e sim um repasse das informações dos bancos para o Fisco os quais continuam sob sigilo. Dessarte, se o que acontece é uma tramitação sigilosa entre os bancos e o Fisco não acessível a terceiros, não há a configuração de violação (quebra) do sigilo.

Eventuais abusos praticados pela Administração Tributária devem ser levados ao Poder Judiciário. O servidor público federal tem o dever de guardar sigilo sobre assunto da repartição (art. 116, VIII, da Lei nº 8.112, de 1990) e, se divulgar, revelar ou facilitar a divulgação das informações sigilosas obtidas estará sujeito à pena de demissão, prevista no art. 132, IX, da Lei nº 8.112, de 1990, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis (art. 9º do Decreto nº 3.724, de 2001b). A responsabilização criminal, por sua vez, está prevista no art. 10 da Lei Complementar nº 105, de 2001, e a civil, no art. 11 da referida Lei Complementar (BRASIL, 1990), (BRASIL, 2001a), (BRASIL, 2001b).

Por fim, foi conhecida parcialmente a ADI nº 2859-DF, para julgar prejudicada a ação em relação ao Decreto nº 4.545, de 2002; julgar improcedente a ação, declarando a constitucionalidade do art. 5º, *caput*, e seus parágrafos da Lei Complementar nº 105, de 2001. Quanto as demais ações (ADIs 2.390, 2.397 e 2.386), estas foram conhecidas e julgadas improcedentes, declarando a constitucionalidade do art. 1º, § 3º, inciso VI, na parte em que remete aos arts. 5º e 6º; da expressão “do inquérito ou”, contida no art. 1º, § 4º; do art. 3º, § 3º; e dos arts. 5º e 6º, todos da Lei Complementar nº 105, de 2001; dos Decretos nº 3.724, de 2001, e nº 4.489, de 2002, que regulamentam, respectivamente, os arts. 6º e 5º da Lei Complementar nº 105, de 2001, e do art. 1º da Lei Complementar nº 104, de 2001, no ponto em que insere o §1º, inciso II, e o § 2º no art. 198 do CTN.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Segunda edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOROWSKI, Martín. **La estructura de los derechos fundamentales**. Trad. de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Publicado no **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2016.

BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Publicada no Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 13 abr. 2016.

BRASIL. Lei complementar nº 105 de 10 de janeiro de 2001a. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, Distrito Federal, 11 jan. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp105.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2016.

BRASIL. Lei nº 10.174 de 09 de janeiro de 2001b. Altera o art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996, que institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Crédito e Direitos de Natureza Financeira – CPMF. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, Distrito Federal, 10 jan. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10174.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10174.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2.390-DF**. Plenário. Relator Ministro Dias Toffoli. Julgamento: 18/02/2016. DJe: 21/10/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899965>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 601.314-SP**. Plenário. Relator Ministro Edson Fachin. Julgamento: 24/02/2016. DJe: 16/09/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11668355>>. Acesso em: 11 jan. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Publicada no **Diário Oficial da União**, Brasília, Distrito Federal, 19 abr. 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, jan., p. 1-12, 2002. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-GILMAR-MENDES.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-GILMAR-MENDES.pdf)>. Acesso em: 5 mar. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 1998.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA, Rodrigo Telles. A distinção entre regras e princípios e a derrotabilidade das normas de direitos fundamentais. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília-DF, ano 10, nº 34, jan./jun., p. 11-35, 2011.

*REFLEXÕES SOBRE A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA  
PESSOA HUMANA E A POSTURA DO STF*

---

Danielle Maia Cruz  
Andrine Oliveira Nunes  
Bárbara de Sales Gomes





## INTRODUÇÃO

Ao vislumbrar o contrassenso na efetividade do texto constitucional em face do instituto da Intervenção Federal, e por ser este guardião dos princípios sensíveis, bem como veículo propulsor da manutenção do pacto federativo e, por consequência, do estado democrático de direito, objetiva-se, por ora, discutir a ausência de aplicabilidade do instituto em comento, principalmente na relação União/Estado-Membro e no tocante à custódia dos Direitos da Pessoa Humana.

Assim, apesar do notável progresso histórico já sucedido, é evidente que muito ainda tem-se a realizar em matéria de Direitos Humanos<sup>1</sup> para que estes sejam efetivados conforme o antevisto na Constituição Federal, de 1988. Pois, após quase três décadas da promulgação da Lei Maior – de caráter eminentemente conexo à humanização do Direito e ao acesso à cidadania –, jamais se verificou uma real decretação de representação interventiva, demonstrando, portanto, a inexistência de exemplos concretos.

Essa ausência, que pôde ser observada na extensão de vinte e oito anos, deve ser atribuída à conduta do órgão juridicamente imputado para julgar esses pedidos: o Supremo Tribunal Federal (STF), uma vez que este declarou improcedentes todas as requisições de Intervenção as quais apreciou, prestigiando a autonomia dos Estados-Membros. A regra da não intervenção, todavia, está sujeita a exceções, como o Estado de Sítio, o Estado de Defesa e a Intervenção Federal, sendo a última, por ora, objeto do referido estudo.

A redação do art. 1º da Constituição Federal, de 1988, deixa evidente que o Brasil é uma república federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, o que se confirma com a leitura do seu art. 18, uma vez que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são todos autônomos [...]. Significa dizer que, em consequência do amparo do

---

<sup>1</sup> Entenda-se “direitos humanos” na perspectiva internacional da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em 22 fev. 2016.

pacto federativo<sup>2</sup>, cada ente possui sua própria seara de atuação, que não deve ser acometida por outrem. É reconhecida a capacidade de autogoverno, traduzindo uma expectativa de que cada ente federativo esteja apto a tomar as medidas próprias que lhe forem competentes, constituindo este como o elemento essencial da organização do Estado Federal Brasileiro.

Diante de determinadas situações excepcionalíssimas, sendo estas taxativamente autorizadas pela própria Lei Maior, nos arts. 34, 35 e 36, admite-se o afastamento temporário da autonomia da unidade político organizacional, a fim de resguardar a existência e a unidade da própria Federação. A doutrina<sup>3</sup> é pacífica quanto à interpretação, habitualmente restritiva, de que a Intervenção Federal consiste em medida extrema, que não se aplica a todo e qualquer caso dentre aqueles previstos nos artigos supracitados.

Hodiernamente, muito se fala em Direitos Humanos, especialmente graças ao caráter democrático de que se reveste a Constituição Federal, que tão logo em seu primeiro artigo certifica a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político como partes integrantes de seus princípios fundamentais do Estado Brasileiro. Todavia, enquanto a todo instante reconhecem-se centenas de direitos e fazem-se inúmeros discursos repetitivos acerca do assunto, pouco se consuma com relação aos Direitos Humanos, mantendo-se por muitas vezes o debate no plano ideal.

A título de exemplo, tem-se o também constitucional direito à moradia, constantemente desrespeitado, sobretudo quanto aos cidadãos que vivem em grandes áreas urbanas sem local digno para habitar, acabando por viver nas ruas, expostos a todos os tipos de abuso. O que sobrevém é uma inobservância

---

<sup>2</sup> “A questão federativa refere-se ao desenho institucional que visa à distribuição territorial do poder sem destruir a autonomia de cada ente federativo” (SILVA, 2009, s. p.). Para mais considerações averiguar: FERNANDES, Helio. O Significado do Pacto Federativo. Disponível em: <[https://www.sindifisconacional.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=21382:o-significado-do-pacto-federativo&catid=45&Itemid=73](https://www.sindifisconacional.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21382:o-significado-do-pacto-federativo&catid=45&Itemid=73)>. Acesso em 22 fev. 2016.

<sup>3</sup> Para mais elucidações sobre o posicionamento da doutrina brasileira quanto ao instituto da intervenção federal, averiguar o capítulo segundo da tese de doutoramento de: IORIO FILHO, Rafael Mario. Uma questão da cidadania: o papel do Supremo Tribunal Federal na Intervenção Federal (1988-2008). 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2009.

de vários mecanismos jurisdicionais que, em tese, serviriam para a implementação desses direitos. Dentre eles, inclui-se o próprio instituto da Intervenção Federal ora analisado, porque o legislador originário estabeleceu de antemão que a desveneração aos Direitos da Pessoa Humana é caso plausível de Intervenção, mais especificamente em seu artigo 34, inciso VII, alínea “b”.<sup>4</sup>

Nesses casos, para que de fato se dê a Intervenção, cabe procedimento próprio já estabelecido no parágrafo 3º do art. 36, por sua vez, regulamentado pela Lei 12.562, de 2011.<sup>5</sup> Portanto, concerne ao procurador geral da República apresentar à Suprema Corte Constitucional uma Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva. Todavia, só com pedido julgado razoável pelo STF é que se tem a efetivação do instituto, necessitando-se assim, posteriormente, da expedição do Decreto Interventivo por parte do presidente da República e a eventual nomeação de um interventor.

Com base tanto no aspecto procedimental quanto no material, foi possível observar, em vista do tempo de vigência da atual Constituição, que jamais foi reconhecida a necessidade de Intervenção Federal pelo Supremo, mesmo diante de casos de agudo desrespeito a Direitos Humanos, como aqueles que serão relatados neste trabalho em momento oportuno, que ocorrem a todo instante em qualquer dos estados da federação.

Desta feita, torna-se questionável a postura omissiva do STF, tanto quanto à sua função precípua, qual seja, de guardião supremo da Constituição Federal, como a de órgão máximo do Poder Judiciário Brasileiro, na sua função elementar de julgamento e equilíbrio entre as demais funções do Estado, tudo no intuito de resguardo e garantia da ordem e do progresso social. Objetos estes de discussão ao longo deste.

---

<sup>4</sup> A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: VII – assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: b) direitos da pessoa humana;

<sup>5</sup> Lei nº 12.562, de dezembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12562.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12562.htm)>. Acesso em 25 fev. 2016.

## **1 ASPECTOS ELEMENTARES DO INSTITUTO DA INTERVENÇÃO**

Em um regime democrático, o Estado tem o condão de delimitar seus princípios e objetivos, suas funções e relações, bem como estamentos e organizações. Assim, em razão de suas instituições, asseverar o cumprimento das obrigações constitucionais se faz necessário para sua própria subsistência, especialmente quando os elementos que a norteiam são fundamentos essenciais para o desenvolvimento profícuo da convivência em sociedade, o que se localiza como epicentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Ao dispor sobre o indivíduo, o constituinte, de 1988, determinou como princípio fundamental do Estado Brasileiro, no inciso III do art. 1º, a dignidade na pessoa humana. Este consagrado princípio constitucional, da dignidade da pessoa humana, visa garantir a existência minimamente honrada para o indivíduo, por meio da salvaguarda dos Direitos Humanos, que são inerentes a qualquer pessoa, necessitando apenas que seja um ser da espécie humana, independente de quaisquer condições, como raça, crença, situação econômica e social, cultura, opinião política, gênero, dentre diversas outras.

Isto é, ao alçar este princípio como fundamento do Estado Democrático de Direito, como fomento da República Federativa, qualquer inobservância das características que o agregam são passíveis de atuação estatal e devem ser guardadas pelas instituições públicas. Logo, dentre os elementos que compõem a possibilidade de proteção à segurança do Estado, a própria Lei Maior prevê, para tanto, artifícios. Dentre os quais se encontra o instituto da Intervenção Federal, cuja previsão do próprio legislador originário estabelece que, em caso de inobservância dos Direitos da Pessoa Humana, é plausível o uso do instituto em comento ante a autonomia do estado-membro, que por ora não resguarde obediência ao texto constitucional e possa, com essa postura, ferir o pacto federativo.

Pacto este que nasce da integração da heterogeneidade, ou seja, que “significa a superação das divisões e rupturas e a união orgânica entre os membros de uma organização.” (BOBBIO, 2010, p. 632). No caso, estes membros são os entes federativos que acordam unirem-se jurídica e

economicamente por meio de ato político, sendo a afronta a este pacto uma possibilidade de desordem. Daí ser plausível o uso de instrumento de manutenção do acordo, como a intervenção, que é o ato de se imiscuir, de interromper, interferir, de exercer influência em determinada situação. Intervenção, do latim *inter + venire*, etimologicamente significa “posicionar-se em”, “acudir” ou “socorrer”.

a intervenção configura o ato pelo qual uma autoridade superior, de uma Nação ou de um Estado, no âmbito de sua competência, ocorre em defesa de um ente que lhe é hierarquicamente inferior, para protegê-lo ou garanti-lo contra atos que possam trazer prejuízos à sua unidade. (SAMPAIO, 1989, p. 138).

Historicamente dispondo, a Intervenção Federal faz-se presente nas Constituições Brasileiras já há longas datas, sofrendo modificações, acréscimos e sendo enriquecida de especificidades processuais a cada nova legislação, dada a necessidade de se elucidar quais são os limites desse organismo tão atípico.

Assim, bem afirma IORIO FILHO (2009, p. 74) que a doutrina<sup>6</sup> brasileira, dentre os elementos que ela enfatiza sobre a Intervenção Federal estão a narrativa de um processo de continuidade histórica do instituto, senão *ex vi*:

A doutrina brasileira sobre a intervenção federal a apresenta enfatizando três elementos. 1) Conceituar a intervenção federal como o último remédio ou *ratio* para se manter a integridade nacional e da ordem jurídica constitucional; 2) Narrar um processo de continuidade histórica do instituto desde a primeira Constituição republicana de 1891, e a sua elaboração por Ruy Barbosa; 3) Apresentar as espécies de intervenção federal: a espontânea e a provocada.

---

<sup>6</sup> Segundo Iorio Filho (2009, p. 74), é norteadada por: Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, Luis Roberto Barroso, Walber de Moura Agra, André Ramos Tavares, dentre outros.

A Constituição, de 1891, foi pioneira em relação ao instituto, versando, portanto, pela primeira vez, sobre a possibilidade de intervenção de um ente federativo em outro, possibilidade que jamais deixou de ser consagrada pelas legislações posteriores. A primeira Constituição a falar do Interventor Federal foi a de 1934, introduzindo, portanto, a figura daquele que deve ser eleito pela Câmara ou nomeado pelo presidente da República (art. 12, §§ 1º e 7º).

Na Carta de 1937, também conhecida historicamente pelo título de Polaca (SILVA, 2008), o assunto foi disciplinado no artigo 9º. Da leitura do referido artigo, percebe-se que a medida perdeu o seu caráter de excepcionalidade, pois apresenta em seu texto “O Governo Federal intervirá”, diferente das anteriores e posteriores que fazem previsão do instituto, mencionando, por exemplo, “O Governo Federal não poderá intervir, salvo em caso de [...]”. Esta peculiaridade reflete a natureza ditatorial e centralizadora da Era Vargas.

A Constituição, de 1967, por sua vez, inovou ao trazer o termo União, e não mais Governo Federal, substituindo a nomenclatura anterior, situando agora a União como a possuidora do poder interventivo, nos conformes do que diz:

[...] a expressão “governo federal”, utilizada em várias das nossas Constituições, é imprópria, imprecisa. O governo é dotado de personalidade jurídica; é de melhor técnica, pois, utilizar o termo União. Já a lei fundamental de 1967 (art. 10) tratou da intervenção atribuindo à União a titularidade do exercício de tal medida. (BASTOS, 2000, p. 322).

Logo, verifica-se que, por mais características interventoras que possam conter os regimes autoritários pelos quais o Brasil passou, o instituto da intervenção não perdeu sua principal característica, ser exceção, pois a regra é a manutenção do princípio federativo da ordem e união jurídico-político nacional.

a intervenção federal nada mais é do que o afastamento temporário da autonomia de um ente federal que tem por objetivo a preservação da própria federação. Assim sendo, trata-se de instrumento de direito

constitucional de exceção, pois priva o ente federado de sua característica essencial: a autonomia. Por ser forte medida coercitiva, só pode ser usada estritamente nas situações determinadas taxativamente pelo constituinte originário, nos arts. 34 a 36 da CRFB/88. [...] A intervenção federal, vale se repetir, trata de exceção no equilíbrio federativo da autonomia política dos entes, a partir da ingerência de uma entidade em assuntos próprios de outra, quando diante de uma das circunstâncias taxativas extremas que atentam ao pacto federativo e a supremacia constitucional. (IORIO FILHO, 2009, p. 75-76).

Como já mencionado, na Constituição vigente a Intervenção Federal é disciplinada nos artigos 34, 35 e 36. No entanto, o artigo 35 trata do instituto da Intervenção Estadual, que se dá quando o estado-membro intervém na autonomia política de seus municípios, matéria não esboçada neste, cujo objeto de análise se atém aos artigos 34 e 36, que aludem à intervenção da União nos Estados-Membros e no Distrito Federal.

Válido lembrar que dentre as hipóteses previstas no artigo 34, a que se refere ao atual escopo do estudo configura também parâmetro para Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ADIN Interventiva), sendo esta a renunciada no inciso VII, alínea “b”, já mencionado. Tal hipótese relaciona-se diretamente ao artigo 36, inciso III, que dispõe: “Art. 36. A decretação da intervenção dependerá: [...] III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal; [...]”

Como previsto no artigo supracitado, a Intervenção dependerá de provimento de representação do procurador-geral da República perante o STF. Portanto, a finalidade da ADIN Interventiva diante do caso concreto é a defesa da ordem constitucional, pela observância dos Princípios Constitucionais Sensíveis.

A relevância doutrinária do estudo dos Princípios Constitucionais Sensíveis foi imortalizada por Pontes de Miranda (1970), que adotou a curiosa nomenclatura devido ao fato de que a desobediência a tais princípios configura grave afronta à Constituição Federal, uma vez que estes tutelam no tocante às

suas bases mais elementares<sup>7</sup>, sob pena de, até mesmo engendrar-se a sanção da decretação de uma Representação Interventiva<sup>8</sup>.

Em 2011, a Lei nº 12.562, de 2011, regulamentou os detalhes do procedimento e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, diretamente relacionada ao que insuficientemente se fala nos artigos 34, VII, e 36, III, da Constituição Federal, de 1988. Um aspecto demasiadamente importante merece maior destaque em sua análise: a prescrição de que o ministro relator da ação no STF procure “dirimir o conflito que dá causa ao pedido, utilizando-se dos meios que julgar necessários, na forma do regimento interno” (artigo 6º, parágrafo 2º).

Tal determinação vem a fim de, mais uma vez, evitar as consequências reais de uma Intervenção Federal, visto que essas são bastante gravosas ao Princípio Federativo do Estado. Trata-se de uma tentativa de resolver o eventual conflito por outros meios cabíveis que não o da Representação Interventiva, evidenciando, portanto, o caráter de excepcionalidade do instituto.

Uma vez julgada a ação, se procedente, cabe ao presidente do Supremo Tribunal Federal dar ciência ao chefe do Executivo (o presidente da República, na situação ora em análise), que terá prazo improrrogável de até quinze dias para dar cumprimento aos parágrafos 1º e 3º do art. 36 da Constituição Federal. A decisão da Suprema Corte vincula o presidente da República a decretar a Intervenção, sob pena de crime de responsabilidade, se não o fizer, segundo o que preceitua o artigo 12, nº 3, da Lei nº 1.079, de 1950: “a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido da representação interventiva é irrecorrível, sendo insuscetível de impugnação por ação rescisória”. Outrossim, como determina o artigo 36, parágrafo 3º, da Lei Maior, é isento o controle político que, via de regra, deveria ser realizado pelo Congresso Nacional.

---

<sup>7</sup> A alusão às “bases mais elementares da Constituição Federal”, não se deve compreender no campo da hierarquia, pois, como é cediço, entre normas constitucionais não existe hierarquia. A ideia proposta é a de que a Constituição baseia-se em principiologias, algumas delas elencadas justamente no inciso VII do artigo 34 da Constituição Federal, de 1988, o que justifica o seu grau de relevância.

<sup>8</sup> Para mais elucidações sobre a representação interventiva, visualizar: MENDES, Gilmar Ferreira. A representação interventiva. *Revista de Direito Público*, Brasília, v. 2, n. 9, p. 5-32, jul./set. 2005.



O cerne deste trabalho constitui em justificar a usurpação da autonomia baseada na ideia de que os Direitos Humanos são invioláveis, cabendo nestes casos a sanção mais grave do Direito Constitucional que um ente-político pode sofrer: a Intervenção Federal. Sabe-se que a sociedade encontra-se constante e ininterruptamente em transformação, seja ela de valores ou simplesmente de hábitos, o que justifica o reconhecimento quase que diário de novos direitos por parte do Poder Judiciário.

No tocante a isso, a interpretação do que seriam os Direitos da Pessoa Humana (artigo 34, VII, “b”, da Constituição Federal, de 1988) deve ser costumeiramente expansiva, a mais ampla possível, efetivamente capaz de garantir o cumprimento deste, que é um dos Princípios Fundamentais da nossa Lei Maior. Portanto, fazem-se necessários entendimentos abrangentes o suficiente para proteger não só os direitos fundamentais típicos (ou seja, aquilo que está positivado em normas constitucionais), mas também os atípicos (CARDOSO, 2013). Tanto que é válido citar a compreensão dos constitucionalistas J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lênio Luiz Streck (2013, p. 1.716):

Nota-se, porém, que a Constituição não arrola taxativamente todos os direitos da pessoa em seu texto, sendo certo que o art. 5º, § 2º, estabelece que os “direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. [...] Embora não seja tarefa das mais fáceis identificar os direitos fundamentais implícitos, cumpre ter presente, conforme anota Dalmo de Abreu Dallari, que, nessa matéria, em caso de dúvida a interpretação “deve ser feita sempre de modo mais favorável às pessoas”. De qualquer maneira, resta claro que a Constituição vigente apartou-se de uma concepção estritamente normativista, positivista, do Direito, nesse campo, aproximando-se de uma posição jusnaturalista, para reconhecer a existência de direitos subjetivos não expressamente arrolados nos textos legais, fundados na lei natural e no valor intrínseco da pessoa humana, ainda que possam eventualmente carecer de eficácia plena, por não encontrarem amparo em garantias apropriadas. A violação dos direitos e liberdades fundamentais por parte dos Estados e do

Distrito Federal, portanto, justifica a intervenção, admitindo-se, nessa hipótese, em caráter excepcional, uma interpretação extensiva do dispositivo constitucional em tela, até porque a dignidade humana figura como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 1º, I, da Carta Magna.

Em viés oposto, para fins de Representação Interventiva (que, como insistentemente já foi dito, é medida excepcionalíssima), entende-se que o instituto da Intervenção Federal trata-se de uma anormalidade, que só deve ser implementado se houver comprovação de crise contínua, o que não se concretizaria com simples violações a Direitos Humanos, pois que se assim o fosse, o procurador-geral da República ensinaria todos os dias inúmeras Ações Diretas de Inconstitucionalidade Interventivas, pois em qualquer tempo ou espaço territorial brasileiro ocorrem incessantemente várias violações a Princípios Constitucionais Sensíveis.

Para se promover a apreciação de ADIN Interventiva perante o STF, como já elucidado posteriormente, é necessária a comprovação de que o ente federativo já há muito carece totalmente de condições para assegurar o respeito ao ser humano. Dessarte, por mais grave e socialmente repugnável que possa ser determinado caso isolado de violação a Direitos da Pessoa Humana, não cabe Representação Interventiva, a não ser que se ateste a inteira inexistência de condições para se manter a autonomia e a fidelidade ao Pacto Federativo.

No mais, em se tratando apenas de curiosidades a respeito do assunto ora explanado, adverte-se que: 1. Sabe-se que a União é impossibilitada de intervir em Municípios, pois, seguindo o princípio da Simetria Constitucional (FIRMINO, 2013), a União deve intervir apenas no ente imediatamente inferior: o Estado-Membro, que por sua vez, da mesma maneira, intervém apenas também no ente imediatamente inferior: o Município. Entretanto, há uma exceção a essa regra, disposta no *caput* do artigo 35 da Constituição Federal, que diz: “O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando: [...]”. A leitura do referido artigo deixa claro que, caso ocorram as situações previstas em seus incisos, a União intervirá diretamente naqueles municípios que se localizarem em Território Federal (hodiernamente inexistentes no Brasil). 2. Na vigência de

Intervenção Federal, a Constituição Brasileira não poderá ser emendada, segundo o exposto no artigo 60, parágrafo 1º, compondo-se até da imutabilidade que se dá às Cláusulas Pétreas (SANTIAGO, 2016).

## **2 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DIANTE DO CASO CONCRETO**

Mesmo diante de controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, a Constituição Federal é clara na menção que faz em seu artigo 34, VII, alínea “b”: em situações de conflito entre a autonomia de determinado ente político e de defesa à transgressão a Direitos da Pessoa Humana, é a última quem deve prevalecer. Contudo, após alguns anos de vigência da Lei Maior, de 1988, que tem como um de seus propósitos principais a tutela desse tipo de Direitos Fundamentais, a laboração da Suprema Corte mediante situações de intenso desrespeito a esses direitos confirmou-se demasiadamente ineficiente.

O instituto da Intervenção Federal simplesmente não foi consentido, sequer uma vez, em tempo considerado razoável para tal. Portanto, nos é permitido apenas ilustrar mediante casos concretos que geraram propositura de ADIN Interventiva pelo procurador-geral da República ou, quando menos, ganharam repercussão nacional e internacional.

Emblemática situação foi a ocorrida na localidade de Matupá, ao norte do Estado do Mato Grosso, em 1991, apenas dois anos após a promulgação da Constituição Federal. Enquanto três criminosos faziam um grupo de familiares refém dentro de sua residência, exigindo armas e dinheiro para sua libertação, a população enfurecida cercava os arredores da casa e assistia ao episódio. Após uma falha negociação, a Polícia estourou o cativo e conseguiu prender os meliantes, mas estranhamente alegou a não disponibilidade de viatura, tampouco de condições para que os delinquentes permanecessem na delegacia local, que não dispunha de estrutura física para conter os populares. Então, conseguiu-se emprestado o veículo do prefeito, que os conduziu ao aeroporto da cidade, onde pegariam um voo para outro município onde houvesse condições de resguardar a integridade do trio.

Todavia, o carro apresentou problemas de natureza técnica durante o traslado, algo relacionado ao fornecimento de combustível. Foram então remanejados para outro veículo, este, no percurso até o aeroporto, teve sua viagem interrompida por um grupo absolutamente colérico que, segundo o testemunho dos policiais, não puderam impedir o linchamento. Os três criminosos foram espancados e, enquanto ainda agonizavam, tiveram seus corpos queimados. Essas cenas foram registradas, e o caso ganhou extrema repercussão, e, diante de tamanho descontrole, o procurador-geral da República à época provocou o STF mediante Representação Interventiva. A opção do Supremo, ao contrário do almejado, foi a da não intervenção. A decisão (*leading case* IF 114-5/1991) baseou-se na ideia de que este seria um caso excepcional de grave violação a Direitos Humanos, e que não caberia a intervenção da Polícia Federal, pois as providências já estavam sendo tomadas pela Polícia Civil de Matupá. Verifique-se, portanto, o julgado oficial da Suprema Corte:

Representação do PGR pleiteando intervenção federal no Estado de Mato Grosso, para assegurar a observância dos 'direitos da pessoa humana', em face de fato criminoso praticado com extrema crueldade a indicar a inexistência de 'condição mínima', no Estado, 'para assegurar o respeito ao primordial direito da pessoa humana, que é o direito à vida'. (...) Representação que merece conhecida, por seu fundamento: alegação de inobservância pelo Estado-membro do princípio constitucional sensível previsto no art. 34, VII, *b*, da Constituição de 1988, quanto aos 'direitos da pessoa humana'. (...) Hipótese em que estão em causa 'direitos da pessoa humana', em sua compreensão mais ampla, revelando-se impotentes as autoridades policiais locais para manter a segurança de três presos que acabaram subtraídos de sua proteção, por populares revoltados pelo crime que lhes era imputado, sendo mortos com requintes de crueldade. Intervenção federal e restrição à autonomia do Estado-membro. Princípio federativo. Excepcionalidade da medida interventiva. No caso concreto, o Estado de Mato Grosso, segundo as informações, está procedendo à apuração do crime. Instaurou-se, de imediato, inquérito policial, cujos autos foram encaminhados à autoridade judiciária estadual competente que os devolveu, a pedido do delegado de polícia, para o prosseguimento das diligências e

averiguações. Embora a extrema gravidade dos fatos e o repúdio que sempre merecem atos de violência e crueldade, não se trata, porém, de situação concreta que, por si só, possa configurar causa bastante a decretar-se intervenção federal no Estado, tendo em conta, também, as providências já adotadas pelas autoridades locais para a apuração do ilícito. Hipótese em que não é, por igual, de determinar-se intervenha a Polícia Federal, na apuração dos fatos, em substituição à Polícia Civil de Mato Grosso. Autonomia do Estado-membro na organização dos serviços de justiça e segurança, de sua competência. (Constituição, arts. 25, § 1º; 125 e 144, § 4º).” (IF 114, Rel. Min. Presidente **Néri da Silveira**, julgamento em 13-3-1991, Plenário, DJ de 27-9-1996).

Situação análoga ocorrida recentemente, em 2013, foi a do Complexo Penitenciário de Pedrinhas no Estado do Maranhão. Reflexo da crise generalizada do sistema penitenciário brasileiro, o que se viu foram cenas aterrorizantes de presos rebelados assassinando uns aos outros, até mesmo comemorando a morte de integrantes de gangues rivais com decapitações. O pânico espalhou-se por toda a cidade de São Luís, uma vez que as rebeliões ultrapassaram os muros dos presídios e se refletiram em ataques a transportes públicos. Em um dos casos, o incêndio de um ônibus vitimou a pequena Ana Clara, de seis anos, que teve seu corpo queimado e não resistiu aos ferimentos. Para além da evidente problemática da inobservância de Direitos da Pessoa Humana, demonstrou-se também outro motivo para ensejar a Intervenção Federal, nos termos do inciso III do referido artigo 34: “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública”. Tanto o Governo Estadual quanto o procurador-geral da República demonstraram indignante inércia, pois nenhuma medida efetiva foi tomada para comedir a intensa violência que se deu na capital do Estado-Membro.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Brasília sediou, no dia 9 de dezembro de 2013, o Fórum Mundial de Direitos Humanos, importante evento que teve como objetivo central levantar discussões acerca dos Direitos da Pessoa Humana no Brasil e no mundo.

Entretanto, por mais que vivamos sob a guarda de uma Constituição que nos conduz à construção de uma sociedade justa e igualitária, a concretização desse objetivo ainda é distante. A tutela dos Direitos Humanos é de fato a maior finalidade da República Federativa do Brasil, e é para isso que se estabelecem princípios constitucionais ditos sensíveis e, conjuntamente, mecanismos que têm a função de salvaguardá-los. Dentre esses princípios, um dos mais primordiais é o positivado no artigo 34, VII, “b”, inciso este que ganhou uma importantíssima regulamentação processual por meio da Lei nº 12.562, de 2011. O crucial propósito da referida lei é tornar a aplicação da ADIN Interventiva mais rápida e eficaz. Todavia, para que seja alcançado tal intento, cabe o posicionamento da Suprema Corte.

Diante de várias impropriedades das representações interventivas, pode-se constatar que segundo entendimento do STF somente fatos de indissimulável gravidade justificariam essa medida extrema, como diz Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 850 e passim). O instituto é, portanto, como um fortíssimo remédio que deve ser utilizado apenas quando realmente se fizer necessário, e sempre que constitucionalmente possível a opção deve ser a da não intervenção. Isso não significa, porém, que deva haver a absoluta omissão que se observa na atualidade, pois se há previsão constitucional, é para que da Intervenção Federal façamos uso sempre que se evidenciarem casos de continuidade da crise institucional.

O que se conclui, portanto, é que o Supremo Tribunal Federal não vem tratando do assunto com congruência, uma vez que nem sequer possui critérios objetivos do que infere justificar uma Intervenção Federal. Questionável também é a postura da Suprema Corte em relação à morosidade no julgamento de muitas ADINs Interventivas, que por vezes permanecem “engavetadas” e, quando finalmente vão à apreciação, já não se encontram em momento propício para realizar-se a Intervenção. Assim, pois, o que se almeja é uma resposta mais sensata do Supremo defronte as mais variadas situações factuais que, a todo instante, ocorrem em desconformidade com os preceitos constitucionais.

## REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale *et al.* 13. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2010. v. 1.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em 25 dez. 2016.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em 25 de fev. 2016.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em 25 de fev. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em:  
<<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>>. Acesso em 25 jan. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 22 jan. 2016.

BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em:  
<<http://www.dudh.org.br/declaracao/>> Acesso em 22 fev. 2016.

BRASIL. STF - INTERVENÇÃO FEDERAL: IF 114 MT. Disponível em:  
<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/752133/intervencao-federal-if-114-mt>>. Acesso em: 04 jul. 2016.

BRASIL. Lei **12.562 de dezembro de 2011**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12562.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12562.htm)>. Acesso em 25 mar. 2016.

BRASIL. Lei **1.079 de abril de 1950**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm)>. Acesso em 2 out. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo**. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARDOSO, Leonardo. **Evolução Histórica dos Direitos Humanos e a Constituição Federal Brasileira de 1988**. 2013. Disponível em:

<<http://www.arcos.org.br/artigos/evolucao-historica-dos-direitos-humanos-e-a-constituicao-federal-brasileira-de-1988/>>. Acesso em: 02 mar. 2016.

FERNANDES, Helio. **O Significado do Pacto Federativo**. Disponível em:

<[https://www.sindifisconacional.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=21382:o-significado-do-pacto-federativo&catid=45&Itemid=73](https://www.sindifisconacional.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21382:o-significado-do-pacto-federativo&catid=45&Itemid=73)>. Acesso em 22 fev.2016.

FIRMINO, Aline. Uma Ciência chamada Direito. Disponível em: <<http://firminoaline.blogspot.com.br/2013/01/principio-da-simetria-constitucional.html>>. Acesso em 2 mar. 2016.

IORIO FILHO, Rafael Mario. **Uma questão da cidadania: o papel do Supremo Tribunal Federal na Intervenção Federal (1988-2008)**. 2009. 391 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. A representação interventiva. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 2, n. 9, p. 5-32, jul./set. 2005.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969**. 2. ed. São Paulo: RT, 1970.



SAMPAIO, Luiz Augusto Paranhos. **Comentários à nova Constituição brasileira**. São Paulo: Atlas, v. 2. 1989.

SANTIAGO, Emerson. **Cláusulas Pétreas da Constituição de 1988**.

Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/clausulas-petreas-da-constituicao-de-1988/>>. Acesso em 2 mar. 2016.

SILVA, Lilia Penha Viana. Pacto Federativo e Políticas Públicas: o predomínio das relações predatórias entre as esferas de governo. In: JOINPP – Jornada Internacional de Políticas Públicas, IV, 2009, São Luis/MA. **Anais da IV Jornada Internacional de Políticas Públicas**. São Luis/MA:

Universidade Federal do Maranhão – UFMA/Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas. Disponível em:

<[http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/eixos/1\\_Mundializacao/pact-o-federativo-e-politicas-publicas-o-predominio-das-relacoes-predatorias-entre-as-esferas-de-.pdf](http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/eixos/1_Mundializacao/pact-o-federativo-e-politicas-publicas-o-predominio-das-relacoes-predatorias-entre-as-esferas-de-.pdf)>. Acesso em 30 jun 2016.

SILVA, Paulo Sérgio. A “**polaca**”. Disponível em:

<<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/artigos/a-polaca>>. Acesso em 25 fev. 2016.



*A LIMITAÇÃO DA SOBERANIA NACIONAL PELO  
DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS  
NA PERSPECTIVA DE DALMO DE ABREU DALLARI*

---

Kendi Ito Junior  
Angela Issa Haonat  
Francisco Gilson Rebouças Pôrto Junior



## INTRODUÇÃO

Este artigo analisa a limitação do princípio da soberania nacional em face do reconhecimento dos direitos humanos tutelados pelo Direito Internacional, relacionando suas implicações na atividade legislativa e judicial dos Estados, considerando-se o conceito de soberania de Dallari (2010), cuja concepção abrange um viés político e jurídico.

O primeiro tópico estuda o conceito de soberania nacional trazido por Dalmo de Abreu Dallari, jurista e professor da disciplina Teoria Geral do Estado, que estudou sobre a soberania dos Estados com a profundidade que o tema requer. Nesse aspecto, a evolução do conceito de soberania caminhou lado a lado com a evolução do Estado de Direito: constituído inicialmente como poder absoluto atribuído ao governante supremo, a soberania passou a ser concebida como poder político outorgado a determinados grupos que detinham o poder de decisão. A partir do século XX, a soberania ficaria conceituada como poder político-jurídico, vinculado às leis e aos princípios do Direito que tutelavam a independência e autonomia dos Estados.

O segundo tópico desenha um breve histórico sobre o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos que constitui o marco para tutela dos direitos no âmbito internacional, bem como sua influência na composição dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, de 1988, os quais estão espalhados por todo o texto constitucional, sendo o artigo 5º a fonte que concentra grande parte dos direitos relacionados à dignidade da pessoa humana.

Por fim, no tópico 3, buscou-se analisar as limitações da soberania nacional ante o direito internacional dos direitos humanos, considerando-se a limitação do exercício dos poderes político e jurídico, nos quais Dallari (2010) assenta as competências políticas e atribuições jurídicas dos Estados. Tanto o poder Legislativo quanto o Judiciário são convocados para regular o pleno exercício dos direitos fundamentais, seja por meio do processo legislativo, seja pelo entendimento jurisprudencial proferido pelos tribunais brasileiros, de modo que as prescrições normativas da legislação brasileira e a efetivação dos direitos fundamentais estejam em consonância com o direito internacional.

A questão que surge da relação direito internacional *versus* direito interno

implica pesquisar em que medida a força normativa e vinculante dos diplomas internacionais sobre direitos humanos limita a soberania nacional insculpido na Carta Magna Brasileira, a qual outorga autonomia política e independência ao País e, ao mesmo passo, permite a equiparação das convenções e tratados sobre direitos humanos às emendas constitucionais.

## **1 A SOBERANIA NACIONAL SEGUNDO DALMO DE ABREU DALLARI**

Dentre os autores que buscam explicar o elemento soberania do Estado, Dallari (2010) faz uma explanação sobre o tema, creditando a Jean Bodin, ainda no século XVI, as primeiras linhas conceituais acerca da soberania nacional, fundada em um poder supremo, absoluto, perpétuo, que colocava o governante permanentemente acima dos demais membros. Nessa concepção, a figura do governante e do Estado seria una, tendo em vista que ao monarca eram outorgados todos os poderes de Estado.

Rousseau (1996) traria um conceito de soberania representado pelo poder decisório, atribuído a um corpo político, ao qual acrescentaria as características da inalienabilidade e indivisibilidade, haja vista o poder soberano atribuído ao governante estar limitado por normas do Contrato Social, pelo qual o poder político concedido a determinado grupo somente seria legítimo quando outorgado por um legislador imparcial no exercício de uma função especial, estritamente vinculada ao interesse comum-coletivo e distante dos interesses particulares.

Dallari (2010), ao tratar do surgimento da teoria da personalidade jurídica do Estado, revela um conceito de soberania nacional permeado por um dualismo político e jurídico, em que o primeiro atribui ao Estado sua independência e as respectivas competências e instrumentos para defesa das fronteiras nacionais ante as ameaças externas; por seu turno, o viés jurídico da soberania atribui às normas reguladoras da atividade estatal o poder para legitimar as ações e políticas governamentais no âmbito dos limites territoriais dos Estados.

Para Dallari (2010), a soberania constitui um poder político cuja titularidade pertence ao Estado – entidade com personalidade jurídica própria – que decide, coordena e normatiza as relações do seu povo, nos respectivos limites territoriais, cabendo-lhe equacionar e resolver problemas internos. O poder político também atribui competências ao Estado para tratar das interações com outros países, sendo que seu exercício impede a submissão a qualquer ordem estrangeira. Como poder jurídico, a soberania disciplina todas as formas de exercício, interno e externo, regulando juridicamente a atuação estatal diante dos administrados, impondo limites e condições, por meio de regramento e normatização, pois, conforme ensina Dallari (2010, p. 84), “a prevalência da vontade de um Estado mais forte, nos limites da jurisdição de um mais fraco, é sempre um ato irregular, antijurídico, configurando uma violação de soberania, passível de sanções jurídicas”.

A soberania encontra lugar no ordenamento jurídico interno dos Estados, geralmente disciplinado pelas suas respectivas constituições e legislações. Mesmo tendo autonomia para determinar suas próprias competências, dentre elas a legislativa, muitas vezes o ordenamento encontra delimitações no Direito Internacional, demonstrando que o tema constitui fenômeno jurídico controverso que suscita opiniões divergentes, visto que os Estados contemporâneos mantêm relações internacionais reguladas por acordos e tratados sobre as interações políticas, sociais e econômicas no plano internacional e que influenciam a atividade legislativa dos Estados.

Entre nós, o princípio da soberania está insculpido na Constituição Federal, de 1988, artigo 1º, como elemento fundamental do Estado de direito que lhe atribui autonomia para determinar forma de Estado (federativo), forma de governo (republicano), regime de governo (democrático) e sistema de governo (presidencialista), determinações atualmente vigentes no País. Conformam Alexandrino e Paulo (2012) que, internamente, o poder conferido ao Estado Brasileiro se sobrepõe a todas as formas de poder externo, enquanto externamente figura em condições de igualdade diante dos demais estados independentes.

## **2 DIREITOS HUMANOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DE 1988**

Bobbio (1992) tece uma análise bastante criteriosa acerca dos direitos humanos, reconhecidos por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, observando que, inicialmente, tais direitos não foram constituídos como absolutos devido ao complexo processo evolutivo das sociedades e dos Estados, que geralmente envolveu condicionantes econômicas, sociais e culturais. Trata-se de uma abordagem com enfoque jurídico e viabiliza o debate sobre a juridicidade dos direitos humanos no contexto internacional, pois introduziu conceitos universais que transcenderam limites territoriais. Para Bobbio (1992, p. 30),

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.

Rezek (2010) ressalta que a Declaração Universal dos Direitos Humanos trazia em seu bojo normas substantivas, isto é, reconheciam direitos e obrigações prioritariamente na seara dos direitos políticos, civis e sociais. Entretanto, não apresentava característica de norma adjetiva, ou seja, norma instituidora de instrumentos judiciais que garantissem os meios de defesa e tutela desses direitos.

Relevante a afirmação de Bobbio (1992) de que os direitos humanos passaram por algumas fases evolutivas: primeiro, houve uma conversão para direitos positivos, seguida de uma generalização, pela qual o homem tornou-se objeto de proteção; depois ocorreu uma internacionalização, decorrente da Declaração Universal, reconhecendo certos direitos como fundamentais para a existência humana; na última etapa, ocorreu o processo de especificação, o homem considerado como sujeito detentor dos direitos humanos.



Rangel (2005) aduz que a Convenção Americana de Direitos Humanos, denominada Pacto de São José, caracteriza-se como espécie de tratado internacional, regional, que engloba todos os Estados-Membros da Organização dos Estados Americanos. Nota-se que a Convenção Americana traz como objetivo precípua a promoção do efetivo desenvolvimento progressivo dos direitos políticos, civis, econômicos, sociais e culturais dos países da América Latina. Os Estados signatários comprometem-se a adotar medidas legais efetivas ao pleno exercício dos direitos elencados pela Convenção.

Denota-se que direitos fundamentais, assegurados no âmbito interno dos Estados por meio das respectivas Constituições, e os direitos humanos, tutelados no âmbito externo por intermédio dos acordos internacionais, acabam por apontar uma única direção: a proteção da dignidade da pessoa humana, com acesso irrestrito à justiça e a garantia dos instrumentos judiciais necessários à sua tutela.

Nesse diapasão, a Constituição Federal, de 1988, comporta o rol de direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana, enumerados em seu artigo 5º; constitui descrição meramente exemplificativa, uma vez que a Carta Magna admite que direitos humanos oriundos dos tratados e acordos internacionais sejam acrescentados ao ordenamento jurídico, segundo concebido pelo § 2º do artigo 5º: “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”.

O Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, promulgou a Convenção Americana de Direitos Humanos, admitindo que todos os dispositivos concernentes à dignidade da pessoa humana fossem inteiramente aplicados no território nacional, excetuando-se apenas as inspeções e visitas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual ficou condicionada à anuência do Brasil.

Sob a ótica de Mazzuoli (2010, p. 119), o dispositivo em tela vislumbra agregar ao conteúdo constitucional direitos humanos e direitos fundamentais que porventura não estejam contemplados na Carta Magna,

Passa a ser, então, característica da proteção contemporânea dos direitos humanos essa confluência de valores que interliga vários direitos, conectando-os entre si por meios desses “canais de comunicação” ou “vasos comunicantes”, fazendo ademais com que eles se retroalimentem e, conseqüentemente, se fortaleçam, a fim de melhor proteger os direitos dos seres humanos. Tais canais comunicativos criam “um entrelaçamento simbiótico entre todas as normas de Direitos Humanos”, as quais passam a compor um mesmo universo de normas dentro do sistema jurídico [...]

A relevância atribuída aos direitos humanos foi reconhecida com a promulgação da emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, que introduziu o § 3º do artigo 5º, equiparando tratados e convenções de direitos humanos às emendas constitucionais, cujo procedimento legislativo qualificado exige aprovação em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros de cada casa do Congresso Nacional (MORAES, 2010).

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência fora promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, cuja aprovação pelo Congresso Nacional equiparou o referido diploma às emendas constitucionais, tornando sua aplicação obrigatória no que tange à proteção e bem-estar das pessoas com deficiência.

A convivência harmônica entre normas nacionais e estrangeiras fortalece o sistema internacional de defesa dos direitos humanos, que passa a ser composto pelo ordenamento dos Estados associado às declarações, tratados e pactos internacionais, constituindo verdadeiro vetor para interpretação do direito interno e da soberania nacional quando a matéria versar sobre direitos humanos.

### **3 A LIMITAÇÃO DA SOBERANIA BASEADA NO CONCEITO DE DALLARI**

Primeiramente, cumpre destacar que Dallari (2010) não discute sobre a limitação da soberania nacional pelos tratados de direitos humanos; tece um panorama histórico sobre o surgimento dos principais tratados internacionais, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela França,

em 1789; a Constituição de Weimar, aprovada pela Alemanha, em 1918; além da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Portanto, as inferências construídas sobre o tema em questão utilizam o referencial teórico de Dallari estritamente para reforçar uma perspectiva teórica acerca da força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

O estudo sobre o conceito de soberania nacional difundido por Dallari (2010) coloca como questionamento a seguinte indagação: Em que medida os tratados internacionais sobre direitos humanos condicionam e/ou limitam a soberania dos Estados no exercício do poder político-jurídico atribuído pelas respectivas constituições ou legislações internas?

Direitos Humanos constituem um dos temas que mais influenciaram o ordenamento jurídico dos Estados democráticos. No Brasil, também não foi diferente. Essa tendência é latente no extenso rol de direitos e garantias fundamentais previstos nos Capítulos da Carta Política, de 1988, que versam sobre direitos individuais e coletivos, direitos sociais e direitos políticos. O ordenamento jurídico brasileiro está no cerne dessa pesquisa, tendo em vista os casos encontrados na jurisprudência pátria que versam sobre relativização da soberania em face dos tratados de direitos humanos.

Dentre eles, a Súmula Vinculante nº 25 do Supremo Tribunal Federal uniformizou e pacificou o entendimento jurisprudencial, declarando “ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. A Súmula Vinculante é um instrumento jurídico previsto na Constituição Federal, artigo 103-A, prescrevendo que, “a partir da sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

A referida Súmula é fruto da discussão travada no âmbito do recurso extraordinário nº 349703/RS, julgamento que decidiu por restringir a eficácia da parte final do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal, que admitia a prisão por dívida do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel, confrontando a Convenção Americana de Direitos Humanos, que somente previa a prisão civil por dívida nos casos de inadimplemento de obrigação alimentícia.

O Supremo Tribunal Federal atribuiu aos tratados de direitos humanos *status* de norma supralegal, situado no ordenamento jurídico brasileiro entre a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais, conforme excerto da ementa do Recurso Extraordinário 349703/RS transcrito abaixo.

Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna.

A interpretação proferida pelo egrégio Tribunal revogou parcialmente o dispositivo constitucional por haver divergência com a norma de direito internacional. Trata-se de possibilidade de limitação da soberania, que “está sempre ligada a uma concepção de poder” (DALLARI, 2010 p. 79), um poder com viés político ou com vertente jurídica.

De qualquer forma, todo poder que emana do Estado não será absoluto, porquanto o poder político ficará limitado pelo poder jurídico, pelo menos naqueles Estados onde direito e democracia convivem harmonicamente. O caráter jurídico da soberania, entendida como exercício do poder jurídico por Dallari (2010), revela-se importante para definição dos limites para atuação estatal e para contenção da ingerência de países estrangeiros. De outro modo, o caráter político atribuído à soberania permite que o Estado assuma obrigações com entidades estrangeiras, conforme ocorrera com a promulgação da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Sob essa perspectiva teórica, as opções e as escolhas soberanas do Estado produzem reflexos: repudiam o uso abusivo da força, promovem a igualdade entre os povos e o respeito aos direitos inerentes à pessoa humana. O conceito jurídico da soberania visto em Dallari (2010) atribui papel protagonista ao poder legislativo e ao judiciário para regulamentação e efetivação dos direitos humanos.

Com efeito, na esfera federal, muitos diplomas versam sobre direitos fundamentais (humanos) previstos na Constituição Federal, como a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre a proteção à criança e ao adolescente; Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que define e determina penas para os crimes de tortura; Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas para acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência física; Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que assegura direitos ao idoso; Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que cria mecanismos para coibir a violência contra a mulher, dentre tantas outras derivadas da proteção dos direitos humanos no contexto internacional.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os tratados e pactos internacionais sobre direitos humanos e a instituição dos direitos fundamentais pela Constituição Federal, de 1988, buscam resguardar as garantias processuais para o efetivo exercício dos direitos relativos à dignidade da pessoa humana, tradicionalmente vinculados aos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Para tanto, a doutrina e a jurisprudência pesquisadas revelam que tal efetivação depende da harmonia entre o direito internacional e o ordenamento jurídico interno do Estado, cuja simbiose exige uma atuação estatal efetiva, sobretudo quanto à competência legislativa e judicial.

Com amparo de Dallari (2010) e o estudo da soberania como poder jurídico tornou-se possível visualizar uma forte influência dos tratados internacionais dos direitos humanos, sobretudo na atividade legislativa e judicial: a grande quantidade de normas aprovadas que asseguram direitos fundamentais a grupos vulneráveis e o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula Vinculante nº 25, são exemplos de como as atribuições jurídicas dos Estados devem observar os tratados sobre direitos humanos.

Pelo conceito de soberania de Dallari (2010), abrangendo o poder político, constatou-se que a soberania não comporta mais um sentido absoluto, único e genérico. Trata-se de um conceito mais dinâmico e flexível que guarda maior

conformidade com as relações jurídicas firmadas entre Estados movidos pela cooperação mútua e interesses comuns que regem as interações políticas internacionais contemporâneas. Contudo, mesmo aderindo aos acordos internacionais, o País não pode ser compelido a adotar medidas para efetivar direitos relativos à pessoa humana, haja vista sua autonomia, independência e suas competências atribuídas pela legislação interna.

Portanto, considerando-se que as competências e a soberania do Estado Brasileiro estão fixadas na Constituição Federal, de 1988, a adesão, promulgação e inserção dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro não constituem afronta ou limitação à soberania do País, principalmente no que diz respeito às competências do Estado para decidir sobre questões de interesse nacional, bem como estabelecer medidas legislativas, judiciais e administrativas, sem as ingerências dos estados estrangeiros ou organismos internacionais.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 8. ed. São Paulo: Método, 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgado em 05 de outubro de 1988. Publicado no **Diário Oficial da União**, Brasília, em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

Acesso em 6 dez. 2015.

BRASIL. Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Publicado no **Diário Oficial da União**, Brasília, em 09 de novembro de 1992. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em 12 dez. 2015.

BRASIL. Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção sobre Direitos Humanos das pessoas com deficiência, de 30 de março de 2007. Publicado no **Diário Oficial da União**, Brasília, em 26 de agosto de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm)>. Acesso em 12 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 349703/RS**, do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, 03 dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em 1º fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 25**. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=25.NUME.E.S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em 1º fev. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e relações internacionais**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social**. Tradução Antonio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.





*O PODER JUDICIÁRIO E O DISCURSO DA  
CRIMINALIZAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS*

---

Valéria da Silva Medeiros  
Nayana Guimarães Souza de Oliveira



## CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS E METODOLOGIA

A perpetuação da violência no campo, ligada a disputas por terras, no Brasil, perdura no tempo em virtude de um histórico político e institucional que desviou os olhos dos problemas sociais. Diante dessa realidade, organizaram-se movimentos sociais na forma de entidades, sindicatos e associações, sobretudo nas décadas de 1960 e 1970, para lutarem pela democratização da terra para os camponeses e pela Reforma Agrária. É comum esses movimentos sociais apontarem para um processo de criminalização da luta pela terra, levada a cabo pelos órgãos Judiciários e pelo Estado como um todo, fenômeno que é endossado por diversas pesquisas acadêmicas.

O termo “criminalização” é amplamente difundido no meio acadêmico e dos movimentos sociais como sendo a postura adotada pelo Estado, como um todo, ante os movimentos sociais que lutam pelo acesso à terra.

Um dos problemas encontrados nesses trabalhos é a particularidade dos casos estudados. É dizer, muitos apontam esta criminalização a partir de *um único caso*. Essa constatação levou aos seguintes questionamentos: Essa postura de fato é adotada, agindo o Judiciário com parcialidade? Qual(is) o(s) motivo(s) para essa imputação?

Assim, a partir de tabela obtida na Comissão Pastoral da Terra, com as prisões de pessoas integrantes dos movimentos sociais referidos, foi possível fazer o levantamento de parte das decisões judiciais tomadas no bojo de ações penais e processuais penais, a fim de investigar a veracidade ou inveracidade desse discurso. A pesquisa consistiu em observar, nessas decisões, critérios de seletividade penal (“condição social do indivíduo”, “localização geográfica da terra”, “cor da pele”, “gênero”, “idade”, “fato de ser participante de movimentos sociais” etc.) e analisar a valoração de conceitos jurídicos indeterminados, tal como “ordem pública”.

Ademais, buscou-se, na rede mundial de computadores, a existência de notícias relacionadas aos fatos denunciados à Comissão Pastoral da Terra, para fins comparativos. Esta providência deveu-se ao cuidado para que a pesquisa não se concentrasse na parte, sem considerar o todo.

A primeira observação acerca desta pesquisa é a de que ela não se concentra em ações cíveis ou de natureza não penal. A segunda é a de que a pesquisa é

eminentemente documental, não havendo pesquisa de campo. Isso porque o que se objetiva é estudar *o discurso* contido nos autos dos processos analisados.

O objetivo do presente trabalho é verificar se, em âmbito penal, os integrantes dos movimentos sociais são de fato processados e punidos pelo esbulho possessório ou por atos que estejam relacionados às ações dos movimentos sociais, reivindicantes do acesso à terra.

## **1 A VIOLÊNCIA NO CAMPO E A PESQUISA DO OBSERVATÓRIO DA AÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NOS CONFLITOS AGRÁRIOS (OBJ)**

A violência no campo – ligada a disputas por terras no Brasil – perdura no tempo, em virtude de um histórico político e institucional que desviou os olhos dos problemas sociais. Segundo dados da Comissão Pastoral da Terra (CPT), em 2014 foram registrados 1.018 ocorrências, 12.118 despejos, 36 assassinatos e 56 tentativas de assassinato (COMISSÃO PASTORAL DA TERRA, 2015, p. 19).

Na Carta de Encontro do Cerrado, em evento ocorrido de 21 a 23 de setembro de 2014, a Comissão Pastoral da Terra e outras entidades sociais articuladas defenderam, como um dos itens da pauta, que a luta pela Reforma Agrária não seja criminalizada; que, ao contrário, o Poder Público opte pela democratização da terra para os camponeses (COMISSÃO PASTORAL DA TERRA, 2015). Trata-se de uma indicação precisa e convicta de que a luta pela terra no Brasil não tem data para acabar.

Sérgio Sauer (2008, p. 1) responde positivamente à pergunta “há alguma novidade no processo recente de criminalização dos movimentos sociais, em geral, e do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST) em particular?”. Para ele, a grande novidade histórica é, justamente, as ações de diferentes aparelhos de Estado, até mesmo o Judiciário e o Ministério Público.

Nesse sentido, também a monografia de Roniery Machado (2015), intitulada “Luta pela terra e criminalização do movimento camponês”, segundo o qual a atuação do Judiciário no caso da Batalha de Santa Elina “não

fugiu da regra geral”, pois o órgão estatal teria agido “com toda a presteza a favor do latifúndio”, o que o autor diz ser uma “visão comum da maior parte dos juristas”.

Entre os trabalhos que pautaram a presente pesquisa, no sentido de oferecer subsídios e parâmetro metodológico, está a investigação levada a cabo pelo Observatório da Atuação do Poder Judiciário nos Conflitos Agrários decorrentes de ocupações de terra por movimentos sociais nos estados do Pará, Mato Grosso, Goiás e Paraná (2003-2011), Observatório este criado em fevereiro de 2010, e que integra o Centro de Estudos Sociais da América Latina (CES-AL). O relatório final da pesquisa, datado de outubro de 2012, aponta como um de seus objetivos:

[...] analisar a área de abrangência da pesquisa, a ocorrência de processos de criminalização das ações sociais. Esse é um elemento de denúncia dos movimentos sociais, como principal aspecto de uma intervenção negativa do Judiciário na questão agrária. (TÁRREGA; et al., 2012, p. 17).

De acordo com os autores do Relatório, os atos de ocupação de terras empreendidos pelos movimentos sociais são por eles vistos como forma de garantir o direito de acesso à terra, em relação a propriedades improdutivas, ou seja, o direito garantido pela própria Constituição da República Federativa do Brasil. De outro modo, essa estratégia de luta social seria percebida pelo Poder Judiciário como afronta ao direito de propriedade; assim, seriam interpretadas como ações de esbulho (TÁRREGA; *et al.*, 2012, p. 17).

A pesquisa realizada pelo OBJ é de grande importância, por verificar a existência de diferentes posturas no âmbito do Judiciário, citando, até mesmo, o seguinte acórdão oriundo do Superior Tribunal de Justiça, datado de 1997, que contraria a perspectiva criminalizante aventada, segundo o qual “movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio” (BRASIL. STJ. Acórdão. Habeas Corpus n. 5.574/SP, 6ª Turma, rel. p/ acórdão min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 08.04.97).

Da observação dos processos cíveis – reintegrações de posse, manutenções

de posse e interditos proibitórios – analisados no estado de Goiás, pelo Observatório, mencionam-se algumas conclusões.

Os autores observaram que boa parte dos processos analisados não continha qualificação adequada das partes. Os autores nominaram como estigmatizantes decisões em que, diante da impossibilidade de nomeação e qualificação dos réus, as partes adversárias os indicavam como integrantes do MST (TÁRREGA; *et al.*, 2012, p. 46). Também esta foi a interpretação adotada ao observar, quanto aos meios de prova, que “não é praxe, em Goiás, a realização da inspeção judicial, a designação de audiência de justificação prévia, além de prevalecer o uso de documentos, sem debate em contraditório” (TÁRREGA; *et al.*, 2012, p. 47).

No tópico “participação do Ministério Público e outros órgãos agrários”, a pesquisa apontou para falhas na intimação do Incra (intimado em apenas 15% dos processos analisados, e manifestou-se no sentido de que não havia interesse da autarquia em relação ao conflito), inexistência de etapa preliminar de mediação, e falta de intimação do Ministério Público para manifestação antes da concessão de medida liminar, na maioria dos casos.

A pesquisa apontou, ainda, para o fato de que nenhuma das decisões liminares examinadas perquiriu acerca da função social, conforme dispõe o artigo 186 da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988). Revela, também, que nenhuma das decisões foi precedida de inspeção judicial e, em apenas uma delas (correspondente a 8% dos casos analisados), houve audiência de justificação prévia. Em apenas 38% dos casos, a liminar foi concedida sem audiência da parte contrária (TÁRREGA; *et al.*, 2012, pp. 52-53). A opinião dos autores é a de que “dos discursos decisórios analisados, constata-se uma leitura homogeneizante do ato de ocupação de terra pelos movimentos sociais, a tornar o judiciário parcial na análise dos conflitos agrários” (TÁRREGA; *et al.*, 2012, p. 55).

Conclusões semelhantes foram extraídas de decisões judiciais oriundas dos demais estados da federação estudados – Pará, Mato Grosso, e Paraná. Em última análise, a conclusão do documento é a seguinte:

(...) o Judiciário, ao menos nos casos analisados, não recepciona abertamente a ocupação de terras como uma estratégia política dos

movimentos sociais para implementar a política pública da reforma agrária. Veem-na, de regra, como atentado à posse e propriedade privadas, numa perspectiva de direito moderno-liberal, positivista, monista e estatal. O individual impera sobre o coletivo. Há um modelo de resposta pronto, pré-elaborado, “científico”, consistente na ordem liminar daqueles que partem para o exercício da cidadania pela ocupação de terras. Um direito civil aplicado à revelia dos avanços constitucionais. (TÁRREGA; *et al.*, 2012, p. 88)

Partindo desses apontamentos, restou ao presente trabalho verificar se, em âmbito penal, os integrantes dos movimentos sociais são de fato processados e punidos pelo esbulho possessório ou por atos que estejam relacionados às ações dos movimentos sociais, reivindicantes do acesso à terra, de modo a reforçar, ou não, a conclusão a que chegaram os pesquisadores integrantes do OBJ.

## **2 CRIMINALIZAÇÃO**

O termo “criminalização”, embora não tenha sido expressamente conceituado no Relatório do OBJ, está relacionado com a visão estigmatizante, apontada pelos autores, que o Poder Judiciário teria em relação às práticas de luta social adotadas pelos movimentos sociais, em especial a ocupação, as quais seriam interpretadas como esbulhos.

Neste trabalho, o conceito de “criminalização” não está relacionado à legitimidade ou ilegitimidade da atuação dos movimentos sociais, bem como à forma de sua atuação, está, outrossim, relacionado à rotulação penal dos envolvidos em movimentos sociais de luta pelo direito a terra, abstraindo-se da discussão o acerto ou o desacerto das técnicas utilizadas pelos movimentos sociais para obterem os seus pretendidos direitos.

Decorrem daí as perguntas: Os integrantes de movimentos sociais que lutam pelo acesso à terra são estigmatizados como “criminosos” pelo fato de integrarem movimentos sociais que reivindicam o acesso à terra? Que tipo de crime eles são acusados de cometer?

Para investigá-las, serve a teoria da rotulação, que “trabalha com duas perspectivas básicas: a posição das pessoas definidas como criminosas e a posição das pessoas que definem os outros como criminosos” (SANTOS, 1984, p. 55). Assim, o crime não é crime porque o ato praticado é ontologicamente criminoso, mas o é porque lhe foi atribuída essa qualidade. Assim, busca-se compreender se há, em curso, uma rotulação de pessoas ligadas aos movimentos sociais pelo fato de estarem integradas a tais movimentos.

### **3 RELATÓRIO DA PESQUISA**

Os dados compilados pela Comissão Pastoral da Terra são incluídos por meio de pesquisas primária e secundária, aquela realizada por agentes dos Regionais da Comissão Pastoral da Terra, declarações, cartas, boletins de ocorrência, relatos e outras organizações e entidades ligadas à luta pelo acesso à terra; esta, efetuada por levantamentos documentais em revistas, jornais, boletins e publicações diversas (COMISSÃO PASTORAL DA TERRA, 2014, p. 12).

Conforme a Comissão, “casos de violência, inclusive assassinatos, que acontecem no âmbito rural e não tenham relação com conflitos pela disputa, posse, uso ou ocupação da terra, ou pelo acesso ou uso de água, ou na defesa de direitos por trabalhos realizados no campo” não integram os dados compilados. Além disso, registram-se apenas os conflitos ocorridos durante o ano em destaque (COMISSÃO PASTORAL DA TERRA, 2014, pp. 12-13).

Os dados obtidos para análise são de natureza primária, pois oriundos de denúncias registradas pelas vítimas na Comissão Pastoral da Terra. A tabela com informações das prisões ocorridas no campo, em 2014, possui os seguintes dados: número do conflito, nome da vítima, Município onde ocorreu

---

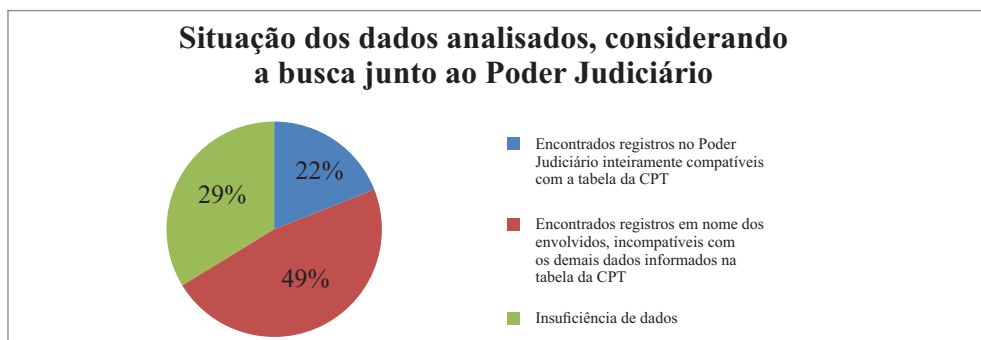
<sup>1</sup> Geraizeiros são agricultores que habitam o norte de Minas Gerais, e a área de transição entre o Cerrado e a Caatinga, no oeste da Bahia, sendo a nomenclatura oriunda do termo “Gerais”, sinônimo de Cerrado, conforme informações obtidas no sítio eletrônico do Instituto Sociedade, População e Natureza (ISPN), conforme informações obtidas no sítio eletrônico: <<http://www.cerratinga.org.br/populacoes/geraizeiros/>>. Acesso em 10 abr. 2014, às



o conflito, idade, qualidade da vítima (liderança indígena, liderança quilombola, índio, pescador, sem-terra, assentado, liderança, aliado, ambientalista, geraizeira<sup>1</sup> atingidos por barragem, entre outros); número de pessoas envolvidas, tipo de violência (prisão); e a situação da violência (conflito em área indígena, conflito em área quilombola, despejos, conflito por terra, questão ambiental, repressão à manifestação, expulsão, conflitos pela água, entre outros).

A partir dos dados obtidos, pode-se identificar, nos órgãos judiciários estaduais de primeira e segunda instância, a existência de processos penais e inquéritos policiais relacionados aos conflitos reportados à Comissão Pastoral da Terra, pela comparação entre o nome da vítima e a data do conflito e os registros existentes nos sítios eletrônicos do Poder Judiciário.

Dos 23 conflitos registrados, boa parte não pôde sequer ser identificada em tais órgãos, pela ausência dos dados necessários. Em 8 deles, não há registro dos nomes das vítimas, o que impediu qualquer verificação. Em outros casos, foi possível identificar processos penais ou inquéritos com dados compatíveis aos informados pela Comissão Pastoral da Terra (data e nome da vítima), em relação a algumas pessoas. Para facilitar a compreensão, os dados foram assim classificados:



Fonte elaborada pelas autoras, a partir de dados obtidos na Comissão Pastoral da Terra – Tabela Prisões no Campo/ Brasil 2014.

O percentual de 22%, efetivamente analisado, demonstrou que o discurso sobre a existência de um processo de criminalização de integrantes de movimentos sociais pelo Poder Judiciário é falacioso, porque desconsidera particularidades da Justiça Brasileira e dos casos relacionados.

Com efeito, não se constatou a existência, no âmbito do processo penal, de posturas criminalizadoras pelo Poder Judiciário, no sentido que se deu ao termo, no presente trabalho, por inexistirem referências, nas decisões analisadas, de critérios de seletividade a tornarem parcial a imputação de crime aos integrantes de movimentos sociais. Com exceção de um caso – em que o magistrado utilizou o termo “acusado” para referir-se a pessoa que nem sequer estava indiciada –, as demais decisões proferidas focaram em aspectos objetivos da lei penal atualmente em vigor. Em três dos cinco casos analisados, não há referência sobre o fato de o envolvido participar de movimentos sociais; também não há referências a outros critérios de seletividade (fato de ser indígena ou sem-terra, cor da pele, idade, sexo, entre outros).

Em termos objetivos, é dizer que nos casos analisados prevaleceu uma postura imparcial do Juízo, no sentido de analisar a *conduta*, e não o *sujeito*. Exemplifica-se:

Em um dos registros analisados (prisão pela prática do artigo 16 do Estatuto do Desarmamento<sup>2</sup>), o requisito “ordem pública” foi fundamentado, em ambos os momentos processuais descritos, em aspectos fáticos, e não meramente teóricos. Na decisão que homologou o flagrante e decretou a prisão preventiva, há referência à materialidade do crime, consistente na apreensão da arma com

---

<sup>2</sup> Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:

I – suprimir ou alterar marca, numeração ou qualquer sinal de identificação de arma de fogo ou artefato;

II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz;

III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado;

V – vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente; e

VI – produzir, recarregar ou reciclar, sem autorização legal, ou adulterar, de qualquer forma, munição ou explosivo

numeração suprimida, bem assim aos indícios de autoria, satisfeitos pela confissão do agente na Delegacia de Polícia. A ordem pública foi fundamentada no fato de haver notícias de que ele praticava assaltos nas redondezas, e no fato de que já possuía uma ação penal no sistema do Poder Judiciário. Acrescentou-se, ainda, o fato de ele não haver indicado endereço certo.

Essa constatação é importante porque a Jurisprudência Brasileira que melhor interpreta os direitos do cidadão investigado se posta no sentido de que a prisão provisória não pode ser fundamentada na gravidade abstrata do delito; requer, pois, fundamentação adequada a motivar a gravidade concreta da conduta praticada<sup>3</sup>. Decisões semelhantes foram registradas nos demais casos analisados.

Nesse ponto, é *necessário* fazer uma consideração. A Legislação Brasileira, como um todo, é extremamente protecionista com relação à propriedade privada. Isso não se discute. A Lei Penal também o é. Assim, não se quer com isso dizer que este viés não está presente na Lei Penal aplicada hodiernamente, apenas não é possível visualizar que dessa aplicação resulte uma consequência estigmatizadora em função de determinada pessoa participar do movimento social 'x' ou 'y'.

Diante disso tudo, é mister fazer algumas observações sobre os casos estudados que poderiam contribuir para uma melhora no sistema judiciário, nessas situações.

Em apenas um caso a investigação se deu no âmbito de uma Delegacia de Polícia especializada em conflitos agrários, e em nenhum caso a ação penal foi

---

<sup>3</sup> O tema já foi objeto dos Informativos nº 384, 412 e 443. No primeiro informativo, o STJ denegou a ordem liberatória, porque entreviu a gravidade concreta da conduta praticada, consistente no modus operandi do agente, acusado da prática de latrocínio. No segundo caso, o Tribunal Superior também se baseou no modo de agir do acusado, que praticou homicídio em pleno dia, em local movimentado, por motivo torpe (disputa política). E, por fim, no terceiro caso a gravidade concreta foi baseada na apreensão de grande volume de entorpecentes, dinheiro e veículos utilizados como pagamento da droga ilícita, em caso no qual se decretou a prisão preventiva dos acusados de tráfico e associação criminosa. Como visto, portanto, a gravidade concreta do delito, para o Superior Tribunal de Justiça, caracteriza-se pela existência de fatos que levem o Juiz a se convencer da necessidade de manter preso preventivamente o investigado, desde que satisfeitos os demais requisitos legais.

proposta numa Vara especializada. Não se verificou, em nenhum dos casos, referência ao problema de distribuição fundiária existente no País, ou a qualquer outra questão social que enredasse o crime supostamente praticado.

Verificou-se também uma questão de grande importância para a pesquisa acadêmica na área do Direito Agrário relacionada à documentação desses casos na Comissão Pastoral da Terra. Na maioria dos registros, os crimes supostamente praticados pelos envolvidos não dizem respeito a ações referentes aos movimentos sociais que estes integram, o que contraria a afirmação da Comissão Pastoral da Terra no sentido de que somente conflitos relacionados a disputas por terras são documentados.

Em nove dos onze registros estudados, os envolvidos foram presos por porte de arma e furto. Em dois casos, há notícia de furto de grande quantidade de cabeças de gado. Assim, não se verifica nenhuma relação desses fatos com a prática de “esbulho possessório” ou como uma forma de luta pela terra. Apenas na minoria dos casos – dois casos – é possível verificar fatos supostamente praticados no âmbito de ações dos movimentos sociais. No primeiro destes, o suposto autor do crime de porte de arma é indígena e supostamente estaria sendo ameaçado por integrar movimento social de luta pelos direitos indígenas. No segundo caso, o envolvido é indígena e supostamente estaria praticando fatos *com a finalidade* de obter melhorias para a população de sua aldeia.

Vale mencionar que essa constatação, repita-se, abstrai-se da valoração acerca do acerto ou desacerto das técnicas de luta dos movimentos sociais. A esse respeito, identificou-se a *finalidade* com que os atos supostamente criminosos *parecem* ter sido praticados. O verbo “parecer” é usado conscientemente para indicar que não há nenhum juízo final acerca de tais fatos, e nem poderia haver. O ponto é que muitos dos fatos imputados aos envolvidos não confluem, nem na hipótese mais remota, com estratégias aptas à luta dos movimentos sociais. Estes existem dentro do marco da legalidade, e certamente o furto de gado, correntes de ouro, celulares, entre outros objetos, em nada contribui – mas antes denigrem – à imagem dos movimentos sociais.

De resto, as problemáticas que circundam as investigações e ações penais estudadas são também os problemas que atingem o Poder Judiciário como um todo, no Brasil. Em um dos casos estudados, por exemplo, inexistiam juiz e

promotor lotados na comarca, o que retardou a consideração acerca da prisão preventiva do envolvido. Essa circunstância, como visto, levou a Comissão Pastoral da Terra a publicar um texto segundo o qual se trataria de “mais um caso de criminalização”<sup>4</sup>, o que se afigura demasiado exagero retórico, ante as peculiaridades do caso, mormente a falta de recursos humanos para dar conta do trabalho judiciário no local.

Em termos comparativos com a pesquisa realizada pelo OBJ, é possível verificar que nesta também há exageros de retórica. Parte dos fatos tratados como sintomas de estigmatização dos envolvidos estão interligados com problemas estruturais do Poder Judiciário. Assim a ausência de inspeção judicial e a falta de intimação de *cada um* dos ocupantes de determinada área, por exemplo<sup>5</sup>.

## CONCLUSÃO

A conclusão que se extrai dos dados analisados vai de encontro ao relatório da OBJ, no tocante ao tema criminalização. Com efeito, acredita-se que, ao menos no que é pertinente às ações penais, os problemas a serem enfrentados dizem respeito mais a aspectos estruturais do funcionamento do Judiciário, que a uma postura criminalizadora.

Dessarte, na maior parte dos processos criminais pesquisados, não se verificou uma postura criminalizante por parte do Poder Judiciário. Ademais, os crimes de que são acusados os integrantes de movimentos sociais não estão diretamente relacionados a uma estratégia de luta – são furto e porte de arma, em sua maioria.

---

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://www.cptnacional.org.br/index.php/publicacoes/noticias/conflictos-no-campo/2154-xukuru-kariri-protetido-por-programa-de-direitos-humanos-e-presos-pela-pm-dentro-da-terra-indigena>>. Acesso em 21 abr. 2016, às 22horas31min.

<sup>5</sup> Sobre este ponto em específico não custa lembrar que o novo Código de Processo Civil, reconhecendo a dificuldade de intimação de grande número de pessoas, nas possessórias, previu, no artigo 554, §1º, que “no caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público, e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria Pública.

Diante da verificação de certos aspectos estruturais deficientes, no Poder Judiciário, sugerem-se algumas melhorias.

O primeiro desses passos é aparelhar a justiça como um todo, impedindo situações em que pessoas estejam presas – preventivamente ou não – por tempo maior do que seria necessário ou justo. Em segundo lugar, é necessário considerar, sobretudo nas sentenças, a desigualdade fundiária no Brasil, nos casos em que de fato exista um conflito genuinamente agrário (e não apenas imputações de crimes outros, como o furto, não relacionados diretamente à luta pela terra). Essa consideração levaria, certamente, a outra visão dos fatos em relação aos conflitos indigenistas estudados.

A conclusão da pesquisa desmistifica, no que diz respeito ao seu objeto de pesquisa, o discurso corrente na literatura agrarista, de que existe em curso uma visão rotuladora, encampada pelo Poder Judiciário, no Brasil, daqueles que participam de movimentos sociais reivindicadores do acesso à terra.

De outro modo, conclui-se que é preciso tomar medidas para que de fato a questão da distribuição fundiária seja considerada nas decisões judiciais, e não apenas nas cíveis – como já apontava o OBJ –, mas também na seara criminal, considerando-se que a questão fundiária é de fato um dos pontos não resolvidos da história brasileira, conforme apontado pelo grande número de conflitos existentes em torno desta temática. Ademais, é preciso aparelhar o Judiciário para que seja possível uma justiça criminal efetiva e cuidadosa, atenta para as circunstâncias dos casos que lhe são submetidos.

## REFERÊNCIAS

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 7 jan. 2017, às 14h05min.

**BRASIL, Lei n 10.826, de 22 de dezembro de 2003.** Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/L10.826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm)>. Acesso em 7 jan. 2017, às 15h55min.

**BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 8 jan. 2017, às 21h40min

**BRASIL, Superior Tribunal de Justiça.** Informativos 384, 412 e 443. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>>. Acesso em 7 jan. 2017, às 20h44min.

**BRASIL. Superior Tribunal de Justiça.** Acórdão. Habeas Corpus n. 5.574/SP, 6ª Turma, rel. p/ acórdão min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 08.04.97). Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199700102360&dt\\_publicacao=18-08-1997&cod\\_tipo\\_documento=1](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700102360&dt_publicacao=18-08-1997&cod_tipo_documento=1)>. Acesso em 7 jan. 2017, às 00h33min.

**CERRATINGA. Geraizeiros – Homens e mulheres do cerrado.** Disponível em: <<http://www.cerratinga.org.br/populacoes/geraizeiros/>>. Acesso em 10 abr. 2014, às 23h21min.

**COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Conflitos no campo Brasil 2013.** Disponível em: <<http://www.cptnacional.org.br/index.php/noticias/conflitos-no-campo/2042-conflitos-no-campo-brasil-2013>>. Acesso em 7 jan. 2017.

**COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Conflitos no campo Brasil 2014.** Coordenação: Antônio Canuto, Cássia Regina da Silva Luz e Edmundo Rodrigues Costa. Goiânia: 2014. Goiânia: 2015. Disponível em: <<http://cptnacional.org.br/index.php/component/jdownloads/viewcategory/43-conflitos-no-campo-brasil-publicacao?Itemid=23>>. Acesso em 7 jan. 2017, às 20h22min.

**COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Carta do Encontro do Cerrado.** Disponível em: <<http://www.cptnacional.org.br/index.php/publicacoes/noticias/articulacao-cpt-s-do-cerrado/2346-3-encontro-do-cerrado>>. Acesso em 7 de jan. 2017, às 16h13min.

**COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Xukuru-Kariri protegido por programa de direitos humanos é preso pela PM dentro da terra indígena.** Disponível em: <<http://www.cptnacional.org.br/index.php/publicacoes/noticias/conflitos-no-campo/2154-xukuru-kariri-prottegido-por-programa-de-direitos-humanos-e-preso-pela-pm-dentro-da-terra-indigena>>. Acesso em 8 jan. 2017, às 21h51min.

FARIA, José Eduardo. **Justiça e conflito**: os juízes em face dos novos movimentos sociais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MACHADO, Roniery Rodrigues. Luta pela terra e criminalização do movimento camponês: estudo sobre o “caso Corumbiara”. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de; SANTOS, Nivaldo dos. **Direito Agrário e Agroambiental** [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 103-126 Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/65p3z0rs/Av7WSSFoUDKug91q.pdf>>. Acesso em 8 jan. 2016, às 21h51min.

TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; et al. **Observatório da atuação do Poder Judiciário nos conflitos agrários decorrentes de ocupações de terra por movimentos sociais nos estados do Pará, Mato Grosso, Goiás e Paraná (2003-2001)**. Relatório Final de Pesquisa/ Maria Cristina Blanco Tárrega, Cláudio Lopes Maia, Adegmar José Ferreira – Goiânia: Universidade Federal de Goiás/ Faculdade de Direito, 2012. Disponível em: <[http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/observatorio\\_da\\_atuacao\\_do\\_poder\\_judiciario\\_nos\\_conflitos\\_agrarios.pdf](http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/observatorio_da_atuacao_do_poder_judiciario_nos_conflitos_agrarios.pdf)>. Acesso em 10 jan. 2016, às 12h18min.

SAUER, Sérgio. **Processos recentes de criminalização dos movimentos sociais populares**. Brasília: 2008. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2008/10/Processos-recentes-de-criminaliza%C3%A7%C3%A3o-dos-movimentos-sociais-populares.pdf>>. Acesso em 8 jan. 2017, às 21h53min.

SANTOS, Juarez Cirino. **As raízes do crime**: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.



*O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR VERSUS  
O DIREITO DE INTIMIDADE DO CONTRATADO*

---

José Jackson Nunes Agostinho  
Greice Lopes Bernardo  
Bruna Souza Paula



## INTRODUÇÃO

A história dos direitos dos trabalhadores começou em 1888 com o fim da escravidão no Brasil, onde se deu início às discussões em relação aos direitos dos trabalhadores, e quais seriam as melhores formas de solucionar os conflitos existentes entre empregador e empregado. Os debates foram promovidos em razão do fim da exploração da mão de obra gratuita e as contratações de serviços assalariados. Por vários anos, os direitos dos trabalhadores foram evoluindo e ganhando mais força com cada constituição que entrava em vigor. Finalmente, com o fim do regime militar e com a promulgação da Constituição Federal, de 1988, iniciava-se uma nova etapa na vida dos trabalhadores brasileiros, cumprindo assim seu ofício de garantir os direitos sociais essenciais ao exercício da cidadania.

A evolução da sociedade no decorrer dos anos determinou a necessidade de uma reanálise das relações trabalhistas. Dessa forma, tornou-se essencial que as questões relacionadas ao contrato de trabalho sejam vistas não mais pela ótica da relação empregado e empregador, mas sim por um contexto mais amplo, que acolhe a empresa, a sociedade e o trabalhador, visto como indivíduo detentor de direitos e garantias.

A consolidação das leis do trabalho não nasceu repentinamente, tampouco foi fruto de um único governo. Ela foi resultado de um longo processo de lutas e reivindicações de direitos, feitos por diferentes categorias de trabalhadores que enfrentavam precárias condições de trabalho e ofendiam a dignidade da pessoa humana. A CLT unificou a legislação trabalhista e foi um verdadeiro marco por inserir, de forma definitiva, os direitos trabalhistas na Legislação Brasileira, tendo como objetivo a regulamentação das relações individuais e coletivas do trabalho.

É certo que a Consolidação das Leis do Trabalho não teve como objetivo esgotar o direito do trabalhador brasileiro. Muito estava por vir, principalmente no campo do direito à intimidade e privacidade, e foi exatamente pela Constituição Federal, de 1988, que se consagraram direitos fundamentais do trabalhador brasileiro, como o direito à intimidade, os quais indiscutivelmente alcançam o domínio das relações jurídico-laborais. Destaque-se que, apesar da tendência de separação entre a vida pessoal e profissional de cada um, alguns

fatos e comportamento extra-laborais podem assumir relevância na ótica da relação de emprego.

\*Examinar as espécies de discriminações mais comuns nas relações de trabalho (Poder Diretivo do Empregador).

\* Limitação do Poder Diretivo do Empregador.

\* Apontar a necessidade de reflexões sobre a importância da tomada de decisões pelo Poder Judiciário, considerando o Estado Democrático de Direito e a Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo examinar as espécies de discriminações mais comuns nas relações de trabalho, praticadas pelo empregador em nome do chamado poder diretivo, verificar até que ponto, em nome desse poder diretivo, o empregador pode agir, ou seja, verificar a limitação do poder diretivo do patrão, bem como apontar a necessidade de reflexões sobre a importância da tomada de decisões pelo Poder Judiciário, considerando o Estado Democrático de Direito e a Dignidade da Pessoa Humana.

A Constituição Federal e a consolidação das leis do trabalho formam a base desses direitos, mas algumas jurisprudências e doutrinas também dão sustentabilidade e aplicabilidade a esses que foram adquiridos não de forma repentina, mas, no decorrer dos anos, de forma gradual, batalhada e sofrida.

## **1 DESENVOLVIMENTO**

### **1.1 Direito à Intimidade e o Poder Diretivo do Empregador**

A Constituição Federal, de 1988, trouxe proteção ao cidadão, contra a interferência de outras pessoas à sua vida íntima, ao dispor no artigo 5º, inciso X, que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, conferindo a estas pessoas, quando tiverem o direito à intimidade agredido, o poder de buscarem pelo Poder Judiciário a indenização por danos morais devidos.

A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) estabelece que cabe ao empregador dirigir a prestação pessoal do serviço, ou seja, é ele que detém o poder na relação com o seu empregado. Será por ele que o empregador comandará e punirá o seu trabalhador. Isso consiste no chamado poder diretivo

do empregador que, no âmbito das relações de emprego, apodera o patrão do poder de fiscalizar, dirigir e disciplinar a relação de emprego.

Durante as negociações do contrato de trabalho, as partes devem observar alguns princípios básicos que regem as leis trabalhistas, como, por exemplo, o princípio da boa-fé, agindo sempre com respeito e honestidade. O empregador tem o dever de respeitar os direitos de personalidade do empregado.

Inexistem razões que levam os empregadores a desrespeitar os empregados invadindo a intimidade e a privacidade destes, cometendo, assim, discriminações por não aceitarem certas categorias de empregados, como, por exemplo, mulheres, homossexuais, empregados de determinadas religiões etc.

O direito de personalidade do empregado é subjetivo, de cunho pessoal, que lhe assegura respeito à sua individualidade e intimidade, garantido ao empregado o direito de ser um indivíduo, em particular, que tem seus próprios gostos e crenças, tendo direito a um comportamento e reação próprios de cada um.

De acordo com a consolidação das leis do trabalho, em seu artigo 2º, *caput*. “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços”. Preceitua que o poder diretivo é uma prerrogativa extraída da definição legal do empregador.

O poder diretivo também tem como fundamento o direito de propriedade previsto no artigo 5º, inciso XXII, da Constituição da República. Significa não apenas poder seu titular usar, gozar e fruir daquilo que lhe pertence, mas também proteger, fiscalizar, decidir, dentro dos parâmetros legais, a destinação daquilo que é seu (LEÃO, 2010).

Porém esse poder não pode ser exercido de forma ilimitada e indiscriminada. A Constituição Federal, de 1988, e o ordenamento jurídico trazem princípios e direitos fundamentais que protegem e limitam a relação de empregador e empregado, como o direito de personalidade, à vida privada, à intimidade, à dignidade da pessoa humana, à proteção do trabalhador etc.

De acordo com Calvo (CALVO, 2009, p.66 *apud* ABREU, 2011), “O direito fundamental de privacidade e intimidade do empregado amparado constitucionalmente (art. 5º, inciso X, CF, e art. 20 e 21 do C.C.) representa um espaço íntimo intransponível por intromissões de terceiros, principalmente do empregador”. Acrescenta o autor que “Por íntimo se deve entender tudo o que é

interior ou simplesmente pessoal (“somente seu”, como se costuma dizer popularmente), e por privacidade, o caráter de não acessibilidade as particularidades contra a vontade do seu titular.”

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), organismo internacional encarregado de elaborar instrumentos referentes aos direitos humanos fundamentais do trabalhador, dedica ao tema discriminação, além de outros instrumentos, duas importantes convenções (LOPES, 2000): i) a Convenção nº 100, de 1951, que trata da igualdade de remuneração entre homens e mulheres para trabalho de igual valor; ii) a Convenção nº 111, de 1958, que trata da discriminação em matéria de emprego e profissão.

O direito a intimidade do empregado, por estar o Estado Democrático de Direito subordinado à dignidade da pessoa humana, deverá ser preservado no ingresso e na relação de emprego. Vale ressaltar que o referido direito ou a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, como denominado constitucionalmente, é resguardado no artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal Brasileira, e deverá ser reconhecido não somente perante o Estado, mas também diante dos particulares e, em especial, do próprio empregador.

Nesse cenário de direitos fundamentais amplamente consagrados, torna-se uma difícil tarefa encontrar o limite tolerável para o exercício do poder diretivo do empregador diante do direito à intimidade do empregado. Claro, pois, que, além dos limites da legislação e do contrato de trabalho, os direitos de personalidade do empregado também mostram limites à atuação e autorização clara ao *jus restitendae* do empregado.

É de ressaltar que, em decorrência do avanço tecnológico, o controle do comportamento do empregado no ambiente de trabalho tem tornado a preservação da intimidade um desafio cada vez maior.

Não se pode esquecer, todavia, que se admitem apesar de consagrado o direito à intimidade ou à privacidade limitações, principalmente quando confrontadas com outros direitos fundamentais. O próprio titular do direito, aqui o empregador, poderá autorizar a invasão de privacidade, até mesmo com vista à contraprestação patrimonial, mas essa invasão não poderá implicar agressão à dignidade humana.

Dessa forma, passa-se aos casos que merecem ponderação de direitos, no sentido de analisar que muitas vezes com a desigualdade material dos

envolvidos do contrato de trabalho prejudica-se a vontade dos empregados. Assim, nada mais claro do que a utilização do direito fundamental à intimidade, cuja natureza jurídica é verdadeira proteção da pessoa humana em uma relação de poder, na limitação do poder diretivo do empregador.

## **1.2 Hipóteses de colisão do poder diretivo do empregador na esfera privada do trabalhador**

Dada à esfera da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é certo que a compreensão do exame do direito à intimidade nas relações de trabalho perpassa pela avaliação de situações hipotéticas de conflitos entre direitos fundamentais no ambiente de trabalho. Desta feita, cuida este tópico em analisar alguns desses conflitos.

### *1.2.1 A análise antes da contratação de redes sociais fere o princípio da liberdade de expressão?*

As relações no ambiente de trabalho vêm crescendo mais a cada dia, pois se configura como local de maior permanência de homens e mulheres no decorrer da vida. A evolução tecnológica trouxe para o ambiente de trabalho uma maior possibilidade de invasão à intimidade dos empregados, deixando-os cada vez mais vulneráveis e suscetíveis de abusos cometidos pelo empregador.

Alguns casos vêm chamando a atenção nas relações entre empregador e empregado nessa era de tecnologia avançada e bastante disseminada entre todas as classes sociais. Dentre outros casos, a análise das redes sociais na fase pré e pós-contratual tem se tornado uma prática muito comum por parte do empregador, pois, nas redes sociais, constam informações não inseridas nos currículos dos candidatos. Ocorre, assim, uma verdadeira invasão à intimidade do empregado, o que implica colisão entre os direitos fundamentais do empregado e o direito de dirigir e fiscalizar que o empregador possui.

Existem várias formas de liberdade de expressão, todas respaldadas em direitos fundamentais, inalienáveis e inerentes a todas as pessoas, requisito indispensável para o exercício da democracia numa sociedade. Portanto, a sociedade tem o direito de externar suas opiniões de alguma forma e por

qualquer meio que achar conveniente e não sofrer repressão por conta de suas opiniões. Segundo Silva (2006, p.187 *apud* ABREU, 2011), “Direito a privacidade consiste em um conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso pode ser legalmente sujeito”.

Muitas vezes se deixando influenciar pelas informações vistas em perfis das redes sociais, os empregadores não contratam novos empregados ou até mesmo demitem, ferindo os direitos de personalidade do empregado.

É de Maria Helena Diniz (2000, p. 102) o ensinamento de que os direitos da personalidade são

Os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto, partes separadas do corpo vivo ou morto); a sua integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística e literária); e a sua integridade moral. (honra, recato, segredo profissional e doméstico, identidade pessoal, familiar e social).

Os direitos fundamentais que o trabalhador possui de liberdade de expressão estão previstos na Constituição Federal, de 1988, em seu artigo 5º:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política (...); IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; 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.



Portanto, é de grande valia ressaltar que o empregador não pode avaliar o comportamento do empregado e sua competência em ocupar determinado cargo da empresa, pela forma que o empregado se expõe na rede social, visto se tratar de um ambiente virtual, pois, por muitas vezes, o conteúdo não descreve verdadeiramente o comportamento do empregado e também por se tratar de sua vida pessoal, devendo ficar a par de sua vida profissional. Assim, a análise das redes sociais antes ou até mesmo no curso do contrato trabalhista configura um ato invasivo cometido pelo empregador.

### **1.3 A Discriminação dos empregados por suas opções sexuais e religião e o princípio da dignidade da pessoa humana**

#### *1.3.1 Da opção sexual*

A Constituição Federal, de 1988, trouxe em seu contexto a defesa dos direitos fundamentais do indivíduo e da coletividade como um todo, com o objetivo de garantir e promover as diferenças e que todos partilham dos mesmos direitos e deveres. É o que dispõe o 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: III – a dignidade da pessoa humana.

O direito à dignidade nos remete aos direitos básicos, como saúde, educação, segurança, trabalho digno, condições básicas de sustento e de desenvolvimento do ser humano, e uma participação ativa na sociedade, sem sofrer desrespeitos e preconceitos por suas opções e pontos de vista diferentes. A sexualidade do indivíduo não é parâmetro para definir quem tem competência para ser contratado, ou quem deve, ou não, ser respeitado pela sociedade.

Plácido e Silva (1967, p.526 *apud* LEMISZ, 2010) consigna que: “Dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta

graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico”.

É de responsabilidade de as empresas zelarem por um bom convívio entre os empregados, sendo totalmente inaceitáveis atitudes discriminatórias que acarretem num desequilíbrio no meio ambiente do trabalho, causando momentos vexatórios para os empregados que têm orientação sexual, religião, cor, deficiência etc.

Apesar de várias transformações com o reconhecimento e aceitação pela sociedade, os homossexuais ainda sofrem grande preconceito no mercado de trabalho, tendo dificuldades de ser contratados. Mesmo, em alguns casos, possuindo currículo adequado para o cargo, sofrem preconceitos algumas vezes silenciosos, por parte do empregador, o qual lhes nega muitas vezes a oportunidade de mostrarem suas habilidades e competências profissionais. E quando conseguem ser contratados, muitas vezes passam por situações constrangedoras como agressões verbais e físicas, humilhações, insinuações etc., o que gera estresse emocional, acarretando algumas vezes doenças de cunho psicológico e físicas.

Segundo Pedrosa (2009, p.1 *apud* BAUMGARDT, 2010)

O estresse emocional crônico gerado pela humilhação comprometerá a saúde física e a estrutura de personalidade do vitimado desencadeando baixo autocontrole emocional, baixa autoestima e atitudes autodestrutivas que podem evoluir para a incapacidade produtiva, desemprego, morte, enfarte, problemas psiquiátricos, derrame cerebral, isolamento social, suicídio, uso de drogas, marginalidade, incapacidade de estabelecer ligações afetivas, incompetência nas relações interpessoais, timidez, dificuldade de se comunicar, vingança podendo planejar o assassinato do algoz, promoção de atos de sabotagem na empresa e o aparecimento de uma disfunção sexual associada. Constitui o chamado risco invisível, nas relações cotidianas de trabalho.

A igualdade jurídica entre os homossexuais no mercado de trabalho já vem sendo reconhecida no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, conforme Jurisprudência (RS, 2008a, p.1): “EMENTA: INDENIZAÇÃO. DANO

MORAL. OPÇÃO SEXUAL. Situação em que a prova oral deixou evidente que a autora foi vítima de ofensas verbais praticadas pela empregadora, por meio de seu preposto que, ao tomar conhecimento de sua homossexualidade e de relacionamento estreito, mantido com uma colega de trabalho, passou a insultá-la quanto à sua opção sexual, passando a atribuir-lhe os piores serviços, resultando, por fim, na sua despedida. Comprovada a repercussão do dano, na medida em que todos os colegas de trabalho do setor de costura, cerca de 400 (quatrocentas) pessoas, ficaram sabendo que a reclamante e sua companheira haviam sido despedidas em função do relacionamento amoroso que mantinham. Indenização por dano moral que se defere”.

Segundo Barroso (2003, p. 323 *apud* BAUMGARDT, 2010):

O princípio da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência.

### *1.3.2 Da religião*

O Brasil é oficialmente um Estado laico, pois a Constituição Brasileira e outras legislações preveem a liberdade de crença religiosa aos cidadãos, além de proteção e respeito às manifestações religiosas.

Porém, mesmo vivendo num estado laico, nossa Constituição, de 1988, assegura-nos em seu artigo 5º, “VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

Garantindo-nos, dessa forma, a liberdade de crença, culto e organização religiosa; em contrapartida, também nos assegura o direito de não crer, vir a crer ou mudar de crença. Por ser um País de diversidade religiosa, tendo várias culturas e influências, todas as religiões e crenças devem ser respeitadas, excluindo todas as diferenças que expõem o trabalhador à discriminação e situações de inferioridade.

Segundo Rui Barbosa, “De todas as liberdades sociais, nenhuma é tão

congenial ao homem, e tão nobre, e tão frutificativa, e tão civilizadora, e tão pacífica, e tão filha do Evangelho, como a liberdade religiosa”.

Essas garantias devem ser respeitadas no ambiente de trabalho, devendo ser exercidos a tolerância e o respeito entre o empregador e os empregados. Porém, a realidade dentro das empresas é diferente, existem, em alguns casos, empregadores intolerantes com a posição religiosa de seus empregados, por isso, muitas vezes desrespeitam as crenças e costumes destes. Essas discriminações por questões religiosas podem ocorrer no momento da admissão, durante o contrato de trabalho, e em muitos casos são motivos de rescisão contratual.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, repudia a discriminação, em quaisquer de suas formas, por atentar contra a dignidade da pessoa humana e ferir de morte os direitos humanos (CARVALHO, 2008).

A Organização Internacional do Trabalho, na Convenção nº 111, conceitua a palavra discriminação em seu artigo 1º ao dispor que o termo compreende: Toda a distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão.

De acordo com Szklarowsky (1997), a Legislação Brasileira vem evoluindo no que tange à proteção das minorias, com o intuito de integralizar a sociedade e exterminar o preconceito e a discriminação resultantes das crenças e escolhas religiosas. A Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997, veio com o intuito de proteger essa parcela por muitas vezes excluída da sociedade, aplicando penas de até cinco anos de reclusão, além das multas, nos casos de crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

#### **1.4 A consulta aos órgãos de proteção ao crédito como condição para contratar fere o princípio da intimidade do contratado?**

A consulta aos órgãos de proteção ao crédito é um tema bastante polêmico, há muitas denúncias de empresas que praticam discriminação ao não contratarem pessoas com pendências no SPC.

A posição do Tribunal Superior do Trabalho (TST) dada num recurso de revista, referente à ação coletiva de danos morais e ajustamento de conduta impetrada pelo Ministério Público do Trabalho, em face de uma rede de lojas em Sergipe que utilizava das consultas aos cadastros como critério de contratação, é a de que as consultas aos cadastros pelas empresas são públicas e de acesso irrestrito, tendo o empregador o direito de apurar a conduta do candidato à vaga oferecida na empresa. O TST abriu, neste caso, um grande precedente, e muitas empresas se utilizam dessa decisão para se resguardar ao fazerem as consultas.

Porém existem dois posicionamentos em relação à consulta aos órgãos de proteção ao crédito, quem se posiciona contra as consultas acredita que é um afronte ao princípio da isonomia, que prega a igualdade entre as partes, também ferindo a moralidade, a honra e a dignidade da pessoa humana. O fato de ter dívidas não significa que o sujeito é desonesto, ou que não é apto para o trabalho. O desemprego muitas vezes não permite que o trabalhador pague suas contas, o que gera uma dívida grande e a impossibilidade de quitação. Logo, entende-se que a consulta não é correta e que a análise deve girar apenas em torno dos requisitos profissionais.

Há quem defende a consulta aos cadastros de proteção ao crédito como critério para contratação, utilizando os argumentos de que a consulta é um direito do empregador por ser um cadastro público que está à disposição para garantir o funcionamento das atividades empresariais. Muitos se utilizam desse raciocínio e se posicionam no sentido de que, para determinadas funções, seria permitida a consulta à Centralização de Serviços dos Bancos (SERASA) e ao Serviço Central de Proteção ao Crédito (SCPC), quando se tratar de vaga para administrar as finanças da empresa, e cargos de confiança do tipo.

O fato é que a lei trabalhista não permite que haja discriminação de nenhum tipo, pois isso fere nossa lei máxima, a Constituição Federal, de 1988, e a própria CLT. Portanto, no momento da contratação, não pode haver nenhum tipo de discriminação de qualquer tipo; a igualdade de condição entre os candidatos deve imperar.

A proteção ao trabalhador, que é a parte mais frágil e hipossuficiente, sempre vulnerável a atos discriminatórios, deve ser intensificada, com o fim de resguardar os direitos adquiridos com tantos esforços e lutas. Porém, existem

cargos que exigem que o nome do empregado esteja sem restrições de crédito, como, por exemplo, funcionários que estão ligados diretamente na parte financeira e administrativa da empresa. Portanto, aceitável a consulta aos órgãos de proteção ao crédito, a qual deve ser justificada, e não discriminatória, caso contrário pode ferir a intimidade do empregado.

O Ministério Público do Trabalho divulgou Nota de Esclarecimento (BRASIL, 2015) sobre o tema: (...) a afirmação de que o indivíduo negativado em cadastro de inadimplente ou serviço de proteção ao crédito apresenta conduta que 'se desvia da normalidade' mostra-se totalmente desconectado da realidade social brasileira. Primeiro porque, num país como o Brasil, apenas uma pequena casta de privilegiados pode se dar ao luxo de manter uma vida financeira rigorosamente equilibrada. Endividamento e inadimplência consubstanciam a realidade da expressiva maioria da população nacional. Segundo, porque várias são as razões que ocasionam a contração de dívidas, assim como são muitos e diversificados os motivos que podem conduzir alguém a uma situação de inadimplência. Desorganização financeira e endividamento não servem, portanto, como indicadores seguros para a aferição da integridade, da responsabilidade e da honestidade das pessoas. Terceiro, porque, no Brasil, muitas vezes, não é preciso sequer estar endividado para ter o nome negativado no SPC ou Serasa, sendo alarmante a frequência com que pessoas fielmente cumpridoras de suas obrigações são injustamente incluídas nesses cadastros (...).

Para Caio Mário (2009, p.206 *apud* FERREIRA, 2014), são direitos abrangentes que “envolvem o direito à vida, à liberdade, ao próprio corpo, à incolumidade física, à proteção da intimidade, à integridade moral, à preservação da própria imagem, ao nome, às obras de criação do indivíduo, e tudo mais que seja digno de proteção, amparo e defesa (...)”.

Manoel Jorge e Silva Neto (1999, p.41 *apud* FERREIRA, 2014) concluem que a intimidade corresponde ao conjunto de informações, hábitos, vícios, segredos, e a vida privada, fora do recôndito da individualidade do ser humano, tem base de proteção relacionada ao que acontece no seio das relações familiares.

## **1.5 Exigência do empregador da declaração negativa de antecedentes criminais**

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) entende que “as certidões de antecedentes criminais de qualquer um são disponíveis ao público em geral, mediante simples requerimento ao distribuidor de feitos do foro do local, muitas vezes por acesso imediato pela internet”. Esse foi o entendimento da 4ª Turma do TST da Paraíba, e o relator do processo foi o ministro João Oreste Dalazen. Já em contrapartida, a 3ª Turma da Corte teve entendimento diferente ao condenar a empresa que exigiu a declaração de antecedentes criminais. O colegiado concluiu que, se a exigência de certidão de antecedentes criminais não é essencial para as funções, é irregular exigir a apresentação do documento, para evitar discriminação e proteger a privacidade.

O ato do empregador, ao pedir a declaração negativa de antecedentes criminais, gera muita polêmica, e vários entendimentos diferentes. Como há quem sustente que a solicitação da certidão na entrevista de emprego viola o princípio da intimidade e a vida privada do trabalhador, ferindo a Constituição Federal, de 1988, em seus artigos: Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; e Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Como se pode notar, os direitos fundamentais à privacidade e de não discriminação se opõem à exigência e consulta de certidão de antecedentes criminais, no caso, para a admissão do empregado.

Importante salientar, contudo, que o ordenamento jurídico autoriza a exigência da certidão de antecedentes criminais numa situação em particular, qual seja, admissão do empregado que vai exercer a função de vigilante (Lei nº 7.102, de 1982, artigo 16, VI). Assim, com base na aludida normatização, e com fulcro nos princípios constitucionais do acesso à informação e da

obtenção de certidões em repartições públicas (CRFB, artigo 5º, XIV e XXXIV), há quem defenda a licitude de tal procedimento de maneira generalizada, independentemente da função a ser exercida pelo trabalhador (CALCINI, 2015).

Portanto, o entendimento de que é possível a exigência da certidão de antecedentes criminais para admissão no emprego é unânime, gerou, até mesmo, precedente jurisprudencial. No entanto, o TST ressaltou que cabe indenização reparatória em favor do empregado que não venha a ser contratado por antecedentes criminais cujo cargo não tenha nenhum impedimento, por isso, deve-se analisar o caso concreto de forma individual.

Segundo Edilton Meirelles (2005, p.192 *apud* HASHIMOTO, 2006), a exigência de atestado de boa conduta do doméstico é razoável porque o serviço será prestado na residência de outrem por pessoa, muitas vezes, nunca antes vista pelo empregador. Em relação ao vigilante, o referido autor também entende que se justifica a restrição ao direito à proteção da vida privada, porque requer do trabalhador conduta idônea. Além disso, se o vigilante tiver antecedentes criminais, especialmente relacionados a crimes contra a vida, pode perder o porte de arma, o que inviabilizará o exercício da profissão, podendo trazer consequências para o seu empregador, se portar arma ilegalmente.

Ademais, ninguém pode ser obrigado a pagar pena perpétua de um delito que tenha cometido no passado e que já se encontre prescrita, sob pena de discriminação odiosa. E ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (inciso II, do artigo 5º da Constituição Federal, de 1988).

## **1.6 Atestado de gravidez e doenças sexualmente transmissíveis como HIV e o direito à intimidade e dignidade da pessoa humana**

### *1.6.1 Do atestado de gravidez*

A Lei nº 9.799, de 26 de maio de 1999, que modificou alguns artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), visa coibir e punir a discriminação contra a trabalhadora no momento da inserção da mulher ao trabalho como na



manutenção deste.

Dentre outros artigos modificados pela Lei, pode-se citar o art. 373-A da CLT. Ressalvadas as disposições legais destinadas a corrigir as distorções que afetam o acesso da mulher ao mercado de trabalho e certas especificidades estabelecidas nos acordos trabalhistas, é vedado: IV – exigir atestado ou exame, de qualquer natureza, para comprovação de esterilidade ou gravidez, na admissão ou permanência no emprego.

A Lei nº 9.799, de 1999, e a Lei nº 9.029, de 1995, repetiram a vedação da exigência do teste de gravidez tanto nos casos de admissão como também nos de continuidade no emprego. Esta última Lei caracteriza a discriminação como crime em seu art. 2º. Constituem crime as seguintes práticas discriminatórias: I – a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez;

Importante destacar que a Lei nº 9.029, de 1995, delimita o crime apenas nas situações em que o empregador exige o teste de gravidez nos momentos admissionais e de permanência no emprego, caracterizando-se, assim, ato discriminatório.

A discriminação pode ocorrer em três momentos: i) na admissão, no ato do anúncio do emprego, ou até mesmo na própria entrevista feita pelo departamento de pessoal; ii) no curso da relação de emprego, quando há por muitas vezes a distinção salarial, a não promoção para cargos de chefia dentre outras situações; e iii) na demissão também ocorrem diversos tipos de discriminação contra a mulher.

Barros (2007, p. 1.102 *apud* PIMENTEL, 2009) relata que a discriminação se apresenta de forma direta, indireta e oculta. Está presente em vários seguimentos da sociedade e, como não haveria de ser, também se encontra no meio do trabalho.

A intimidade, dentre muitos conceitos, pode ser definida como o "...conjunto de informações, hábitos, vícios, segredos, até mesmo desconhecidos do tecido familiar..." (SILVA NETO, 2005, p. 83 *apud* PIMENTEL, 2009). Em contraponto, a vida privada está "... assentada na proteção do que acontece no seio das relações familiares; proteção destinada a que se preserve no anonimato o quanto ali ocorre...".

O art. 11 da Convenção sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, da ONU, refere-se à eliminação da discriminação do emprego da mulher mediante: a) o direito ao trabalho; b) o direito às mesmas oportunidades de emprego, até mesmo a aplicação de iguais critérios de seleção para admissão em emprego; c) o direito à igual remuneração, incluindo-se benefícios, e igualdade de tratamento no trabalho de igual valor; d) o direito à seguridade social; e) o direito à proteção da saúde e segurança do trabalho, até mesmo a salvaguarda da função de reprodução; f) a proibição da dispensa por motivo de gravidez ou licença-maternidade, e a discriminação nas dispensas motivadas pelo estado civil; g) o direito à licença-maternidade; h) a proteção especial durante a gravidez, nos tipos de trabalho comprovadamente prejudiciais a esse estado.

#### *1.6.2 Das doenças sexualmente transmissíveis*

O Brasil serve como exemplo de um País preconceituoso e mistificador de doenças sexualmente transmissíveis, a Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (SIDA) foi diagnosticada pela primeira vez em 1982, e durante muitos anos acreditava-se tratar-se de uma doença que acometia pessoas de vida desregrada, como prostitutas, homossexuais, drogados etc., justamente as pessoas de que a sociedade desejava se livrar, deixando-os longe de sua convivência e discriminando-os. Hoje em dia o perfil de quem tem a SIDA passou a ser de pessoas jovens, muitas vezes com boas condições financeiras, heterossexuais casados, *gays* etc.; mesmo assim o pensamento da população quanto a essa doença pouco foi modificado.

Conforme a Resolução nº 41.24 da OMS, elaborada em Genebra, no dia 13 de maio de 1988: A quadragésima primeira Assembleia Mundial de Saúde está fortemente convencida de que o respeito pelos Direitos Humanos e a dignidade dos portadores do HIV e pessoas com SIDA, bem como membros de grupos populacionais são vitais para o sucesso dos programas nacionais de prevenção e controle da SIDA e para estratégias globais dos Estados-Membros, particularmente a ampliação dos programas nacionais para fora de suas fronteiras, sempre com vista à prevenção e ao controle da infecção pelo HIV; à proteção dos Direitos Humanos e à dignidade do portador do HIV e pessoas

com SIDA, bem como membros de grupos populacionais; e para evitar ações discriminatórias dessas pessoas no momento de se empregar, viajar, e garantir a confidencialidade do teste para detecção do HIV.

Um documento muito importante para mostrar decisões sobre o tema pode ser encontrado na Declaração da Reunião Consultiva sobre AIDS e o Local de Trabalho, formulada pela Organização Mundial de Saúde (OMS), associada com a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Diz ela que, na maioria dos casos de contaminação de empregados, nos casos de trabalhadores que, por motivo alheio à vontade destes e pelas formas de contágio, contraem o vírus, estes não se tornam incapacitados para o trabalho, pois a doença não representa perigo de contágio, salvo raras exceções. Acrescenta, ainda, que as pessoas infectadas devem ser tratadas como qualquer outra no ambiente de trabalho (FRANÇA, 2000). A mesma Declaração sugere que não se deva exigir investigação prévia do HIV/AIDS à contratação, como parte da avaliação da capacitação do empregado ao trabalho, à tarefa que ele desempenhará na empresa. Não pode constar de lista de pré-requisitos para ingresso em nenhum emprego. E, mesmo sendo soropositivo não está obrigado a informar sua condição na admissão, nem em momento algum.

O empregador não pode exigir o exame anti-HIV dos candidatos à vaga no ato da admissão, tal exigência representa desrespeito à dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, aos princípios da igualdade e ao da não discriminação do trabalhador. Se por acaso o empregador exigir o exame estará infringindo normas éticas e legais, visto que violará o direito à intimidade do candidato, que poderá negar-se à realização do teste. Portanto, o empregador não pode exigir do empregado, utilizando da relação hierárquica, dados relacionados à vida íntima deste, pois todo indivíduo tem o direito de resguardar a sua intimidade e vida pessoal.

De acordo com Lima (2006, p. 135 *apud* ALVARENGA, 2014), a discriminação ocorre nas relações de trabalho, quando um ato ou um comportamento do empregador – ocorrido antes, durante ou depois da relação de trabalho – implica distinção, exclusão, restrição ou preferência baseadas numa característica pessoal ou social, sem motivo razoável e justificável, que tenha por resultado a quebra do igual tratamento e a destruição, o comprometimento, o impedimento, o reconhecimento ou o usufruto de direitos

e de vantagens trabalhistas assegurados, bem como de direitos fundamentais de qualquer natureza, ainda que não vinculados ou integrantes da relação de trabalho.

Renault (2000, p. 128 *apud* ALVARENGA, 2014), ao tratar sobre a dispensa discriminatória do empregado portador do vírus HIV, assinala: De todas as discriminações, talvez as de maior grau de dificuldade de superação sejam as que, como a AIDS, acarretam a perda do emprego: sem emprego, não há salário; sem salário, não há como enfrentar-se com dignidade a doença terminal. E o círculo vicioso não para aí. Na crise atual, obter novo emprego é tarefa praticamente impossível para quem é portador do vírus da AIDS ou aidsético.

Atesta Moraes (2003, p. 127 *apud* ALVARENGA, 2014), "Os direitos das pessoas estão, assim, todos eles, garantidos pelo princípio constitucional da dignidade humana e vêm a ser concretamente protegidos pela cláusula geral de tutela da pessoa humana".

Portanto, a dispensa sem justa causa ou de forma arbitrária do empregado portador do HIV é uma prática discriminatória e abusiva cometida por parte do empregador. Ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana e da intimidade do empregado.

Nesse sentido, a Súmula nº 443 do TST:

DISPENSA DISCRIMINATÓRIA. PRESUNÇÃO. EMPREGADO PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. ESTIGMA OU PRECONCEITO. DIREITO À REINTEGRAÇÃO - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

Em análise, a referida Súmula pode ser aplicada ao empregado na forma de portador de HIV ou enfermidades que desencadeiam preconceitos. Assegura certa estabilidade, na reintegração imediata do emprego, quando ocorrer a dispensa inválida, como também outros direitos peculiares, como a inversão do ônus da prova, nos casos de reintegração do empregado. Sendo, portanto, do empregador o ônus de arcar com a reintegração do empregado no caso de dispensa arbitrária (CORRÊA; SOUZA, 2009).

O portador do vírus HIV também conta com a proteção da Lei nº 12.984, de 2 junho de 2014, que define o crime de discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de AIDS, conforme o art. 1º:

Art. 1º Constitui crime punível com reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, as seguintes condutas discriminatórias contra o portador do HIV e o doente de aids, em razão da sua condição de portador ou de doente:

I - recusar, procrastinar, cancelar ou segregar a inscrição ou impedir que permaneça como aluno em creche ou estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado;

II - negar emprego ou trabalho;

III - exonerar ou demitir de seu cargo ou emprego;

IV - segregar no ambiente de trabalho ou escolar;

V - divulgar a condição do portador do HIV ou de doente de aids, com intuito de ofender-lhe a dignidade;

VI - recusar ou retardar atendimento de saúde.

## **CONCLUSÃO**

Pelo exposto, percebe-se que o caminho trilhado pelos trabalhadores foi e ainda é de extrema importância, pois a luta pelos direitos trabalhistas não está ganha e há, ainda, um longo caminho pela frente. Mas os direitos sociais do trabalho trazidos pela Constituição, de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, somada aos direitos e regulamentações previstos nos artigos da CLT, são essenciais ao exercício da cidadania e colocam o conceito de trabalho como pressuposto da dignidade da pessoa humana.

Feita a análise, quanto ao direito dos trabalhadores no ato da contratação, de manter a intimidade e a privacidade do empregado, estes estão amplamente resguardados e assegurados pela Constituição Federal, de 1988.

É de se ressaltar que a privacidade ou intimidade são direitos que se encontram no núcleo essencial da dignidade humana, portanto, de esferas extremamente pessoais da vida de alguém. Dessa forma, se qualquer atividade estatal com objetivo de tolher a liberdade negativa ou jurídica do cidadão exige

legitimação, nas esferas reconhecidamente íntimas, como a sexualidade ou religião, essa exigência se intensifica.

Conclui-se que, na fase pré-contratual, o empregador pode utilizar-se de meios abusivos e ofensivos à intimidade e à privacidade do trabalhador, usando muitas vezes artifícios, como analisar as redes sociais ou consultar os órgãos de proteção ao crédito como condição para contratação, resguardando-se por meio de argumentos de selecionar e garantir uma boa equipe de trabalho, ferindo assim, por muitas vezes, princípios basilares que regem as relações entre empregador e empregado. De fato, um tema atual e polêmico, com vários posicionamentos contra e a favor dessas análises.

As discriminações sofridas por empregados que optam por religiões diferentes de seus empregadores, bem como a sexualidade escolhida por eles, ainda é bastante presente. Apesar de um grande avanço que a sociedade vem passando, com uma maior aceitação a essa parcela da população que vem crescendo mais a cada dia, ainda ocorre uma grande represália muitas vezes de forma latente, mas que interfere diretamente numa boa convivência desses empregados com seus empregadores e até mesmo com os outros empregados do seu ciclo de convivência.

Também foram explanados no presente artigo os casos em que o empregador exige a declaração negativa de antecedentes criminais, tema muito polêmico e que gera vários entendimentos diferentes até mesmo entre turmas dos tribunais. Porém, o ordenamento jurídico autoriza a exigência dessa declaração em duas situações particulares, quais sejam, os casos de admissão do empregado doméstico e para o exercício da função de vigilante.

Outro tema abordado foi a requisição pelo empregador do atestado de gravidez da empregada para a contratação e a evolução normativa que se refere à proteção da mulher, ocorrendo assim uma tentativa de diminuir a discriminação sofrida no ato da contratação e no curso da relação empregatícia.

Conclui-se que os trabalhadores vêm ganhando força com o passar do tempo, sendo os seus direitos resguardados por lei; mas que, acima de tudo, vêm adquirindo gradativamente a compreensão pelos empregadores desses direitos e garantias, que estão entendendo cada dia mais que as relações empregatícias devem ser sustentadas pela reciprocidade e que as diferenças devem ser respeitadas, a fim de que haja uma boa convivência no ambiente de

trabalho, fazendo com que o empregado se sinta confortável para realizar seu labor com presteza e dedicação.

A proposta do trabalho é verificar o sopesamento dos direitos envolvidos dos membros da comunidade do trabalho, por meio de casos do cotidiano trabalhista. É de ressaltar, porém, tratar-se de uma luta que ainda está longe de acabar e necessita ainda do braço forte da lei para resguardar os direitos dos empregados que é a parte mais fraca da relação e por tantas vezes é desrespeitada.

## REFERÊNCIAS

ABREU, Paula Fávoro. **Direito de personalidade do empregado como limitador do poder de controle do empregador**. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande do Sul, ano XIV, n.87, 01 abr. 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9317](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9317)>. Acesso em 12 out. 2015.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Os direitos do trabalhador portador do HIV. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 3838, 3 jan. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25819/os-direitos-do-trabalhador-portador-do-hiv>>. Acesso em 12 out. 2015.

BAUMGARDT, Daiana. Os homossexuais e o preconceito no mercado de trabalho frente aos princípios constitucionais. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande do Sul, n. 74, mar 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7314](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7314)>. Acesso em 9 out. 2015.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Nota de esclarecimento**. Acesso em: 12 out. 2015.

CALCINI, Ricardo Souza. **A exigência da certidão de antecedentes criminais na admissão de empregado**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/39520/a-exigencia-da-certidao-de-antecedentes-criminais-na-admissao-de-empregado#ixzz3o7MtvkcC>>. Acesso em 12 out. 2015.

CARVALHO, Flávio Rodrigo Masson. Os direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e o pensamento filosófico de Norberto Bobbio sobre os direitos do homem (em português). **Revista Âmbito Jurídico**, n.57, ano XI, 30 set. 2008. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5147](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5147)>. Acesso em 8 out. 2015.

CORRÊA, Rosandréa; SOUZA, Kaísa G. T. Montagnani de. Comentários à Súmula nº 443 do TST. **Jurisway**, 17 set. 2009. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=11847](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11847)>. Acesso em 23 mar. 2016.

COSTA NETO, José. **Dignidade Humana** – visão do tribunal Constitucional federal Alemão, Do STF e do Tribunal Europeu. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**. 16.ed. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERREIRA, Ronaldo Nunes. O direito à intimidade do empregado e o contrato de trabalho. **Revista Eletrônica Mensal UNIFACS**, Salvador, n.168, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-a-intimidade-do-empregado-e-o-contrato-de-trabalho,48467.html>>. Acesso em 10 out. 2015.

FRANÇA, Rafael Francisco. A Aids e seus impactos nas relações de trabalho. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 46, 1 out. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/1201>>. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/1201/a-aids-e-seus-impactos-nas-relacoes-de-trabalho/2>>. Acesso em 11 out. 2015.

HASHIMOTO, Aparecida Tokumi. Atestado de antecedentes criminais. **Última Instância**, out. 2006. Disponível em: <[http://www.granadeiro.adv.br/template/template\\_clipping.php?Id=7883](http://www.granadeiro.adv.br/template/template_clipping.php?Id=7883)>. Acesso em 12 out. 2015.

LEÃO, Celina Gontijo. Poder diretivo do empregador X direitos da personalidade do empregado. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2673, 26 out. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17709>>. Acesso em 10 out. 2015.



LEMISZ, Ivone Ballao. **O princípio da dignidade da pessoa humana.**

Direito Net, 25 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5649/O-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>>. Acesso em 9 out. 2015.

LOPES, Otávio Brito. A questão da discriminação no trabalho. **Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v.2, n.17, out. 2000. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/rev\\_17/artigos/art\\_otavio.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_17/artigos/art_otavio.htm)>. Acesso em 11 out. 2015.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada – Tomo I.** Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PIMENTEL, HarleizyForte. A licitude da exigência de exame de gravidez na dispensa sem justa causa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2057, 17 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12346/a-licitude-da-exigencia-de-exame-de-gravidez-na-dispensa-sem-justa-causa/2>>. Acesso em 11 out. 2015.

PRADO, Rodrigo Murad do. **O crime de discriminação aos portadores de HIV e doentes de Aids e a lei 12.984/14.** Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI202386,51045-O+crime+de+discriminacao+aos+portadores+de+HIV+e+doentes+de+Aids+e+a>>. Acesso em 23 mar. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho 4ª Região.

**Recurso Ordinário n. 00010-2006-281-04-00-8.** Esteio, RS. Redator:

Rejane Souza Pedra. 19 jun. 2008. Disponível em: <[http://gsa1.trt4.gov.br/search?q=cache:5EixnvoAAJ:iframe.trt4.jus.br/nj4\\_jurisp/jurispnovo.ExibirAcordaoRTF%3FpCodAndamento%3D28334177+dignidade+e+trabalho+e+homossexual++inmeta%3ADATA\\_DOCUMENTO%3A2008-02-23..2009-02-23+&access=p&ie=UTF-8&output=xml\\_no\\_dtd&lr=lang\\_pt&client=jurisp&site=jurisp&proxystylesheet=jurisp&oe=UTF-8](http://gsa1.trt4.gov.br/search?q=cache:5EixnvoAAJ:iframe.trt4.jus.br/nj4_jurisp/jurispnovo.ExibirAcordaoRTF%3FpCodAndamento%3D28334177+dignidade+e+trabalho+e+homossexual++inmeta%3ADATA_DOCUMENTO%3A2008-02-23..2009-02-23+&access=p&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&lr=lang_pt&client=jurisp&site=jurisp&proxystylesheet=jurisp&oe=UTF-8)>. Acesso em 8 out. 2015.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Crimes de racismo: Crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília a. 34 n. 135, p. 19-36, jul./set. 1997.



The image features a minimalist design on a white background. A large, thick, grey arc curves from the top left towards the bottom right. Two dark grey, curved shapes are positioned on the left and right sides, appearing to be parts of larger circles or arcs that are partially cut off by the frame. The word "INTERNACIONAL" is centered in the upper half of the image.

INTERNACIONAL



*CONVENCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL:  
A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DA ONU SOBRE  
OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA*

---

Pedro Rafael Malveira Deocleciano  
Pedro Henrique da Silva



## **INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem por escopo analisar os impactos proporcionados pela convenção das pessoas com deficiência, avaliando aspectos constitucionais e seus desdobramentos na legislação civil. A Constituição, enquanto sistema protetivo que se comunica com a ordem jurídica internacional, assimila diplomas normativos que ampliam o alcance de suas normas, possibilitando que tais dispositivos, “estranhos” à ordem interna, influenciem a legislação, exigindo interpretação no sentido de promoção dos direitos humanos. A esse fenômeno que estabelece o imperativo de integração entre a legislação infraconstitucional e os tratados internacionais de direitos humanos, dá-se o nome de convencionalização do direito.

Busca-se, inicialmente, identificar o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal sobre a natureza jurídica desses tratados, suscitando, com isso, a Teoria do Controle de Convencionalidade de Valério Mazzuoli e as pertinentes conceituações sobre a natureza dessa integração normativa. Logo em seguida, far-se-á uma análise da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, incorporada ao direito interno brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 186, de 2008, e por sua promulgação pelo Decreto Executivo nº 6.949, de 2009, e finalmente regulada pela Lei nº 13.146, de 2015.

Diante disso, busca-se analisar os impactos dessa Convenção sobre o Código Civil Brasileiro, em especial na releitura da capacidade civil das pessoas com deficiência psíquica ou intelectual em face dos seus artigos 3º e 4º, verificando os aspectos da constitucionalização do direito civil e a promoção da dignidade da pessoa humana.

## **1 O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL**

O Direito Civil passou por uma revisão do seu núcleo essencial, reconfigurado pela inserção da principiologia constitucional atinente a responder a complexidade da vida social, notadamente as relações jurídicas, nas quais se deve sempre atentar para a preservação da dignidade da pessoa

humana, estabelecendo a coerência desse sistema com os princípios e objetivos fundamentais da Constituição, de 1988. A liberdade individual, marca do Estado liberal, passa a ser substituída pela solidariedade social, tendo as normas constitucionais a função de potencializar os institutos do direito civil (TEPEDINO, 2007).

Diante de tais transformações, deu-se início ao debate em torno da “constitucionalização do direito civil”, que pode ser compreendida como uma releitura do Código Civil e das normas em geral à luz dos princípios constitucionais. Tal fenômeno não se identifica apenas com “migração de regras e institutos básicos do direito civil, notadamente a família, a propriedade e o contrato, para o seio da Constituição” (SARTI, 2005, p. 33). Identifica-se, sobretudo, a necessidade de que todo o ordenamento jurídico seja (re)interpretado sob a égide da Constituição, em razão de sua força normativa e de sua centralidade no ordenamento jurídico.

A constitucionalização do Direito Civil, no Brasil, avançou de maneira progressiva, tendo sido amplamente absorvida pela jurisprudência e pela doutrina, até mesmo a civilista. Aliás, coube a esta, em grande medida, o próprio fomento da aproximação inevitável e sedimentada pela nova hermenêutica constitucional. Já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre o direito privado (BARROSO, 2015).

O processo de constitucionalização do direito privado foi responsável pela superação da dicotomia implantada no século XVIII, que considerava o ordenamento jurídico, divididos em dois macros sistemas quase que incomunicáveis: o direito público e o privado. A antiga doutrina liberal diferenciava esses dois sistemas, asseverando que o direito privado impõe regramentos, protegendo a esfera da autonomia privada e permitindo a sobreposição dos interesses individuais em face da coletividade. Já o direito público, proposto a partir do racionalismo jurídico, visava ao bem comum, e o respeito às estruturas normativas.

Assim, a ideia de que ambos os sistemas representavam um dualismo incomunicável perdeu força, reconhecendo que, a partir dos novos textos constitucionais e a proliferação dos microsistemas jurídicos, o sistema normativo passou a ter uma base única: o reconhecimento dos princípios fundamentais como fonte primeira do ordenamento jurídico. Como ressalta



Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p.10): “Como cada vez mais frequência aumentam os pontos de confluência entre o público e o privado, não havendo, em relação a estes, uma delimitação precisa. O interesse público e o interesse privado, ao contrário, fundem-se”.

A filtragem constitucional (SCHIER, 1999), portanto, revela a preeminência da força normativa da Constituição, orientando e otimizando a aplicação das normas infraconstitucionais, sem descartar a sua aplicação direta, forçando o alinhamento do direito civil com a Carta Magna e os microssistemas normativos, que ampliaram, significativamente, a proteção a determinados sujeitos de direitos. Enfatizou as questões existenciais do ser humano, não representando, propriamente, uma contraposição ao patrimonialismo, mas a convergência dos consagrados institutos civilistas (contrato, propriedade e família) com a função social, boa-fé e os direitos da personalidade.

A disseminação das cláusulas gerais permitiu que a nova hermenêutica pudesse lapidar os tradicionais institutos para possibilitar a segurança jurídica às relações sociais, reforçando o papel do direito enquanto mecanismo pacificador de uma sociedade moderna marcada pelo preconceito, contradições e pela produção desenfreada de riscos (BECK, 2011).

## **2 TEORIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SUA INFLUÊNCIA NA (RE)INTERPRETAÇÃO DO DIREITO CIVIL**

Como decorrência da constitucionalização do Direito Civil, em que o fundamento de validade de seus dispositivos passa a ser creditado na Constituição, iniciou-se um processo de reinterpretação do direito e a consequente ampliação dos mecanismos de promoção da dignidade humana. Nesse diapasão, a EC nº 45, de 2004, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição Federal, de 1988, assegurou a equivalência dos tratados internacionais às normas constitucionais, desde que preenchidos o requisito material (conteúdo de direitos humanos) e o requisito formal (obediência ao rito do novel dispositivo constitucional). (MAZZUOLI, 2011)

Flávia Piovesan (2014) asseverava, desde muito, o inevitável diálogo entre

o direito constitucional e o internacional, em que o sistema de proteção global influencia decisivamente os ordenamentos jurídicos dos Estados, relativizando os fundamentos da soberania em nome da prevalência dos direitos humanos.

A discussão sobre o controle de convencionalidade no STF surgiu a partir de uma divergência entre uma norma de direito interno e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). A controvérsia consistia na salvaguarda da liberdade de locomoção em face da prisão civil por dívida no julgamento do RE 466.343/SP, em que se discutia a prisão civil do depositário infiel.

Tal embate deriva do comando constitucional que autoriza a prisão civil do depositário infiel, bem como oriunda de inadimplemento de prestação alimentícia, conforme estabelecido no art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, de 1988. De outro modo, o Pacto de São José da Costa Rica, no art. 7º, somente admitia a prisão na primeira hipótese, gerando com isso um conflito entre uma norma do direito interno e uma de direito internacional.

A partir da citada discussão, o Supremo fixou o entendimento de que o Pacto de San José da Costa Rica, aprovado sem a observância do rito estabelecido pela EC nº 45, de 2004, passa a ter *status* supralegal no ordenamento jurídico interno, estando a um patamar acima das normas infraconstitucionais, porém abaixo da Constituição.

Pela análise do voto do ministro Celso de Mello, verifica-se, em sua ótica, que os tratados e convenções, ao ingressarem no ordenamento jurídico brasileiro, adquirem *status* constitucional, levando-se em conta o disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal, de 1988. Em sua fundamentação, é possível aferir o quanto a internacionalização dos direitos humanos contribuiu para um maior aprofundamento do diálogo com o direito interno.

Celso de Mello asseverou ainda que, em um Estado Democrático de Direito, é papel do STF imprimir a máxima eficácia das normas protetoras dos direitos humanos e fundamentais, cabendo ao Poder Judiciário concretizar os preceitos constitucionais e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Assim, tais tratados transformam-se em instrumentos de consolidação e expansão dos direitos humanos, dentre os quais o direito de não sofrer prisão civil por dívida, reconhecida pelo Pacto de San José da Costa Rica, no caso do depositário infiel, como arbitrária. Em momento posterior, o Supremo ratificou

o entendimento em controle difuso pela edição da Súmula Vinculante nº 25, estabelecendo que “é ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja sua modalidade de depósito”.

Com a referida decisão do STF, inaugurou no ordenamento jurídico, em razão da adequação das normas do direito civil à Constituição, o movimento de convencionalização das normas. Tal processo caracteriza-se pelo reconhecimento do *status* normativo dos tratados e convenções sobre os direitos humanos. Assim, mesmo que tais tratados não tenham se submetido ao quórum previsto no § 3º do art. 5º, apesar de internalizados, possuem plena capacidade de subsidiarem a interpretação das normas, e “sendo detectada uma eventual incompatibilidade da norma infraconstitucional com um tratado de direitos humanos, sobreleva a suspensão de sua eficácia, respeitando a própria especialidade da convenção”. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 4), bem como a promoção do princípio *pro homine*.

Essa compreensão de estabelecer a compatibilidade normativa, sem prejuízo à formulação de Mazzuoli (2011), é extensível a outras searas com a atribuição de resguardar a força normativa da Constituição, bem como, pelo menos em tese, de toda a sociedade (HÄBERLE, 1997).

Nessa perspectiva é que Valério Mazzuoli (2011) apresenta a teoria da dupla compatibilidade vertical material na elaboração de leis domésticas, concluindo com a existência de um duplo limite vertical para a produção legislativa brasileira, incluindo a legislação civil. De um lado, a Constituição e todos os tratados de direitos humanos compõem o bloco de constitucionalidade, e de outro os tratados internacionais comuns que possuem *status* supralegal. Ao se analisar a referida teoria, conclui-se pela existência de dois limites verticais materiais às normas infraconstitucionais, incluindo as do Código Civil.

O primeiro limite ao qual a legislação doméstica deverá se submeter subdivide-se em duas etapas: a análise da compatibilidade com o texto constitucional, denominando com isso o controle de constitucionalidade e, logo em seguida, com os tratados internacionais de direitos humanos, surgindo o controle de convencionalidade.

O segundo limite vertical material, por sua vez, seria os tratados comuns, ou seja, aqueles que versam sobre conteúdo diverso dos direitos humanos, dando origem ao controle de supralegalidade. Isso tudo somado demonstra que,

doravante, todas as normas infraconstitucionais que vierem a ser produzidas no País devem ser compatíveis com o sistema do atual Estado Constitucional e Humanista de Direito.

### **3 CONVENÇÃO DA ONU SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E SEUS IMPACTOS NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA CAPACIDADE CIVIL**

Compreendido o panorama da constitucionalização do direito civil e o necessário diálogo das legislações infraconstitucionais com as normas constitucionais *lato sensu*, observou-se que aquelas passaram a incorporar, em seus textos, princípios e cláusulas abertas, que serviram como parâmetro normativo e limite axiológico para a produção e aplicação do direito.

Em tal direção, a ideia de convencionalização do direito civil também passou a dialogar com tais pressupostos em razão da necessária abertura possibilitada pela Constituição Federal aos tratados que versam sobre os direitos humanos. Nesse sentido, convém analisar o deslinde de tais pressupostos teóricos na ordem jurídica brasileira, em especial no que concerne à Convenção das Pessoas com deficiência e os seus efeitos sobre o instituto da incapacidade no direito civil.

#### **3.1 Direitos humanos e a (re)interpretação da noção de status e a tutela da pessoa**

A noção de direitos humanos no ocidente, em especial no que tange ao reconhecimento de sua importância nas sociedades modernas, já era um atributo de sociedades bem mais remotas. Em face das especificidades em que, a cada contexto histórico, tais direitos se manifestaram, pode-se afirmar que os ideais de universalidade e igualdade nem sempre estiveram presentes nas sociedades humanas.

A própria noção de direitos humanos confundia-se com o *status* que o indivíduo ocupava no seio social, nivelando os direitos humanos a uma classe restrita de sujeitos. No entender de Cretella Júnior, “O *status* (qualidade pela

qual o romano tem direitos) derivava da 'condição civil de capacidade'. O *status civilis* reunia três requisitos: liberdade, família e cidade. Reunidos os três se configurava a capacidade plena de direitos” (2003, p. 62).

No contexto brasileiro, até a segunda metade do século XIX, determinados sujeitos históricos, como escravos, mulheres e crianças, não tinham o *status libertatis*. Do ponto de vista jurídico, tal afirmativa significa que tais sujeitos não eram titulares de direitos, além de não possuírem cidadania e o atributo da capacidade civil. Tais pressupostos determinavam quem eram os sujeitos dignos dos atributos dos direitos da personalidade.

Em tais problemáticas, também se inserem as pessoas com deficiência psíquica ou intelectual, que certamente foram os sujeitos históricos mais afetados, pois, além de lhes faltar o *status libertatis*, era-lhes atribuída a incapacidade absoluta e, dependendo do grau de deficiência, a incapacidade relativa. Isso teve como desiderato a subtração de suas condições como sujeitos de direitos. Esses direitos de primeira geração ou dimensão, característica do Estado Liberal do século XVIII, marcam a superação do antigo regime absolutista pela instituição do Estado de Direito, invocando a separação de poderes, a liberdade do indivíduo e a proteção a bens jurídicos em face das imoderações do Estado.

Essa tradicional concepção de *status civitatis*, ainda movida pelo pré-conceito sobre o que se entendia por sujeito de direitos, só começou a ser, decisivamente, superada com a consagração universal dos direitos humanos, desvelando a incompreensão do social sobre o alcance do instituto da capacidade e o uso de direito enquanto instrumento de exclusão da vida civil. Celso Lafer (1988) afirma a importância dos direitos humanos para a consecução da igualdade, viabilizando aos indivíduos intencionalmente ausentes (SANTOS, 2014) o direito a ter direitos.

Nesse sentido, surgiu um movimento que teve como objetivo precípua a conversão dos direitos humanos, em tema de legítimo interesse da comunidade internacional, tendo como resultado a universalização desses direitos. Tais suposições foram responsáveis pela superação do conceito de *status*, como pressuposto para o gozo de direitos. Logo, o *status* passou a dialogar com o próprio conceito de ser humano, e passou a significar um complexo de atributos juridicamente garantidos nos textos constitucionais, independente de

fatores como condição social, nacionalidade, ou estrutura familiar. O *status* se atrela ao conceito de personalidade.

É a partir da personalidade que se torna possível conferir ao indivíduo condições de ser sujeito de direitos e obrigações, tornando-se com isso um atributo inseparável da condição humana. Portanto, a restrição aos direitos existenciais (não patrimoniais) não mais se justifica pelo *status* que antes era atribuído em razão da nacionalidade, condição familiar ou a capacidade civil do indivíduo.

A capacidade civil, nos termos da legislação civilista, é a aptidão para adquirir direitos e obrigações no âmbito das relações civis, importando, com isso, a análise da dimensão física e psíquica do indivíduo. Tal instituto desdobra-se em duas modalidades: capacidade de direito ou de gozo e a capacidade de plena ou de fato. A primeira diz respeito à natureza intrínseca de ser pessoa (nascer com vida) e é pressuposto da capacidade de fato, ou seja, esta última traduz-se na prerrogativa do exercício próprio em contrair direitos e obrigações.

Diante disso, é convencional o legislador regular as possíveis situações jurídicas, graduando as restrições à capacidade, de acordo com os graus de limitações dos sujeitos para deliberar sobre a dimensão de suas vidas no seio social, bem como os efeitos de suas escolhas. No Código Civil, estão dispostos, no art. 3º, aqueles que são considerados absolutamente incapazes, e no art. 4º os que são relativamente incapazes para a prática de atos civis.

A problemática atinente a tais qualificações é considerar que as questões existenciais também se incluem no rol de limitações de tais sujeitos, ao passo que a mitigação da capacidade civil traria consequência ao próprio desenvolvimento da pessoa enquanto sujeito de direitos. Assim, a vedação a práticas de atos na vida civil de natureza patrimonial não pode justificar que tais sujeitos, considerados absolutos ou relativamente incapazes, não possam decidir sobre questões existenciais.

### **3.2 Os impactos da convenção da ONU sobre as pessoas com deficiência no CC/2002**

A Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) é considerada o primeiro Tratado Internacional de Direitos Humanos aprovado pelo Congresso Nacional, segundo o procedimento qualificado previsto no § 3º do art. 5º, oriundo da Emenda Constitucional nº 45, de 2004. A convenção foi promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 2009, e entrou em vigor no plano interno em 25 de agosto de 2009, e finalmente regulada pela Lei nº 13.146, de 2015. Portanto, a mencionada convenção internacional, por ter sido submetida à análise em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, possui *status* de norma constitucional, servindo, com isso, como parâmetro para elaboração da legislação interna.

Nesse diapasão, convém analisar o fulcro humanista destacado na convenção, haja vista a consagração de uma inovadora visão jurídica a respeito da pessoa com deficiência. A pauta se dá no reconhecimento da capacidade civil da pessoa com deficiência, bem como a vedação de discriminação em virtude de qualquer modalidade de limitação, seja ela mental funcional ou intelectual. Para esse modelo, a deficiência não pode se justificar pelo tratamento discriminatório ou por limitações pessoais decorrentes de uma patologia.

O modelo proposto pela convenção é o denominado “modelo social humanitário”, que tem por missão romper barreiras sociais, como a exclusão social, possibilitando a inserção integral dos deficientes na sociedade. Tal modelo consubstancia-se no preâmbulo da Convenção, asseverando que “a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

Nesse espeque, o Estatuto possui diversas garantias para os portadores de deficiência de todos os tipos, com reflexo nas diversas áreas do Direito. Aqui convém analisar as principais mudanças provocadas no regime das incapacidades no Código Civil, em face da análise sistemática dos dispostos

nos arts. 1º e 12 da Convenção, que impõe o reconhecimento da personalidade e capacidade legal das pessoas com deficiência, em condição de igualdade com os demais, resgatando a autonomia do indivíduo e o combate à desigualdade e à discriminação.

Pode-se acentuar, como desiderato da incorporação da Convenção, a verificação da incompatibilidade da capacidade civil disciplinada pelo atual Código, com as atuais configurações dos direitos humanos. O viés patrimonialista das disposições civis, as quais regem a matéria, claramente limita o exercício dos direitos da personalidade, em especial na autonomia da vontade.

Assim, a convenção enaltece a chamada “repersonalização do direito civil”, dialogando com a pessoa humana. É possível verificar que o desenvolvimento da constitucionalização do direito foi essencial para que a lei que incorporou a convenção revisitasse alguns institutos fundamentais do direito civil, com o objetivo de conferir igualdade no exercício da capacidade jurídica por parte da pessoa com deficiência.

Feito este breve intróito, pode-se analisar as modificações do regime das incapacidades no atual Código, conferidas pela Convenção. Em síntese, retirou-se o portador de enfermidade ou deficiência mental da condição de incapaz, com a revogação de alguns incisos dos artigos 3º (absoluta) e alterações no 4º (relativa).

Foram revogados todos os incisos do art. 3º do Código Civil, de 2002, passando a prever apenas uma hipótese de incapacidade absoluta: os menores de 16 anos. Logo, derruba-se, parcialmente, a presunção legal de incapacidade absoluta, extinguindo, conseqüentemente, a possibilidade de ações de interdições absolutas, sendo necessário, em relação ao procedimento judicial, recorrer a uma interpretação coerente para se evitar contradições com o novo código de processo civil.

O art. 4º do Código Civil, de 2002, também sofreu algumas modificações, com o advento da Convenção. Com a convenção, o inciso II, que fazia menção às pessoas com “discernimento reduzido”, não mais compõe o rol dos relativamente incapazes, sendo agora capazes. Ademais, das disposições anteriores, só permaneceram os ébrios habituais e os viciados em tóxicos. A partir de agora, o art. 4º passa a arrolar, no seu inciso III, as pessoas que, “por



causa transitória ou permanente, não puderem exprimir vontade”.

Assevera-se que as modificações estatuídas pela Convenção, no que concerne ao instituto das capacidades, romperam com a cultura jurídica de tratamento discriminatório dado em especial aos portadores de transtornos mentais. Esses indivíduos sempre foram tratados na ordem jurídica como absolutamente incapazes de decidirem sobre suas vidas, incluindo as questões existenciais, inerentes ao plano do ser, e, por isso, relacionadas aos direitos da personalidade. Além disso, as alterações no Código Civil, de 2002, representam uma clara demonstração da aplicação da teoria do controle de convencionalidade, haja vista o reconhecimento da equivalência constitucional da Convenção das Pessoas com Deficiência.

Outro aspecto a ser analisado da Convenção, são as ações tendo a pessoa com deficiência como interditando, pois as alterações feitas pelo Estatuto invertem a presunção da incapacidade, passando a ser a curatela uma medida de caráter extraordinário. Assim, nos termos do art. 84, § 1º, a regra passa a ser exceção, relacionando-se o procedimento da interdição às questões patrimoniais ou econômicas, alinhando-se, sobretudo, às necessidades do indivíduo. O intuito é que tais mecanismos possam albergar uma maior gama de protetividade aos deficientes, sem lhes restringir o exercício dos direitos.

Ademais, a lei que regulou a Convenção trouxe algumas inovações, como a curatela compartilhada e a tomada de decisão apoiada, permitindo, em relação à primeira, optar por dois ou mais curadores, para questões específicas, como as de cunho patrimonial e, no que tange à segunda, a possibilidade de celebração dos negócios jurídicos, dependendo da sua realização de decisão judicial.

Portanto, a incorporação da Convenção da Pessoa com Deficiência proporcionou, no ordenamento jurídico, verdadeira reconfiguração do instituto das capacidades, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana passou a ser reforçada enquanto valor fundamental a este grupo, pugnando pela humanização das relações sociais e exigindo profundos ajustes para a concretização dessas normas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como demonstrado neste artigo, a evolução do direito possibilitou o surgimento de valores constitucionais, que determinaram a dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica. Assim, permitiu-se um distanciamento da noção que identificava o direito civil como a única fonte das relações privadas, ao passo que, com a nova hermenêutica constitucional, a Constituição despontou como o centro do ordenamento, limitando, com isso, formal e materialmente a elaboração da legislação privada.

Assim, conforme analisado, o processo de despatrimonialização do direito civil, com o fulcro de resguardar os valores constitucionais, só foi possível em virtude de um conjunto de transformações da sociedade global que colaborou para a ampliação da proteção jurídica internacional dos direitos, ensejando a força normativa da Constituição e a conseqüente constitucionalização dos direitos, estabelecendo nos paradigmas à vida digna.

Essas transformações gradativas impactaram na criação da Convenção sobre o direito das pessoas com deficiência, tendo como desdobramento a reordenação da proteção destinada a estas pessoas. Tal documento foi incorporado ao direito interno brasileiro por intermédio do Decreto Legislativo nº 186, de 2008, promulgado pelo Decreto Executivo nº 6.949, de 2009, e regulamentado pela Lei nº 13.146 de 2015.

Em razão da ramificação do direito constitucional e dos direitos humanos sobre as diversas searas do conhecimento jurídico é que emerge a discussão acerca da Convencionalização do direito civil, no que concerne à verificação da compatibilidade formal-material desta legislação com os tratados e convenções internacionais que versam sobre os direitos humanos, desde que, segundo o entendimento do STF, aprovado pelo rito estabelecido no § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, de 1988, se tornem equivalentes às emendas constitucionais.

Esse posicionamento, ainda que tenha sido questionado pela sua natureza restritiva e de fechamento do sistema jurídico pátrio em relação à ordem internacional, com o qual não se concorda, representou um terreno fértil para o aprofundamento da discussão sobre o alcance e a própria força normativa dos direitos humanos, a sua relação com o poder constituinte interno e o

confrontamento do anacrônico conceito de soberania interna.

Nesse sentido, espera-se a intensificação do diálogo entre as fontes para o fortalecimento de uma interpretação e aplicação inclusivas, seja pelo exercício da função jurisdicional, pela instituição de novas leis ou pela estipulação de políticas públicas para o efetivo gozo dos direitos. A alteração realizada pela mencionada lei reforça que o controle de convencionalidade alcança a função legislativa para orientar o Congresso a estabelecer a harmonia e a interseção entre os planos normativos interno e internacional.

Assentada, por sua essência protetiva e pelo devido processo constitucional legislativo, a equivalência de norma constitucional dessa Convenção destacou que a atual legislação civilista teria de se adaptar ao seu conteúdo, sob pena de violar a coerência do sistema jurídico.

O texto da Convenção possibilitou profundas alterações, em especial, no que concerne ao instituto das capacidades, ao passo que busca romper com a cultura jurídica de tratamento discriminatório dado às pessoas com deficiência cognitiva. A lei que regulou o texto da Convenção passa a tratar esses indivíduos como plenamente capazes de decidirem sobre suas vidas, habilitando-os aos atos da vida civil e proporcionando a manifestação de suas potencialidades.

## **REFERÊNCIAS**

**BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

**BECK, Ulrich. Sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade.** São Paulo: 34, 2011.

**BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.**

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 7 jul. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1.992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1.969. Diário Oficial da União. Brasília, 9 de novembro de 1992.

BRASIL. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 7 jul. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em 7 jul. 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm)>. Acesso em 23 mar. 2016.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano:** o direito romano e o direito civil brasileiro no novo Código Civil. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 1.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição:** Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Maria Celina Bondin de. **Na medida da pessoa humana.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARTI, C. **A família como espelho**: um estudo sobre a moral dos pobres. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O direito dos oprimidos**. São Paulo: Cortez, 2014.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: SAFe, 1999.

TEPEDINO. Normas constitucionais e direito civil na construção unitária do ordenamento. In: Daniel Sarmiento; Cláudio Pereira de Souza Neto. (Org.). **A Constitucionalização do Direito**: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Juris, 2007. p. 309-320.





“Não podemos ser legisladores unicamente, senão também apóstolos, incumbidos de propagar a fé políticâ, pois antes da lei está a idéa, que é como a sua semente. Somos aqui os missionários da nação, enviados para doutrinar o povo no evangelho da liberdade constitucional.

Nos paizes de opinião, não pôde com effeito haver maior evasão do que a do silencio. A palavra que desaparece da tribuna é o general que foge quando toca a rebute.

Não tenho presente o catalogo que fez o illustre órgão dessidente, das necessidades publicas mais urgentes, e que deixaram de ser providas pela maioria da câmara. Só tocarei pois nas principaes rubricas. Figura em primeiro lugar a reforma eleitoral, e é de razão» porque está na moda dizer-se que delia depende a regeneração do systema representativo; como se não fosse absurdo regenerar uma cousa que ainda está por gerar; ovo que sahi goro apesar de incubado por duas revoluções, o 7 de Setembro e o 7 de Abril.

[...] Na curteza de minha intelligencia, penso que o elemento essencial de uma eleição é o povo, sem o qual são de todo ponto supérfluos os melhores processos de votação, bem como as mais sólidas garantias da liberdade das urnas.

[...] O censo, senhores, não é outra cousa mais do que o predomínio do dinheiro, da posição, do emprego, das honras, de todos esses accidentes ou accessorios sobre o agente, sobre o homem. Supprime-se o cidadão, e põe-se em seu lugar o estafermo, que traz um titulo, uma carta ou um recibo. Este absurdo chamado censo, que por uma ironia da grammatica sôa como o vocábulo usado para exprimir o critério da razão; essa anomalia, tem existido em muitos paizes, porque o homem, senhores, é uma criança, que, ao tactear os primeiros passos, tropeça muitas vezes no erro antes de alcançar a meta, a verdade.

[...] estamos no século da luz, onde nada ha de grande, de legitirrho, de bello e santo senão o que recebe em plena publicidade asaneção da opinião, era que os templos de Salomão se transportaram das casas lobregas e mysteriosas para o jornal, a tribuna, o púlpito e o livro.

[...] Cumpre que o poder legislativo acuda com as necessárias providencias. Regulai o casamento civil; [...] O mal urge. A sociedade está abalada na consciência, e na família, que são como o cimento e o granito do edificio humano. Se confiais do governo, atado á remora do conselho de estado, quando mal pensardes a mina estará imminente.

Entendo que os destinos de um paiz são cousa gravíssima para servirem de assumpto a uma representação parlamentar. Tome cada um, desde o cimo até a base, o seu quinhão de responsabilidade. Luat cum cortuo”.

José de Alencar  
Discurso que devia proferir na sessão de 20 de Maio de 1873.

ISBN 978-85-93896-00-2



9 788593 896002