



Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional

Volume 9

JORGE MIRANDA | CARLA AMADO GOMES
SUSANA BORRÀS PENTINAT
(Coordenadores)

BLEINE QUEIROZ CAÚLA | BRUNA SOUZA PAULA
RÔMULO GUILHERME LEITÃO | VALTER MOURA DO CARMO
(Organizadores)





Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional

E-BOOK INTERNACIONAL VOLUME 9

EDIÇÃO ESPECIAL

Homenagem ao Chanceler Airton Queiroz

(in memoriam)

JORGE MIRANDA

CARLA AMADO GOMES

SUSANA BORRÀS PENTINAT

(Coordenadores)

BLEINE QUEIROZ CAÚLA

BRUNA SOUZA PAULA

RÔMULO GUILHERME LEITÃO

VALTER MOURA DO CARMO

(Organizadores)

Edição Especial

Homenagem ao Chanceler Airton Queiroz (*in memoriam*)

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Centro de Investigação de Direito Público

-

www.icjp.pt

icjp@fd.ulisboa.pt

-

Abril de 2020

ISBN: 978-989-8722-41-6



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Alameda da Universidade

1649-014 Lisboa

www.fd.ulisboa.pt

-

Imagem da capa:

Foto de Lara Ximenes

Revisão ortográfica:

Ossimar Pereira

Revisão ABTN:

Bruna Souza Paula

Valter Moura do Carmo

-

Produzido por:

OH! Multimédia

mail@oh-multimedia.com



Comissão Científica

Alexandre Sousa Pinheiro – FDUL

Ângela Issa Haonat – UFT

Ana Maria D'Ávila Lopes – UNIFOR

Ana Paula Araújo de Holanda – UNIFOR

Anna Ciammariconi – Università Degli Studi di Teramo

Beatriz Souza Costa – ESDHC

Bleine Queiroz Caúla – UNIFOR

Carla Amado Gomes – FDUL

César Barros Leal – UFC

Claudia do Amaral Furquim – IDEM

Claudia Ribeiro Pereira Nunes – Yale University

Dayse Braga Martins – UNIFOR

Délton Winter de Carvalho – UNISINOS

Elvira Domínguez-Redondo – Middlesex University

Fernando González Botija – Universidade Complutense de Madrid

[Ir para o índice](#)

Francisco Lisboa Rodrigues – FATENE

Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED

Jefferson Aparecido Dias – UNIMAR

João Pedro Oliveira de Miranda – Universidade de Lisboa

Jorge Miranda – Universidade de Lisboa

Katherinne de Macedo Maciel Mihaliuc – UNIFOR

Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Martonio Mont’Alverne Barreto Lima – UNIFOR

Orides Mezzaroba – UFSC

Rômulo Guilherme Leitão – UNIFOR

Susana Borràs Pentinat – Universitat Rovira i Virgili

Valério de Oliveira Mazzuoli – UFMT

Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Wagner Menezes – USP



Coordenadores

Jorge Miranda

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

[Ir para o índice](#)

Carla Amado Gomes

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

Susana Borràs Pentinat

Profesora doctora de Derecho internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Rovira i Virgili (Tarragona-España) e investigadora del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT). PROJECT “PROYECTO DE I+D: La constitución climática global: gobernanza y Derecho en un contexto complejo” (CONCLIMA-DER2016-80011-P), (MINECO/FEDER, UE), Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, subprograma Estatal de Generación del Conocimiento, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016, efectuada por resolución de 17 de junio de 2015 (BOE de 23 de junio) de la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación (SEIDI), Ministerio de Economía y Competitividad, España.



Organizadores

Bleine Queiroz Caúla

Doutora em Direito, linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável- Universidade Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha. Professora Assistente da Universidade de Fortaleza. Pedagoga. Advogada agraciada com o V Prêmio Innovare, 2008 (Projeto Cidadania Ativa – gestão 2005-2008). Coordenadora Científica do Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. Principais obras publicadas: O Direito Constitucional e a Independência dos Tribunais Brasileiros e Portugueses: aspectos relevantes; Direitos Fundamentais: uma perspectiva de futuro; O direito administrativo na perspectiva luso-brasileira; 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. ORCID Id <http://orcid.org/0000-0002-0033-8242>.

Bruna Souza Paula

Doutoranda do Curso de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa (2012)- diploma revalidado (2013), Especialis-

Ir para o índice

ta em Direito Processual pela Unisul (2008) e em Ciências Jurídico Políticas pela Universidade de Lisboa (2009), Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (2007). Professora TI do Curso de Direito da Estácio-Ce.

Rômulo Guilherme Leitão

Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2008). Doutor em Direito Constitucional; professor do Mestrado Profissional em Direito e Gestão de Conflitos e do Programa de Pós-Graduação (mestrado e doutorado) em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), e procurador do Município de Fortaleza. E-mail: romuloleitao@unifor.br.

Valter Moura do Carmo

Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza- UNIFOR; mestrado em Direito Constitucional pela UNIFOR com período sanduíche na Universidade Federal de Santa Catarina- UFSC e doutorado em Direito pela UFSC, tendo realizado o doutorado sanduíche na Universidade de Zaragoza (Espanha) com bolsa do PDSE da CAPES e período de investigação na Universidade Federal da Paraíba- UFPB com bolsa do PROCAD da CAPES. Realizou estágio de pós-doutorado na Universidade de Marília - UNIMAR com bolsa do PNPD da CAPES. Professor da UNIMAR onde leciona nos cursos de graduação em Direito e Medicina, sendo professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito. Diretor de relações institucionais do CONPEDI. Membro da Comissão de Estudo de Identificação e Descrição da ABNT. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Direito Internacional e Direitos Humanos.



Autores

Angela Cassia Costaldello

Doutora em Direito do Estado pela UFPR. Professora Adjunta dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da UFPR. Foi Membro do Ministério Público do Tribunal de Contas do Estado do Paraná. Advogada. E-mail: acostaldello@gmail.com.

Ângela Issa Haonat

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos. Advogada e Professora da Católica do Tocantins, FASEC e UFT em Palmas-TO.

Aparecida Luzia Alzira Zuin

Pós-Doutora em Direito. Linha de Pesquisa: Direito da Cidade. Políticas Públicas Urbanas – UERJ/RJ. Possui Pós-Doutorado em Estudos Culturais pelo Programa Avançado de Cultura Contemporânea – PACC/-UFRJ. Doutora em Comunicação e Semiótica pela PUC-SP. Docente do Mestrado Acadêmico em Educação da Universidade Federal de Rondônia

[Ir para o índice](#)

– UNIR. Líder do Centro de Estudos e Pesquisas Jurídicas da Amazônia – CEJAM. E-mails: profalazuin@unir.br; E-mail: alazuin@gmail.com.

Arlen José Silva de Souza

Doutorando em Ciências Políticas pela UFRGS; Mestrado em Direito – FGV; Especialista em Direito Penal- UNIR; Juiz de Direito da 3ª Entrância do Estado de Rondônia. Docente da Universidade Federal de Rondônia. E-mail: arlen0402@hotmail.com.

Beatriz Rolim Cartaxo

Mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ. Graduada em Direito pelo Instituto de Educação Superior da Paraíba – IESP (2012). Associada ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito. Mestranda em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa – UNIPÊ.

Eduardo Rodrigues Brito de Sousa

Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Estácio de Sá- Ceará, Estagiário da Defensoria Pública Geral do Estado do Ceará. E-mail: edurbr@hotmail.com

Eveline de Castro Correia

Graduação em direito na Universidade de Fortaleza- UNIFOR, pós-graduação em direito processual civil e mestrado em direito constitu-



cional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Coordenadora geral do curso de direito do centro universitário Estacio do Ceará. Membro do conselho - CONSEPE - do centro universitário Estacio do Ceará. Sócia do Instituto Brasileiro de Direito de Família- IBDFAM e da ABEDI- Associação Brasileira de Ensino do Direito.

Felipe Pante Lemos de Campos

Doutorando em Teoria e Storia del Dirito pela Università Degli Studi di Firenze. Mestre em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Membro do grupo de pesquisa CNPq-UFSC, lusCommune em História da Cultura Jurídica. Associado Fundador do Instituto Latino Americano de Estudos sobre Direito, Política e Democracia. E-mail: felpante@hotmail.com.

Gabriela Natacha Bechara

Doutoranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Mestre em Teoria, Filosofia e História do Direito pelo PPGD/UFSC. Pesquisadora do NE-CODI. Pesquisadora bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). E-mail: gbechara@gmail.com.

Hertha Urquiza Baracho

Doutorado em Direito pela Pontifica Universidade Católica de São Paulo, Brasil (1993). Professor Associado III da Universidade Federal da Paraíba, Brasil.

[Ir para o índice](#)

Horácio Wanderlei Rodrigues

Doutor e Mestre em Direito pela UFSC. Estágios de Pós-Doutorado em Filosofia/UNISINOS e em Educação/UFRGS. Professor Permanente do PPG Direito/IMED/RS. Sócio fundador do CONPEDI e da ABEDi. Membro do Instituto Iberomericano de DerechoProcesal. Pesquisador do CNPq, da Fundação Meridional e do NECODI.

Jéssica Painkow Rosa Cavalcante

Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC GO). Especialização em Direito Civil e Processual Civil. Advogada inscrita na OAB-TO. Mestranda no Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da Universidade Federal do Goiás. Aluna do programa de pós-graduação em Direito Agrário e Agronegócio no PROORDEM. E-mail: jessicapainkow@hotmail.com.

José Jackson Nunes Agostinho

Mestre em Direito Internacional. Mestrando em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho. Pós-Graduado em Direito Público. Graduado em Direito. Advogado. Professor Universitário. E-mail: jacksonagostinho@uol.com.br.

Juan Pablo Bellene Arena

Ph.D. candidate. Universitat Rovira i Virgili. Derecho Ambiental. Master Universitario en Derecho Ambiental. Universitat Rovira i Virgili (se-



tiembre 2013-setiembre 2015). Titulo de Abogado. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo (abril 1998-setiembre 2008). Materia opcional: Derechos Humanos. E-mail: paolouraxbellene@gmail.com.

Júlia Maia de Meneses Coutinho

Professora da Universidade de Fortaleza. Doutoranda em Direito Constitucional Público e Teoria Política pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza – Unifor. Mestra em Direito Constitucional pela Unifor. Participante do Grupo de Pesquisa da “Constituição de 1937”, sob a coordenação do Prof. Dr. Martonio Mont’Alverne.

Karin Kässmayer

Doutora em Meio Ambiente e Desenvolvimento pela UFPR. Consultora Legislativa do Senado Federal, na área de meio ambiente. Foi professora adjunta de Direito Ambiental da UFPR. E-mail: karin@kassmayer@gmail.com

Karine Alves Gonçalves Mota

Graduada em Direito pela Universidade Católica de Goiás. Mestre em Direito pela UNIMAR-Marília/SP. Doutoranda em Tecnologia Nuclear pelo IPEN/USP. Professora da Católica do Tocantins.

E-mail: karine.mota@catolica-to.edu.br.

Katherine de Macedo Maciel Mihaliuc

Doutora pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Professora da graduação e pós-gradu-

Ir para o índice

ção da Universidade de Fortaleza- UNIFOR, desde 2003; Diretora do Centro de Ciências Jurídicas da UNIFOR desde 2015. katherine@unifor.br.

Lara Livia Cardoso Costa Bringel

Doutorado em Tecnologia Nuclear pelo IPEN/USP. Mestrado em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC Goiânia/GO. Especialista Lato Sensu em Direito do Estado pela UEL-Londrina/PR. Graduada em Direito pela UNIMAR– Marília/SP. Coordenadora do Curso de Direito da Uninassau Maceió-AL. E-mail: laraliviacardoso@hotmail.com.

Leonardo Matheus Barnabé Batista

Graduado em Direito pela Faculdade Católica do Tocantins (FACTO), tem especialização em Civil e Processual civil. É Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás e Residente Jurídico pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT). E-mail: leonardo.matheus.bb@gmail.com.

Lucas Arruda Hezel

Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR. E-mail: lucashezel@uol.com.br.



Lucila Vilhena

Professora da Universidade Estadual da Paraíba; Doutoranda e bolsista de investigação da Universidade de Lisboa; Investigadora do CEDIS/UNL. Advogada.

Marcelo Dias Ponte

Advogado. Mestre em Direito. Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Diretor acadêmico da Academia Cearense de Direito. E-mail: marceloponte@unifor.br

Marina de Macêdo Carvalho

Mestre em Sustentabilidade Socioeconômica Ambiental pela Universidade Federal de Ouro Preto-UFOP. Especialista em Gestão Ambiental pela Faculdade Unileste. Assistente Técnica em Gestão e Tecnologia no Núcleo de Inovações Tecnológicas e Empreendedorismo-NITE/UFOP. E-mail: marinamacedo.escv@gmail.com.

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Professor titular da Universidade de Fortaleza – Unifor. Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Procurador do município de Fortaleza.

Ir para o índice

Mateus Rodrigues Lins

Mestrando em Direito Constitucional. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza. Pesquisador integrante do Projeto de Pesquisa “Direito do Trabalho e sua interface com os Direitos Fundamentais” coordenado pela professora Vanessa Oliveira Batista – Centro de Ciências Jurídicas da UNIFOR. Escritor. Email: mateusrlins@gmail.com.

Maurides Macêdo

Graduada em Direito e em História, tem especialização em Direito Penal e em Direito Processual Penal. É Mestre e Doutora em História. Pós- Doutora em Direitos Humanos pela Universidade do Texas. Professora titular da Universidade Federal de Goiás. E-mail: maurides13@hotmail.com.

Natália de Souza Lisbôa

Doutora em Direito Internacional pela PUC Minas. Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV/ES. Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto- UFOP. Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas Socioambientais da UFOP – GEPSA. E-mail: natalialisboa@gmail.com.

Newton de Menezes Albuquerque

Professor do Mestrado/Doutorado da Unifor e da Faculdade de Direito da UFC.



Paula Bergamasco

Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estadual de Londrina. paula.bergamasco@hotmail.com.

Pauline Queirós Caúla

Advogada. Graduada em Direito e Pedagogia. Especialista em Direito Processual Civil pela UNIFOR. Assessora Jurídica na Procuradoria da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Exerceu a função de Vice-Presidente da comissão de Acompanhamento aos Concurso Público e Vice-Presidente da Comissão de Educação e Cidadania da Ordem dos Advogados Secção Ceará- OAB-CE no período de 2014 e 2005. Membro do Conselho de Ética e Sindicância da Associação Cearense dos Advogados Trabalhistas – ACEATRA.

Ravi Ramier Morais Almeida

Advogado. Graduado em Direito na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisador do grupo de Energia Nuclear – Aspectos Legais e Geopolítica da Atualidade. E-mail: raviramier@hotmail.com.

Regina Celli Marchesini Berardi

Doutoranda em Estado de Derecho y Gobernanza Global pela Universidad de Salamanca – Espanha. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, menção em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra

Ir para o índice

- Portugal. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Advogada. Email: berardi@usal.es.

Renata Menezes

Advogada, Mestranda em Ciências Jurídico Ambientais na Faculdade de Direito, da Universidade de Lisboa.

Roberto Guilherme Leitão

Doutorando em Direito Constitucional e Mestre em Direito Constitucional, ambos na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogado-OAB nº 14.225/CE. Engenheiro Civil. Professor Universitário. FANOR - DeVry. Procurador Federal- Advocacia Geral da União. e-mail: rguilhermeleitao@hotmail.com.

Rodrigo Luiz Zanethi

Doutorando em Direito Ambiental Internacional e Mestre em Direito Internacional, ambos pela Universidade Católica de Santos/SP. Especialista em Negócios Internacionais pela Universidade da Califórnia em Riverside/EUA. Advogado atuante na área de Comércio Internacional e Direito Aduaneiro. Professor da Universidade Católica de Santos/SP (Matérias: Direito Tributário, Aduaneiro, Comércio Internacional e Marítimo) e da Faculdade de Tecnologia do Estado de São Paulo – Gestão Portuária (Matéria: Leg. Aduaneira).



Ruth M. P. Santos

Doutoranda em Ciências Jurídico-Internacional e Europeia na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito das Relações Internacionais. Pesquisadora Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Pesquisadora Voluntária do Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS). Advogada. E-mail: ruthmpsantos@gmail.com.

Sandra Aparecida Silvestre de Frias Torres

Doutoranda em Política Pública – UFRGS. Mestre em Relações Internacionais da América Latina – CEBELA, Juíza de Direito em Porto Velho-RO, Juíza Internacional na ONU por dois anos em Timor Leste email: sasilvestre@gmail.com.

Sidney Soares Filho

Estágio Pós-Doutoral em andamento (Universidade de Czestochowa, Polônia). Professor da graduação da Universidade de Fortaleza (Unifor) e Coordenador da Pós-Graduação em Direito e Processo Penal do Centro Universitário 7 de Setembro (Uni7); Analista Judiciário- Execução de Mandados (TJ/Ce). E-mail: sidney@unifor.br

Talitha de Carvalho Rodrigues

Advogada. Principais áreas de atuação: Direito previdenciário e Direito do Trabalho. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Ir para o índice

Tatiana Façanha Borges

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

Thiago Pessoa Colares

Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisador do grupo de pesquisa “Justiça em Transformação” do Centro de Ciências Jurídicas da UNIFOR. E-mail: thiago_colares@hotmail.com.

Vanessa Batista Oliveira

Mestre em Direito Constitucional. Especialista em Direito Processual Civil. Professora do curso de Direito e da Especialização em Direito e Processo do Trabalho da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisadora organizadora do Grupo de Pesquisa de Direito do Trabalho da UNIFOR. Email: vanessa.oliveira.lima@gmail.com



Homenagem ao Chanceler Airton Queiroz

Após alguns dias em que o Dr. Airton Queiroz passou a observar a Unifor por outra dimensão, ele deve estar feliz com a grandiosidade dessa obra que administrou por 35 anos. Deve estar concluindo que não há um recanto do campus em que não esteja impressa sua presença, sua criatividade e o tirocínio voltado para um futuro que se fez presente. O verde dos jardins, simbolizando um futuro melhor para toda a comunidade interna e externa, demonstra também um exemplo de sustentabilidade em que fauna e flora se dão as mãos como lição para a pujante juventude sempre ali presente.

O ambiente universitário, construído onde antes vigorava o ermo de uma savana, tanto foi burilado, primeiro pelo Chanceler Edson Queiroz, depois pelo Dr. Airton, seu continuador, que o estudante, ao ingressar no campus, já está aprendendo antes de entrar em sala de aula. Para isso, as grandes exposições de artes, os concertos musicais, as peças teatrais encenadas, a Biblioteca com centenas de milhares de volumes e o acervo especial adquirido de famosos colecionadores comprovam que a aprendizagem extrapola as quatro paredes da sala de aula. Difícil, pois, um adjetivo definitivo para corresponder à personalidade do Chanceler

[Ir para o índice](#)

Airton Queiroz: arguto, perspicaz, sensível, empreendedor, dinâmico, discreto, corajoso, ágil, sonhador e objetivo são qualificações captadas entre aqueles com quem privava.

Uma coisa é certa, pelo fato de ter sido dicotômico, binário, razão e emoção se dão as mãos no seu perfil. A objetividade do administrador de um conglomerado de empresas e a subjetividade do profundo apreciador das artes e da ecologia tornaram-no um homem marcado pela noturnidade e diuturnidade bachelardiana. Personalidade singular, Dr. Airton, com sua aguçada visão do futuro, transformava o presente em dinâmica de longo curso, como se seu pensamento calçasse botas de sete léguas. Entretanto não deixava de trazer também para o presente as culminâncias do passado, daí suas exposições de artes seculares, seus acervos de livros históricos e suas visitas ao exterior, a museus diversos e monumentos dos antepassados. Por isso que, na geografia do campus da Unifor, é possível encontrar signos desse gosto marcado pela universalidade. Sua aguçada visão empresarial vislumbrava na educação uma solução para o desenvolvimento do Ceará. Sua criatividade fez com que os jardins da Unifor viessem a ser forte contribuidor para a microrregião climática em que se tornou essa área onde a amenidade do clima diferencia-se do restante de Fortaleza. Também com relação aos três pilares formadores das universidades: Ensino, Pesquisa e Extensão, ele criou uma quarta pilastra - no caso, a cultura.

No momento em que o Chanceler passou a ver de cima sua Unifor, deve ter notado que sua paixão pelo verde, emanado dos verdes mares bravios que um dia Alencar também vislumbrou, alastrou-se pelo rio Cocó e seu parque ribeirinho, pousou nas alamedas da Universidade e ramificou-se até os jardins de sua residência. É o equilíbrio ecológico antecipando-se ao equilíbrio humano como lição para uma juventude altaneira que convive em harmonia com uma natureza festiva. É bem verdade que a seriema que



passava o dia cantando no campus emudeceu com sua partida, mas temos certeza de que o luto das aves não vira melancolia.

O seu compromisso com o social concretizou-se com a transformação do antigo Dendê em verdadeiro laboratório para as transformações operadas no entorno do campus: a Escola Yolanda Queiroz, com mais de cinco centenas de crianças do bairro, o Escritório de Prática Jurídica para atendimento àquela população e o Nami com seus atendimentos médicos aos mais necessitados. Sua cosmovisão vez ver que se muda para melhor quem muda também seus circunstantes. Daí que o corpo funcional da Universidade se tornou composto de pessoal selecionado e treinado para o trabalho, entre os moradores desse bairro que evoluiu para melhor com a criação da Unifor.

O frescor permanente do clima do campus está ali posto desde a ideia inicial de trazer a Universidade para o leste da Capital. Ali a Unifor veio ver o sol nascer mais cedo. Veio abrir suas portas para a alvorada, e o Chanceler abriu as cancelas do horizonte, botando a cidade a andar para aquela direção e toda uma comunidade a se extasiar com o nascer dos novos tempos da educação. A consolidação do empreendimento Unifor tornou a Universidade um marco na educação da nossa Região. A Unifor possui o DNA do Dr. Airton, e essa sua criação será indestrutível, pois educação é uma herança que o tempo não destrói.

Fortaleza, 21 de novembro de 2017.

Batista de Lima

Professor da Universidade de Fortaleza

[Ir para o índice](#)

Prefacio

Demos un reconocimiento práctico a las injusticias del pasado, construyendo juntos un futuro basado en la igualdad y la justicia social.

(Nelson Mandela, Nelson Mandela por sí mismo:
El Libro de citas autorizado, 2012)

La crisis global que enfrentamos en el mundo actual se caracteriza por la acumulación de crisis – económica, financiera, ambiental, social, política, energética, geopolítica, alimentaria, migratoria, de valores, etc. – que interactúan y se retroalimentan entre sí.

Esta crisis ha acrecentado e intensificado las desigualdades sociales que, lejos de mejorar, empeoran. El incremento de la pobreza, de la exclusión, de la inseguridad, del desempleo y precariedad, y de las políticas de austeridad y recorte de prestaciones sociales y servicios públicos son otros de los efectos de esta crisis que están exacerbando las injusticias sociales en todo el mundo. Además, esta crisis agrava los problemas ambientales e incrementa las injusticias ambientales, por ejemplo, al dificultar



tar las mejoras medioambientales o al promover la reducción de requisitos legales y la vigilancia de las actividades contaminantes o aquellas que generan otros impactos sociales y ambientales. Esta misma crisis ha dado lugar al renacimiento de ideas y acciones que han incrementado la confrontación y violencia. La falta de tolerancia se ve reflejada en el recrudecimiento del racismo, la xenofobia, la discriminación y las formas conexas de intolerancia que, lejos de ser erradicadas, continúan siendo la causa de violaciones a derechos humanos. Con ello, el discurso del odio y la criminalización de ciertos grupos de la población se han extendido por el mundo y lo están dividiendo.

Sin embargo, en este ambiente de crisis e intolerancia, nuestra persistente miopía social nos impide ver que el mundo se nos está haciendo cada vez más pequeño, que sus recursos se están agotando cada vez con mayor rapidez y que, al estar interconectados, nuestra propia supervivencia depende por completo de la supervivencia de los demás seres, tanto humanos como no humanos.

En este contexto de multi-crisis que amenaza el mundo, actual y futuro, el Derecho está llamado precisamente a responder a las nuevas y complejas realidades y necesidades que enfrenta nuestra sociedad. A partir de un diálogo interdisciplinario, holístico, crítico y dinámico, vinculado a la realidad social, el Derecho en el siglo XXI debe adaptarse y convertirse en un instrumento más para la conciliación de intereses y la búsqueda de soluciones a esta crisis global, con miras a lograr una mayor justicia social y ambiental.

Precisamente, el presente libro colectivo, coordinado por un grupo de especialistas de prestigioso renombre, tiene el principal mérito de promover ese diálogo reflexivo, crítico e interdisciplinario entre el Derecho ambiental, el Derecho constitucional y el Derecho internacional que

abre a su vez nuevas vías de discusión e investigación, necesarias para el momento crítico que vivimos como sociedad contemporánea.

Al igual que en los volúmenes anteriores, el volumen 9 de la serie “Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional” recoge más de treinta contribuciones de diversos autores que, luego de su evaluación positiva, fueron presentados en la IX edición del Seminario Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional: “La Justicia Social y Ambiental en un contexto de crisis global”, realizado en las ciudades de Tarragona (España), Lisboa (Portugal) y Fortaleza (Brasil) en septiembre, octubre y noviembre de 2016, respectivamente. Sin duda, el importante número de trabajos incluidos en este nuevo volumen es el reflejo del éxito, cada vez mayor, de este encuentro internacional en el que se congregan profesores universitarios, académicos y juristas comprometidos con la justicia, en todas sus dimensiones.

Los trabajos seleccionados para su publicación en la presente obra – treinta y cuatro, en concreto – han sido agrupados en tres partes organizadas temáticamente. El primer bloque incluye trabajos que abordan problemáticas relacionadas con el Derecho y medio ambiente; el segundo alberga diversas aportaciones en materia constitucional; y el tercer y último bloque recoge trabajos que analizan diversas cuestiones en el ámbito del Derecho internacional. Así, la obra incluye una colección de trabajos que, desde una perspectiva jurídica y social, abordan temas de gran actualidad incluyendo: la protección de los recursos hídricos, ciudades sustentables, combustibles fósiles y energía nuclear en el contexto del cambio climático, justicia social, sostenibilidad, protección de derechos fundamentales en los nuevos escenarios socio-económicos, inclusión social, capitalismo y crisis ambiental, migración y derechos humanos, refugiados ambientales, violencia de género, entre muchos otros.



En definitiva, el libro que usted tiene en sus manos es sin duda una importante y oportuna contribución al fortalecimiento del conocimiento jurídico a través del diálogo interdisciplinario y transversal de la ciencia del Derecho y sus disciplinas jurídicas, que se vuelve cada vez más apremiante ante las nuevas realidades y grandes desafíos globales.

Antes de concluir, permítame dejar constancia de mi reconocimiento y gratitud al conjunto de participantes de la IX edición del Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional; a los autores de las contribuciones recogidas en este volumen; y, muy especialmente, a los coordinadores y organizadores – Jorge Miranda, Carla Amado Gomes, Susana Borràs Pentinat, Bleine Queiroz Caúla, Bruna Souza Paula, Rômulo Guilherme Leitão y Valter Moura do Carmo – por su valioso y acertado trabajo así como por su amable invitación a escribir el prefacio de esta obra. Sin duda, todos ellos, desde sus diversos pero conexos ámbitos de trabajo, así como a partir de sus conocimientos teóricos y prácticos, han contribuido a que este libro sea una amalgama de experiencia y juventud. Para todos ellos, mi más sincera enhorabuena.

Y para usted, amable lector o lectora, mis mejores deseos y que disfrute de la lectura.

Potchefstroom- Sudáfrica, agosto de 2017

Paola Villavicencio Calzadilla

Doctora en Derecho
Investigadora Postdoctoral en la
North-West University
Potchefstroom- Sudáfrica

[Ir para o índice](#)

Apresentação

A publicação do e-Book internacional pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa tem como madrinha a Professora Carla Amado Gomes, coordenadora académica do Diálogo ACI. Seu entusiasmo e visão continental permitiram a ampliação do universo da leitura dos textos académicos produzidos em todas as edições do Seminário. Uma incontestável defensora do “notável percurso do Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional”.

O Seminário Internacional Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional tem seu berço em Fortaleza, no ano de 2012, na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). A partir da V Edição ganhou espaço nas Universidades estrangeiras – Universidade de Lisboa (UL), Universidade Rovira i Vigili (URV) e Universidade do Porto (UP) – e em outras Instituições de Ensino Superior (IES) como a Unama em Belém e Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) em Belo Horizonte. É também acarinhado pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará (ESMEC), numa demonstração de que o Poder Judiciário dialoga com a pesquisa jurídica.

O Volume 9 é uma edição especial que homenageia o Chanceler da Universidade de Fortaleza, Airton Queiroz (in memoriam). Compilam os artigos



de palestrantes e autores da IX Edição, realizada, em 2016, na Universidade Rovira i Virgili, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e na Escola Superior dos Magistrados do Ceará (ESMEC), nos meses de setembro, outubro e novembro. Os anais desta edição reúnem artigos de 66 autores brasileiros e estrangeiros. A obra promove a pesquisa das áreas Ambiental (9 artigos); Constitucional (11 artigos) e Internacional (14 artigos).

O professor Jorge Miranda, presidente de Honra, renova a sua participação na Coordenação dos Anais, juntamente com as professoras Carla Amado Gomes e Susana Borràs Pentinat, coordenadoras académicas. A equipe Diálogo ACI conta ainda com a professora Bruna Souza Paula, supervisora editorial e com o professor André Leite, coordenador de comunicação. O diferencial do trabalho académico desenvolvido está na promoção da iniciação à pesquisa, diálogo entre diferentes áreas do Direito, compromisso científico e qualidade metodológica dos artigos publicados.

A contribuição de instituições como Coordenação de Apoio de Pessoal de Nível Superior (CAPES), Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT), Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Universidade Rovira i Vigili, Centro de Estudos de Direito Ambiental de Tarragona (CEDAT), Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) e da Vice-Reitoria da Pós-Graduação da Unifor foi fundamental para que o evento chegasse à sua XI Edição, em 2017.

Lisboa, 2 de outubro de 2019.

Bleine Queiroz Caúla

Coordenadora Científica

[Ir para o índice](#)

Índice

I AMBIENTAL

- 35** Uma logística sustentável para a gestão administrativa dos resíduos sólidos

Bleine Queiroz Caúla, Pauline Queirós Caúla e Talitha de Carvalho Rodrigues

- 67** Princípios ambientais e o judiciário brasileiro: precavido ou prevenido?

Beatriz Rolim Cartaxo e Hertha Urquiza Baracho

- 92** Cidade educadora e sustentável, comunicação socioambiental e consumo responsável dos alimentos

Aparecida Luzia Alzira Zuin

- 120** O STF e a racionalidade na vedação de práticas que exponham animais à crueldade

Ângela Issa Haonat, Karine Alves Gonçalves Mota e Lara Lúvia Cardoso Costa Bringel

- 144** O licenciamento ambiental como instrumento da política nacional de meio ambiente: uma análise dos retrocessos da pec nº 65/2012, no Brasil e a legislação espanhola

Karin Kässmayer e Angela Cassia Costaldello



- 167** O rompimento da barragem de fundão no contexto da crise do capitalismo e as epistemologias do sul como forma de proteção aos direitos humanos

Marina de Macêdo Carvalho e Natália de Souza Lisbôa

II CONSTITUCIONAL

- 187** Sanção de perda de mandato por infidelidade partidária e separação de poderes: questão de hermenêutica constitucional? Breves notas com fito em heidegger

Júlia Maia de Meneses Coutinho, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Newton de Menezes Albuquerque

- 220** O impacto da crise global no Brasil ante às regularizações das terras de comunidades Quilombolas

Jéssica Painkow Rosa Cavalcante, Maurides Macêdo e Leonardo Matheus Barnabé Batista

- 239** A ação civil de extinção de domínio como instrumento de luta contra os delitos de corrupção e o direito fundamental à propriedade

Regina Celli Marchesini Berardi

- 262** Os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência

Lucas Arruda Hezel e Paula Bergamasco

- 281** Recall: destituição do político através do povo

Ravi Ravier Morais Almeida e Marcelo Dias Ponte

- 300** A inclusão social promovida pela língua brasileira de sinais: reflexões à luz do ordenamento jurídico brasileiro

Tatiana Façanha Borges e Vanessa Batista Oliveira

- 326** Uma reflexão crítica quanto a responsabilidade parental e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da criança como um direito fundamental

Bruna Souza Paula e Eveline de Castro Correia

III INTERNACIONAL

- 350** A geometria da arbitragem internacional nos novos acordos comerciais da União Europeia

Lucila Vilhena

- 370** Direito Internacional e Direito Interno: a Corte Interamericana de Direitos Humanos e as leis de anistia latino-americana

Gabriela Natacha Bechara, Horácio Wanderlei Rodrigues e Felipe Pante Lemos de Campos

- 389** A Organização Mundial do Comércio e o Acordo de Facilitação do Comércio. perspectivas de sua implementação junto ao mercado econômico mundial

Rodrigo Luiz Zanethi

- 406** The environmental crisis as a mutational period, from the mental rational limits of the material growth to a new integral a-perspectival paradigm

Juan Pablo Bellene Arena



- 419** A inserção do princípio da concorrência na contratação pública: melhoria do bem-estar social e maior eficiência do Estado

Ruth M. P. Santos e Renata Nayane de Menezes

- 445** O desrespeito aos tratados internacionais sobre direitos humanos pelo Tribunal Superior do Trabalho manifestado no acórdão do processo nº 0000776-12.2011.5.04.0411

José Jackson Nunes Agostinho e Eduardo Rodrigues Brito de Sousa

- 462** Uma análise da proteção aos direitos fundamentais e do acesso à justiça trabalhista do imigrante ilegal no Brasil

Mateus Rodrigues Lins, Thiago Pessoa Colares e Vanessa Batista Oliveira

- 480** A vulnerabilidade dos refugiados ambientais e o acesso à justiça: os haitianos na Amazônia Ocidental

Aparecida Luzia Alzira Zuin, Sandra Aparecida Silvestre de Frias Torres e Arlen José Silva de Souza

- 504** Transplantes legais, organismos multilaterais e a “escola direito e desenvolvimento”: há uma política nacional de desenvolvimento econômico no Brasil?

Roberto Guilherme Leitão

- 541** A solidariedade entre os Estados: o surgimento do Estado Constitucional Cooperativo e sua relação com o Tribunal Penal Internacional

Katherinne de Macedo Maciel Mihaliuc e Sidney Soares Filho



I. AMBIENTAL

[Ir para o índice](#)



Uma logística sustentável para a gestão administrativa dos resíduos sólidos ¹

A sustainable logistics for the administrative management of solid waste

BLEINE QUEIROZ CAÚLA
PAULINE QUEIRÓS CAÚLA
TALITHA DE CARVALHO RODRIGUES

Resumo

A regulamentação dos resíduos sólidos, no Brasil, perdurou anos. A aprovação da Lei n° 12.305/2010 ocorreu no momento em que o País assumiu a responsabilidade internacional de fazer a gestão administrativa dos resíduos sólidos, condição *sine qua non* para sediar a Copa do Mundo FIFA de 2014. Este artigo discute a logística sustentável para a gestão sustentável, partindo da análise da Política Nacional de Resíduos Sólidos. O fenômeno da urbanização e a evolução da tecnologia impulsionaram o consumismo que origina uma grande quantidade diária de lixo nas cidades. As hipóteses do estudo foram investigadas através de pesquisa bibliográfica em abordagem teórico-empírica. Conclui-se que a responsabilidade compartilhada insculpida na Lei só alcançará um *status* efeti-

¹ A ordem da autoria obedeceu ao critério meramente alfabético. O artigo é uma adaptação do trabalho de conclusão do curso de Direito da aluna Talitha de Carvalho Rodrigues, no ano de 2013, na Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Todas as alterações foram pactuadas pelas autoras subscritas.

[Ir para o índice](#)

vo, mormente o empenho do Poder Público, da população, e de todos os envolvidos, na rede de consumo, de forma individual e encadeados. A sociedade ainda não compreendeu a sua importância na teia de gestão integrada de resíduos sólidos, o que revela uma ignorância dos direitos e deveres a todos destinados, que se pode, nesse contexto, nominar de *preguiça de sociabilidade*.

Palavras chave: Logística. Gestão administrativa. Resíduos sólidos. Sustentabilidade

Abstract

The regulation of solid waste in Brazil has lasted for years. The approval of Law nº 12.305/2010 came at a time when the country assumed international responsibility to do the administrative management of solid waste, sine qua non condition to host the FIFA World Cup 2014. The article discusses the sustainable logistics for sustainable management and part of the analysis of the National Solid Waste Policy. The urbanization phenomenon and the evolution of technology have boosted the consumerism that originates a large daily amount of garbage in the cities. The hypotheses of the study were investigated through bibliographic research in a theoretical-empirical approach. It is concluded that shared responsibility inscribed in the Law will only achieve effective status especially the commitment of the Public Power, of the population and of all those involved in the consumption network in an individual and chained way. Society hasn't yet understood its importance in the web of integrated solid waste management, which reveals an ignorance of the rights and duties to all destined, that we can in that context nominate of sociability laziness.

Keywords: Logistics. Administrative management. Solid waste. Sustainability.



INTRODUÇÃO

O seminário sobre a “A Política Nacional de Resíduos Sólidos- PNRS”, apresentado na disciplina de Direito Ambiental do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza – UNIFOR, no ano de 2013, que tinha como objetivo principal despertar a percepção das dificuldades dos municípios brasileiros para o enfrentamento da efetivação da Lei nº 12.305/2010 a respeito do assunto, motivou a elaboração desta pesquisa, despertando o interesse em buscar soluções para os problemas advindos do que, popularmente, se denomina: *lixo*.

O capitalismo e a evolução tecnológica aliados a um forte apelo publicitário criaram um padrão de consumo compulsivo na sociedade. No entanto, essas mudanças trazem consigo o desgaste do meio ambiente, pois, cada produto adquirido gera um tipo de resíduo que, para não prejudicar o meio ambiente, precisa de um destino final adequado, o que geralmente não ocorre. Desse modo, as discussões acerca da proteção do meio ambiente, assim como o desenvolvimento de uma consciência ambiental, levam a uma maior preocupação com a destinação dos detritos dos produtos consumidos.

A relevância do tema no cenário internacional, aliada a necessidade de minimizar os problemas advindos da destinação incorreta do lixo, levou o Congresso Nacional a aprovar uma Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), instituída pela Lei nº 12.305/2010, amparada por conceitos metajurídicos, como a logística reversa, conjunto de ações, procedimentos e meios, destinados a viabilizar a coleta e a restituição dos resíduos sólidos².

2 Ver o Art. 3º, inciso XII da Lei nº 12.305/2010.

O transplante de novos conceitos para o texto legal colima resolver os problemas resultantes da má gestão do Estado, empresas e consumidores.

Cumprе destacar que, o projeto de lei para criação da PNRS perdurou durante anos no Congresso Nacional, e só fora colocado na pauta de votação, no ano de 2010. Mesmo assim, os anos passaram e a lei padece de legitimidade social. Entrementes, os prazos para as determinações contidas em seu texto foram dilatados e seus objetivos, ainda, não foram plenamente atingidos.

Essa constatação ratifica a lacuna existente entre a elaboração da lei, por parte do Poder Legislativo, e a sua aplicabilidade pelo Poder Executivo. A falta de diálogo entre esses poderes dissemina certa insegurança jurídica e gera dúvida a respeito do papel do legislativo: se termina com a aprovação do texto legal ou se deve atentar para a eficiência da sua atividade, mediante a aplicabilidade efetiva das leis.

As hipóteses deste estudo foram investigadas através de pesquisa bibliográfica, em abordagem teórico-empírica, utilizando, abordagem quantitativa e qualitativa, voltada a aprofundar e compreender o debate sobre o assunto, mediante observações intensivas dos fenômenos sociais. Define-se como descritivo e exploratório, visto que conceitua, explica, descreve, interpreta, inova, discute e esclarece os fatos. Está dividido em cinco seções, iniciando por esta introdução. Em seguida, estende-se o suporte teórico em três capítulos: analisar a logística sustentável para a gestão nacional dos resíduos sólidos, abordando seus princípios e objetivos, instrumentos, as diretrizes aplicadas e os planos de gestão; apresentar as barreiras que obstam a efetividade da PNRS; discutir sobre a poluição originada pelos resíduos sólidos e as soluções de gestão dos mesmos. Por fim, estabelecem-se as considerações finais.



1 LOGÍSTICA SUSTENTÁVEL PARA A GESTÃO NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Desde 2004, o Ministério do Meio Ambiente dedicava-se a criar propostas que trouxessem critérios gerais compatíveis com a gestão dos resíduos sólidos. O Projeto de Lei 1991/2007 ganhou força após a escolha do Brasil, como País sede da Copa do Mundo, pela FIFA, de 2014, porque dentre os critérios exigidos para sediar o campeonato internacional, estava a gestão pública e privada dos resíduos sólidos.

Após muitas discussões acerca da matéria, somente em agosto de 2010, foi aprovada a Lei nº 12.305 (institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS), que contempla as definições, orientações e diretrizes a respeito do tema, encorajando a redução de resíduos com base na reciclagem e na instrução do consumo sustentável, tendo como objetivo maior a promoção da gestão, ambientalmente, correta dos resíduos sólidos, a fim de solucionar os problemas advindos do mau gerenciamento dos mesmos, além de inserir padrões sustentáveis de produção e consumo na sociedade.

A PNRS inicia seu texto definindo os objetos de interesse e o seu campo de aplicação. Em seus dois primeiros artigos, aduz que entra em vigor, a partir daquele momento, a Política Nacional de Resíduos sólidos, com seus devidos princípios, objetivos e instrumentos, e elenca as diretrizes atinentes à gestão integrada e ao gerenciamento de resíduos sólidos, mencionando, em destaque, os resíduos perigosos, além de apontar as responsabilidades dos geradores e do poder público, e descreve os instrumentos que poderão ser utilizados para alcançar tais objetivos colimados. Ressalta ainda, nos incisos do artigo 1º, que a lei atinge a todos os responsáveis pela geração de resíduos sólidos, sejam pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, e que a pre-

[Ir para o índice](#)

sente lei não pode ser empregada para tratar de rejeitos radioativos, pois o seu destino é regulamentado por legislação específica³.

Em seguida, a lei nº 12.305 dispõe no artigo 2º a respeito de outras leis⁴ que devem ser utilizadas para tratar das questões relativas aos resíduos sólidos, assim como, as normas estipuladas “pelos órgãos do Sistema Nacional (Sisnama), do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS), do Sistema de Atenção à Sanidade Agropecuária (Suasa) e do Sistema Nacional de Metrologia Normalização e Qualidade Industrial (Sinmetro)”. Posteriormente, traz em seu artigo 3º um rol bastante esclarecedor que abriga definições de termos utilizados na própria lei, com a finalidade de proporcionar seu melhor entendimento, explicando o significado de vocábulos como: acordo setorial, área contaminada, área órfã contaminada, ciclo de vida do produto, coleta seletiva, controle social, destinação final, ambientalmente, adequada, disposição final, ambientalmente, adequada, geradores de resíduos sólidos, reciclagem, rejeitos, logística reversa e responsabilidade compartilhada, dentre outros, todos empregados na PNRS.

A PNRS é considerada uma lei inovadora, pois traz, em seu bojo, conceitos que dão uma nova ótica à responsabilização pelo dano ambiental.

³ Ver a Lei nº 10.308/2001 que dispõe sobre a seleção de locais, a construção, o licenciamento, a operação, a fiscalização, os custos, a indenização, a responsabilidade civil e as garantias referentes aos depósitos de rejeitos radioativos.

⁴ Lei nº 11.445/2007 (estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico); Lei nº 9.974/2000 (dispõe sobre a pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências); Lei nº 9.966/2000 (Dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências).



Nela, fica instituída a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos até a destinação final dos resíduos. Esse compartilhamento entre “fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, consumidores e os titulares dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo dos resíduos sólidos” é justificado com base no conhecimento de que certos materiais não poderiam ser destinados ao processo de reciclagem, o que compreende obrigações com coleta, armazenamento, transbordo e transporte⁵.

.O sistema de logística⁶ reversa é transplantado para a PNRS, conforme o artigo 3º, inciso XII. Esse conceito revela a dinâmica da lei para a criação de uma rede em que todos terão sua parcela de responsabilidade, pelo ciclo de vida dos produtos, acionando inclusive o setor empresarial para que assuma o encargo sobre os produtos produzidos, mesmo depois de já terem sido adquiridos e utilizados pelo consumidor final. Ou seja, a implantação de programas de logística reversa evidencia que a transferência de responsabilidade tornar-se-á, cada vez menos, aceitável, pois, se a poluição causada ao meio ambiente afeta a todos, nada mais justo do que cada um ser responsável por sua parte no dever da destinação correta dos resíduos, não relegando essa incumbência somente ao consumidor final.

5 Ver o artigo 30 da Lei nº 12.305/2010. Dispõe o artigo 6º do Decreto nº 7.404/2010: “Os consumidores são obrigados, sempre que estabelecido sistema de coleta seletiva pelo plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos ou quando instituídos sistemas de logística reversa na forma do art. 15, a acondicionar adequadamente e de forma diferenciada os resíduos sólidos gerados e a disponibilizar adequadamente os resíduos sólidos reutilizáveis e recicláveis para coleta ou devolução”.

6 Termo de origem militar.

Saliente-se que, programas desse modelo, já vinham sendo implantados por algumas grandes empresas, como as que instituíram o retorno da garrafa de vidro e da bateria do aparelho celular, e que, para estimular o consumidor, no ato da entrega desse material, trocavam-no por um desconto na compra de uma nova mercadoria, do mesmo tipo.

Entretanto, além de beneficiar a saúde pública, a referida lei tem um viés social bastante presente, como fica demonstrado no Art.18, que faz menção ao incentivo e a inclusão da participação de “cooperativas ou outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, formadas por pessoas de baixa renda”. O escopo social, também, se traduz na indução à participação social, na elaboração do Plano Nacional de Resíduos Sólidos, mediante a realização de audiências e consultas públicas (Art.15, XI, §único), e também no incentivo à educação ambiental com a implantação de “programas e ações de educação ambiental que promovam a não geração, a redução, a reutilização e a reciclagem de resíduos sólidos” (Art.19, X).

Os conceitos e instrumentos aqui mencionados dão sustentação à PNRS e colimam facilitar o adimplemento das obrigações, de cada agente, de forma específica. E por serem trabalhadas em cadeia, busca unir a sociedade e o poder público em torno do cumprimento da legislação ambiental. Entretanto, nota-se que, apesar do legislador ter positivado, de forma satisfatória, as responsabilidades e seus agentes, a PNRS ainda não possui efetividade total. Isso ocorre porque, na prática, as obrigações de forma mais específica serão definidas por acordos setoriais ou decretos.

A seguir, passaremos a apresentar os mecanismos presentes na PNRS que objetivam implantar a gestão integrada dos resíduos sólidos, o padrão



sustentável de produção e consumo, dentre outras melhorias ambientais pretendidas pela política de gestão pública e privada dos resíduos.

1.1 Princípios e objetivos

Os princípios são os pilares do Direito, estejam eles positivados, ou não. Assim, com a PNRS não poderia ser diferente. Dessa forma, além dos princípios gerais que regem a Administração Pública e o Direito Ambiental, a Política Nacional de Resíduos Sólidos possui princípios específicos, como: a prevenção, a precaução, o poluidor-pagador, o protetor-recebedor, o desenvolvimento sustentável, a ecoeficiência, a cooperação, a responsabilidade compartilhada, a razoabilidade e a proporcionalidade que direcionam e embasam as suas normas, conforme dispõe o seu artigo 6º. Merece destaque o inciso II, que traz os princípios do poluidor pagador e do protetor recebedor, ressaltando que de acordo com o primeiro princípio, o poluidor estará obrigado a arcar com os custos da reparação do dano, por ele, causado ao meio ambiente.

Nesse ponto, há que se destacar dois aspectos: –o caráter preventivo, que pretende obstar o dano ambiental, e o caráter repressivo, que entra em ação mediante a ocorrência efetiva do dano, destinando-se a repará-lo⁷. Além do Princípio do Poluidor Pagador, a doutrina já analisa o Princípio do Protetor Recebedor que possibilita compensação financeira, em favor dos atores sociais pelas práticas protecionistas realizadas na defesa do meio ambiente.

7 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 92.

Outros dois princípios, em evidência, são a ecoeficiência e o desenvolvimento sustentável. Por ecoeficiência, deve-se entender o esforço empregado em fazer com que um determinado sistema produza mais e melhor, utilizando menos recursos e gerando menos resíduos. Para alcançar esse objetivo devem ser empregados alguns elementos tidos como fundamentais, são eles: a diminuição de materiais dos bens e serviços, a redução da intensidade energética de bens e serviços, a diminuição da dispersão de tóxicos, a fomentação da reciclabilidade dos materiais, a maximização e utilização sustentável dos recursos renováveis, e por fim, a extensão da durabilidade dos produtos. As formas alternativas de geração de energia são exemplos da aplicação desse princípio.

Os objetivos colimados pela Política Nacional de Resíduos Sólidos encontram-se dispostos no art.7º, da Lei nº 12.305/2010, sendo possível observar quinze metas que o legislador almeja alcançar, por meio da efetivação dessa política, quais sejam: proteção da saúde pública e da qualidade ambiental; não geração, redução, reutilização, reciclagem e tratamento dos resíduos sólidos; estímulo à adoção de padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços; adoção, desenvolvimento e aprimoramento de tecnologias limpas; redução do volume e da periculosidade dos resíduos perigosos; incentivo à indústria da reciclagem; gestão integrada de resíduos sólidos; articulação entre as diferentes esferas do poder público; capacitação técnica continuada na área de resíduos sólidos; regularidade, continuidade, funcionalidade e universalização da prestação dos serviços públicos de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos; integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis; estímulo a implementação da avaliação do ciclo de vida do produto; incentivo ao desenvolvimento de sistemas de gestão ambiental e empresarial; estímulo à rotulagem ambiental e ao consumo sustentável.

Faz-se oportuno destacar que, se forem alcançados os objetivos da



PNRS, será possível observar uma melhoria na qualidade de vida da população, na medida da “proteção da saúde pública e da qualidade ambiental”, e que a destinação correta dos resíduos sólidos proporcionará progressos, em várias esferas que atingem, significativamente, a vida do homem. Inclusive, no texto do mencionado artigo, encontram-se expressas ações que contribuem, não só para inserir e arraigar a consciência ambiental na cultura da sociedade como um todo (pessoas físicas e jurídicas, poder público), mas que também apoiam e favorecem a instituição de um modelo de “padrões sustentáveis de produção e consumo de bens e serviços” (Art. 7º, III).

Para finalizar os comentários relativos aos objetivos, merecem destaque os incisos XI e XII do mesmo dispositivo. O primeiro, por ser uma medida que tornará pública e notória o envolvimento do poder público com as questões ambientais, facilitando a educação ambiental por meio da visualização do exemplo aplicado na vida real das pessoas, e o segundo, porque faz jus ao realce, por ser uma ação de cunho social e econômico louvável, pois, a integração de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis, como facilitadores do processo de gestão ambiental adequada dos resíduos sólidos, proporcionará a inclusão social dessas pessoas, posto que agregará valor econômico ao trabalho desenvolvido pelos mesmos, e conseqüentemente contribuirá para remunerá-los e retirá-los da margem da sociedade.

1.2 Instrumentos

Os instrumentos são os meios que permitem a efetivação dos objetivos colimados na PNRS. Contudo, não se olvida que o legislador não dá a receita para o Poder Executivo prosseguir com a instrumentalização das ações, não obstante, o planejamento orçamentário financeiro envolvendo várias secretarias, como: infraestrutura, meio ambiente, educação e finanças.

[Ir para o índice](#)

A Lei nº 12.305/2010 é taxativa, no seu artigo 8º, ao elencar como instrumentos materiais e imateriais, os planos de resíduos sólidos, os inventários e o sistema declaratório anual de resíduos sólidos, a coleta seletiva, os sistemas de logística reversa, o incentivo à criação e ao desenvolvimento de cooperativas, o monitoramento e a fiscalização ambiental, sanitária e agropecuária; a cooperação técnica e financeira entre os setores público e privado para o desenvolvimento de pesquisas de novos produtos, métodos, processos e tecnologias de gestão, reciclagem, reutilização, tratamento de resíduos e disposição final, ambientalmente, adequada de rejeitos; a pesquisa científica e tecnológica, a educação ambiental, os incentivos fiscais, financeiros e creditícios; o Fundo Nacional do Meio Ambiente e o Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico; os órgãos colegiados municipais destinados ao controle social dos serviços de resíduos sólidos urbanos, e o Cadastro Nacional de Operadores de Resíduos Perigosos, dentre outros.

Dentre os diversos instrumentos previstos na lei, também, merece destaque a informação, como ferramenta capaz de efetivar a PNRS, haja vista que além de ser essencial para o desenvolvimento do conhecimento, e, por conseguinte, colaborar para o crescimento da educação da sociedade, segundo a doutrina de Machado “[...] a informação visa, também, a dar chance à pessoa informada, de tomar posição ou pronunciar-se sobre a matéria informada”⁸, nesse mesmo sentido, o autor, aduz:

A informação ambiental não tem o fim exclusivo de formar a opinião pública. Valioso formar a consciência ambiental, mas com canais próprios, administrativos judiciais, para manifestar-se. O grande destinatário da informação – o povo, em

8 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.



todos os seus segmentos, incluindo o científico não-governamental – tem o que dizer e opinar⁹.

1.3 Diretrizes aplicadas aos resíduos sólidos

As diretrizes aplicáveis aos resíduos sólidos encontram-se dispostas do Art. 9º ao Art. 13 da PNRS. Consistem em um conjunto de indicações a serem usadas para implantar a gestão integrada de resíduos sólidos, e primam pela “não geração, redução reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final, ambientalmente, adequada dos rejeitos” (Política Nacional de Resíduos Sólidos, Art. 9º). Também, há previsão expressa sobre a utilização de novas tecnologias que visem a recuperação energética, a partir dos resíduos sólidos produzidos nas cidades (Política Nacional de Resíduos Sólidos, Art.9º, §1º).

Os artigos 10, 11 e 12 delimitam, de forma taxativa, a responsabilidade de cada ente da Federação: União, Estados, Municípios e Distrito Federal. Coube aos Municípios e Distrito Federal, a gestão de resíduos sólidos produzidos em seus respectivos territórios. Já os Estados, foram responsabilizados pela promoção da integração da organização, do planejamento e da execução das funções públicas, de interesse comum, relacionadas à gestão dos resíduos sólidos, assim como, controlar e fiscalizar as atividades dos geradores sujeitas a licenciamento ambiental, pelo órgão estadual do Sisnama, e a todos os membros da Federação, de forma conjunta, competiu a organização e manutenção do Sistema Nacional de Informações sobre a Gestão dos Resíduos Sólidos (Sinir), articulado com o Sinisa e o Sinima (artigos 10, 11 e 12 da Política Nacional de Resíduos Sólidos).

9 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

Para finalizar a parte relativa as diretrizes, com o fito de facilitar a identificação dos resíduos sólidos, o legislador estabeleceu no Art.13 dois tipos de classificação para otimizar a tarefa de dar destinação correta aos resíduos sólidos, quanto a sua origem e periculosidade.

1.4 Planos

Os Planos são os projetos elaborados pelo Poder Público, em integração com os setores empresariais e a coletividade, a fim de diagnosticar as circunstâncias atuais dos resíduos sólidos, em cada localidade, propondo cenários, metas, normas, programas e medidas para viabilizar o gerenciamento conjunto e eficiente dos resíduos sólidos.

Com o fito de alcançar um planejamento sistemático adequado com a realidade de cada local, o legislador determinou que a elaboração dos planos fosse delegada aos Estados e Municípios, em consonância com o Plano Nacional de Resíduos Sólidos. Dessa forma, pode-se observar no esquema abaixo, os planos delineados no Art. 14 da lei:

- Plano Nacional de Resíduos Sólidos;
- Planos estaduais de resíduos sólidos;
- Planos microrregionais de resíduos sólidos;
- Planos de resíduos sólidos de regiões metropolitanas ou aglomerações urbanas;
- Planos intermunicipais de resíduos sólidos;
- Planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos;
- Planos de gerenciamento de resíduos sólidos.

O Plano Nacional de Resíduos Sólidos, elaborado pela União e coordenado pelo Ministério do Meio Ambiente, terá vigência de 20 (vinte)



Tabela 1: Estimativa da composição gravimétrica dos resíduos sólidos urbanos coletados no Brasil em 2008

Resíduos	Participação (%)	Quantidade (t/dia)
Material reciclável	31,9	58.527,40
Metais	2,9	5.293,50
Aço	2,3	4.213,70
Alumínio	0,6	1.079,90
Papel, papelão e tetrapak	13,1	23.997,40
Plástico total	13,5	24.847,90
Plástico filme	8,9	16.399,60
Plástico rígido	4,6	8.448,30
Vidro	2,4	4.388,60
Matéria orgânica	51,4	94.335,10
Outros	16,7	30.618,90
Total	100,0	183.481,50

Fonte: elaborado a partir de IBGE (2010b) e artigos diversos³

anos, com atualização a cada 4 (quatro) anos. A sua elaboração teve início no ano de 2011 e fora realizada, numa audiência pública, em cada região geográfica do País: Curitiba, Recife, Campo Grande, Belo Horizonte, Belém e Brasília. A estrutura do Plano Nacional de Resíduos Sólidos inicia-se com um Sumário Executivo do Diagnóstico da Situação dos Resíduos Sólidos no Brasil, capítulo este elaborado pelo IPEA – Instituto Pesquisa Econômica Aplicada, órgão vinculado a Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República.

O Plano Nacional traz, em seu capítulo 1, o diagnóstico da situação dos resíduos sólidos no Brasil. Com base no ano de 2008, depreende-se a estimativa da composição gravimétrica dos resíduos sólidos urbanos coletados no Brasil¹⁰, conforme tabela 1.

¹⁰ Disponível em: http://www.sinir.gov.br/documents/10180/12308/PNRS_Revisao_Decreto_280812.pdf/e183f0e7-5255-4544-b9fd-15fc779a3657. Acesso em: 12 out. 2017.

Planilha 1

Municípios cearenses (+ 20 mil habitantes) que não possuem Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos

Nome do município	População estimada 2013*
1 ACARAU	60.137
2 ACOPIARA	52.661
3 AQUIRAZ	76.186
4 ARACOIABA	25.988
5 ARARIPE	21.170
6 ASSARE	22.988
7 BARBALHA	57.818
8 BARRO	22.104
9 BATURITE	34.512
10 BELA CRUZ	31.804
11 BOA VIAGEM	53.608
12 CAMPOS SALES	27.030
13 CARIRIACU	26.821
14 CAUCAIA	344.936
15 CRATO	126.591
16 EUSEBIO	49.455
17 GRANJA	53.435
18 GUAIBUA	25.310
19 GUARACIABA DO NORTE	38.832
20 IBIAPINA	24.458
21 ITAPIOCA	122.220
22 JARDIM	27.067
23 JUAZEIRO DO NORTE	261.289
24 LIMOEIRO DO NORTE	57.372
25 MARANGUAPE	120.405
26 MAURITI	45.640
27 MOMBACA	43.493
28 PACATUBA	77.723
29 PARACURU	32.919
30 SAO BENEDITO	45.653
31 SENADOR POMPEU	26.656
32 TABULEIRO DO NORTE	30.018
33 TIANGUA	72.110
34 URUBURETAMA	20.768

Fonte: Elaboração própria. Adaptação da planilha do IBGE, 2013.



No intuito de forçar o cumprimento da gestão pública de resíduos sólidos, no Brasil, o legislador vinculou os estados à obrigação de elaboração de um Plano Estadual de Resíduos Sólidos (PERS), como condição para terem acesso a recursos da União destinados a empreendimentos e serviços relacionados à gestão de resíduos sólidos, como também, para serem beneficiados por incentivos ou financiamentos de entidades federais de crédito ou fomento para tal finalidade¹¹. O prazo decorria, a partir do dia 02 de agosto de 2012.

Por sua vez, o Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos (PGIRS) é condição necessária para o Distrito Federal e os municípios terem acesso aos recursos da União, destinados à limpeza urbana e ao manejo de resíduos sólidos. O PGIRS terá conteúdo simplificado nos municípios, com população total inferior a vinte mil habitantes, apurada com base nos dados do censo mais recente realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE¹². Com relação ao estado do Ceará, dados do IBGE¹³, ano referência 2013, revelam que 34 (trinta e quatro) municípios não possuem Plano de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos, nos termos estabelecidos na Política Nacional de Resíduos Sólidos.

Importante ressaltar que diversos municípios cearenses não foram inseridos na planilha 1, em razão de não possuírem ainda 20 mil

11 Ver o Art.16 da Lei nº 12.305/2010.

12 A linha de corte para elaboração do Plano Diretor Participativo é para os municípios com mais de 20 mil habitantes, conforme o artigo 182 da CF/88.

13 Com base nos dados revelados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, ano referência 2013. Disponível em: <http://www.sinir.gov.br/web/guest/2.5-planos-municipais-de-gestao-integrada-de-residuos-solidos>. Acesso em: 17 set. 2017.

habitantes (ano referência 2013). No contexto atual, de 2017, não se sabe a realidade desse quadro.

O Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos poderá ser inserido no Plano de Saneamento Básico, integrando-se com os planos de água, esgoto, drenagem urbana e resíduos sólidos, em conformidade com a Lei nº 11.445/2007. Nesse caso, será respeitado o conteúdo mínimo definido em ambos os documentos legais. Os municípios que optarem por soluções consorciadas intermunicipais, para gestão dos resíduos sólidos estão dispensados da elaboração do plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, desde que o plano intermunicipal atenda ao conteúdo mínimo previsto no art. 19 da Lei nº 12.305/2010. A Prefeitura Municipal de Fortaleza lançou em novembro de 2012 o seu Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos de Fortaleza¹⁴.

Vale ressaltar que, além de um melhor planejamento sistemático para o saneamento local, os planos têm caráter primordial no desenvolvimento de uma política social destinada à limpeza urbana e no manejo de resíduos sólidos, pois, de acordo com os artigos 16 e 18 da Lei nº 12.305/10, os planos são fatores condicionais para o acesso a recursos da União.

2 BARREIRAS QUE OBSTAM A EFETIVIDADE DA PNRS

Diante de tantas inovações e vantagens trazidas pela Lei nº 12.305/2010, resta saber por quais razões uma lei tão transformadora e

¹⁴ Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos de Fortaleza, Estado do Ceará. Disponível em: https://urbanismoemeioambiente.fortaleza.ce.gov.br/images/urbanismo-e-meio-ambiente/infocidade/plano_municipal_de_gesto_integrada_de_residuos_solidos_de_fortaleza.pdf. Acesso em: 16 set. 2017.



prestimosa, não tem surtido os efeitos práticos intentados. Primeiramente, deve-se ressaltar que ao delegar a função de elaboração dos planos ao poder público das localidades, para que as necessidades especiais de cada uma fossem abrangidas, o legislador teve suas nobres intenções destruídas, pois acabou por criar uma rede gigantesca e de difícil administração, na qual, os planos municipais ocupam a posição de maior relevância, pois, segundo as legislações estaduais, a gerência dos resíduos sólidos é remetida em último lugar aos municípios. Assim, a inexistência do plano municipal prejudica toda a cadeia de forma global.

Entretanto, o aspecto, ora mencionado, não seria um problema se houvesse a fiscalização adequada por parte da administração pública e dos cidadãos, que em última instância, poderiam mobilizar-se para fazer cumprir o seu direito ao meio ambiente, ecologicamente equilibrado, e à sadia qualidade de vida, delineados no Art. 225 da Constituição Federal de 1988. Isso ocorre porque, claramente, os indivíduos não se sentem compelidos a participar da gestão ambiental de suas cidades, o que nos remete a outro problema: a falta de incentivo à educação ambiental.

O grande vazio entre a legislação e a atuação do poder público, no que concerne às questões ambientais, foi amplamente discutido na obra de Caúla, em que se pode destacar o seguinte comentário, sobre a importância da educação ambiental:

Assentada em uma nova ética, a Educação Ambiental exerce um papel de intervenção na sociedade, atuando como um imperativo para estimular as pessoas a uma mudança comportamental nos hábitos de consumo, de maneira a prevenir novos problemas ambientais¹⁵.

15 CAÚLA, Bleine Queiroz. **A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente**. Fortaleza: Premius, 2012, p. 186.

Solidificando o entendimento quanto à importância da educação ambiental e da participação da população, na efetivação da PNRS, Pereira¹⁶ leciona “podemos educar melhor nossos filhos e vizinhos para a mudança que está por vir. Somos todos responsáveis pelos ‘três Rs’ (redução, reutilização e reciclagem) [...]”.

Com efeito, observa-se o quão prejudicial tem sido a pouca atenção relegada à educação ambiental, instrumento essencial para o surgimento da consciência ambiental nos cidadãos, a fim de que compreendam a importância da preservação ambiental, em suas vidas, e, conseqüentemente sintam-se também responsáveis e assumam seu papel como parte integrante na cadeia de gestão integrada de resíduos sólidos.

O sociólogo Zygmunt Bauman alerta para a necessidade de contenção e moderação dos apetites de consumo são pré-requisitos inegociáveis da sobrevivência social e biológica. E complementa:

[...] a probabilidade de se estabelecer um limite ao aumento do consumo, para não dizer reduzi-lo a um nível ecologicamente sustentável, parece ao mesmo tempo nebulosa e repugnante – algo que nenhuma força política “responsável” (leia-se: nenhum partido preocupado com as próximas eleições) seria capaz de incluir em sua agenda política¹⁷.

16 PEREIRA, Tatiana Cotta Gonçalves. Política Nacional de Resíduos sólidos e a definição de para onde vai o lixo: um caso de justiça ambiental. In: **XX Encontro Nacional do CONPEDI**, 2011, p. 2295.

17 BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**. Desigualdades sociais numa era global. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 104-105.



Voltando a citar a magnitude da responsabilidade do Poder Público, pode-se perceber as poucas políticas públicas existentes, no sentido da preservação ambiental, além do escasso trabalho de divulgação das mesmas. Curiosamente, em discrepância com tal realidade, observa-se uma verdadeira “correria” para maquiagem o espaço público, com vistas a demonstrar que o Brasil é um país extremamente preocupado com preservação ambiental, tudo isso para adequar-se aos padrões ambientais exigidos pelos recentes eventos esportivos, como a Copa do Mundo FIFA de 2014. A estrutura deixada, com certeza, é um legado valioso, resta saber se será mantida em funcionamento e se a população estará apta a utilizar-se dela, para dar a destinação correta ao lixo urbano, começando pelos condomínios residenciais.

Com o objetivo de aferir o conhecimento dos indivíduos sobre a preservação ambiental, e a ligação da aparição relâmpago de ações voltadas a esse fim, com os eventos esportivos trazidos para o Brasil, nos últimos anos, apresentam-se algumas barreiras que obstam a efetividade da PNRS. Embora haja a ideia de que o poder público e todos os agentes da cadeia de consumo são responsáveis pela destinação adequada do lixo, e que apesar das mudanças destinadas a mascarar o ambiente público, a fim de passar a falsa impressão de que há uma significativa campanha em prol do meio ambiente, no Brasil, a população não observou mudanças expressivas, e, principalmente, que a Educação Ambiental é instrumento fundamental para o desenvolvimento da consciência ambiental, e sim, que o incentivo à Educação Ambiental tem sido relegado a último plano.

[Ir para o índice](#)

3 A POLUIÇÃO ORIGINADA DOS RESÍDUOS SÓLIDOS

A poluição constitui um dos problemas ambientais, de maior complexidade. No ano de 1981, a Lei da Política Nacional de Meio Ambiente – PNMA (Lei nº 6.938) conceituou a poluição como: “a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades” direta ou indiretamente prejudiciais à saúde, a segurança e ao bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; atinjam a biota de forma desfavorável; alterem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; dispensem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. O mesmo texto normativo especifica que são poluidores, pessoas físicas ou jurídicas (de direito público ou privado) que desenvolva determinada atividade causadora de degradação ambiental¹⁸.

A partir do conceito de poluição trazido pela PNMA, é possível constatar que os resíduos sólidos são também responsáveis pela poluição atmosférica e visual, sem obstar, também, a poluição do solo e da água, pois, ocupam grande parte do montante de lixo produzido, diariamente, nas grandes cidades. Desde o momento de sua produção, possui natureza jurídica de poluente, e recebe essa qualificação de acordo com Fiorillo¹⁹, porque o lixo urbano é incapaz de reintegrar-se com o meio.

A pouca atenção dada a esse material talvez se deva ao fato de que não se dispersam abrangentemente na natureza, com a mesma facilidade dos agentes poluidores do ar e da água, por exemplo.

18 Ver a Lei 6.938/1981, artigo 3º, incisos III e IV.

19 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 211.



Para um melhor entendimento do presente estudo, cabe salientar a distinção entre lixo e resíduo sólido. Assim sendo, aquele engloba todos os materiais que não são mais utilizados pelo homem, como aduz Fiorillo²⁰, “é o ‘resto’, a ‘sobra’ não reaproveitada pelo próprio sistema, oriunda de uma desarmonia ecológica”, enquanto o segundo é um conceito que compreende uma gama menor de materiais, perfeitamente, elencados na definição dada pela PNRS, em seu art. 3º, XVI²¹.

Há diversos tipos de resíduos sólidos e diversas maneiras de classificá-los. Para efeito da Lei nº 12.305/2010, em seu artigo 13, estão classificados quanto à origem: resíduos domiciliares, de limpeza urbana, resíduos sólidos urbanos, resíduos de estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços, resíduos dos serviços públicos de saneamento básico, resíduos industriais, resíduos de serviços de saúde, resíduos da construção civil, resíduos agrossilvopastoris, resíduos de serviços de transportes, resíduos de mineração. Não obstante, o mesmo dispositivo ainda especifica, a separação dos resíduos quanto à periculosidade.

A gestão dos resíduos sólidos varia de acordo com a legislação específica de cada local, ou seja, não está sujeita a um regime jurídico único, o que significa dizer que o tratamento será diversificado, em cada localidade, levando-se em consideração sua composição. Curioso é atentar para

20 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 208.

21 Art. 3º XVI - resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível.

as obrigações impostas pela CF/88, aos municípios brasileiros, cujas condições orçamentárias são desniveladas. Dito de outra maneira, os municípios assumem as mesmas obrigações (saúde, educação, saneamento, gestão de resíduos-etc) sem, contudo, possuir o mesmo orçamento²². Pode-se desde já, citar alguns tipos de tratamentos aplicados aos resíduos sólidos urbanos, sem, contudo, afastar os impactos deles, resultantes.

3.1 Reciclagem

A reciclagem, talvez, seja o processo de tratamento de resíduos sólidos mais comum, pois, basicamente, consiste no reaproveitamento de um material, através da sua transformação em um novo produto, ou como melhor define a PNRS, em seu Art. 3º, XIV, seria o “processo de transformação dos resíduos sólidos, que envolve a alteração de suas propriedades físicas, físico-químicas ou biológicas, com vistas à transformação em insumos ou novos produtos [...]”.

É importante lembrar que a coleta seletiva, que nada mais é do que a separação e acondicionamento do lixo, de acordo com seu tipo específico, objetivando facilitar a sua destinação correta, é parte integrante e essencial do processo de reciclagem, haja vista que tornar-se, infinitamente, mais fácil dar a destinação final, ambientalmente, adequada ao lixo, quando se encontra separado da forma correta.

22 Sobre o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos, o artigo 19, §2º da Lei nº 12.305/2010 dispõe: “Para Municípios com menos de 20.000 (vinte mil) habitantes, o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos terá conteúdo simplificado, na forma do regulamento”. No mesmo artigo, inciso §3º, ficam restritos à regra do §2º, os municípios com áreas de especial interesse turístico; aqueles cujo território abranja Unidades de Conservação.



3.2 Deposição

A Deposição é a forma mais antiga de livrar-se do lixo urbano. O procedimento resume-se a depositar o lixo em um determinado espaço ambiental destinado para esse fim. Esse método deu origem ao que se conhece popularmente, como *lixões*. É uma técnica pouco aconselhada, pois, gera uma série de prejuízos ambientais, sanitários, econômicos e sociais. Porém, apesar de todos eles, é amplamente utilizada devido ao fato de ser, infinitamente, mais simples do que as outras, e também, porque os custos são mínimos²³.

3.3 Aterragem

Esse procedimento consiste no tratamento do lixo em aterros sanitários, que são locais, particularmente, projetados para receber o lixo, de forma a diminuir os riscos para a saúde da população²⁴. Nesse processo, os detritos são depositados num fosso no solo, previamente, impermeabilizado através da selagem com manta de PEAD (polietileno de alta densidade) e argila, para evitar a contaminação do lençol freático. Ao final do dia, a camada de resíduos é coberta com uma camada de terra, e assim segue, intercalando-se, as camadas de detritos e de terra até esgotar a capacidade máxima do aterro.

Vale ressaltar que, esse tipo de estrutura deve possuir um sistema de captação e tratamento do chorume, que é um líquido altamente poluente resultante da decomposição dos lixos, assim como, deve dispor

23 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 217.

24 Ver FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 217.

de um sistema de captação dos gases produzidos durante a deteiorização dos resíduos. Frise-se, por oportuno, que a adoção do método, em comento, é bastante criticada pela autora Tatiana Cotta Gonçalves Pereira, ao citar como prejuízo, dentre outros, o grande espaço consumido para sua instalação, afirmando que se trata de um modelo já ultrapassado, questionando, inclusive, sua adoção na PNRS²⁵.

3.4 Compostagem

A compostagem é o método através do qual os resíduos orgânicos são transformados em adubo. O procedimento ocorre em uma usina de compostagem, onde o lixo orgânico é separado do inorgânico e armazenado em um tanque, ou em pilhas, no chão, onde a matéria sofre decomposição e transforma-se em um composto que, como dito anteriormente, pode ser empregado como adubo na agricultura. O inconveniente desse método reside no fato do processo não extinguir os patógenos e parasitas. Assim, se houver material contaminado por em meio aos resíduos utilizados, o adubo restará contaminado²⁶.

3.5 Incineração

Consiste na incineração dos resíduos, em um local chamado de usina de incineração. É considerado o processo mais eficiente para acabar com o lixo, pois, reduz, significativamente, o montante de resíduos, transfor-

25 PEREIRA, Tatiana Cotta Gonçalves. Política Nacional de Resíduos sólidos e a definição de para onde vai o lixo: um caso de justiça ambiental. In: **XX Encontro Nacional do CONPEDI**, 2011, p. 2291.

26 Ver FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 217-218.



mando-os em material inerte. Apesar de, a primeira vista, ser a melhor maneira de resolver o problema da destinação do lixo, deve-se ressaltar que trata-se do processo mais dispendioso, pois, os custos para montar e manter uma usina de incineração são bastante altos, haja vista, por exemplo, que se deve seguir, religiosamente, os critérios técnicos apropriados para conter a poluição do ar²⁷.

Diante da preocupação com o meio ambiente, da difusão do conceito de sustentabilidade, e com o objetivo de implementar e direcionar a gestão correta e integrada dos resíduos sólidos, no Brasil, o estudo apresentou a possibilidade de uma logística sustentável, no seio da administração pública, compartilhada com empresas e sociedade civil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Precisamos enfrentar o fato, meus amigos, de que o amanhã já é hoje. Estamos de frente para a feroz urgência do agora. E nesse dilema da vida e da história, existe o que se chama de chegar atrasado”.

Martin Luther king Jr.

As leis ambientais têm mostrado o desafio que o século XXI imporá aos Poderes Executivo e Judiciário, pois, o sistema federativo brasileiro não encontrou uma logística para os problemas ambientais. Conflitos de

²⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.566.

competência, atores sociais dissociados do papel de protagonistas da gestão e fiscalização dos seus próprios direitos são sintomas de enfraquecimento da efetividade das leis. Os Poderes não dialogam em favor do adimplemento dos direitos garantidos, e Instituições, como o Ministério Público, Defensoria Pública e Procuradorias, de forma individualizada, cumprem seu mister sem unir forças. E, nesse dilema da história, as soluções para os problemas são obstaculizadas. A quem pertence a gestão dos resíduos sólidos? Essa pergunta não bate a porta dos cidadãos, produtores constantes de resíduos e, indubitavelmente, poluidores. Os efeitos nocivos dos danos ambientais têm, evidentemente, uma logística reversa e também inversa.

A partir da análise do direito positivo, depreende-se que a preocupação da sociedade com a preservação do meio ambiente é um desiderato, embora ele exerça influência direta na qualidade de vida de todos os seres vivos. Por outro lado, com evolução da tecnologia e dos meios de produção, a partir da Revolução Industrial, os indivíduos passaram a cultivar, de forma crescente, a cultura do “ter”, o que os levou a um padrão de consumismo crescente, que aliado a produção, cada vez maior, de materiais descartáveis, e ao processo de urbanização, resultou no aumento de lixo e resíduos nas cidades, sem que houvesse uma preparação para receber tantos descartes e dar-lhes uma destinação saudável e eficaz.

Com o objetivo de implantar a gestão integrada dos resíduos sólidos, no Brasil, foi criada, em 2010, a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), que estabeleceu a responsabilidade compartilhada, de modo encadeado e com o envolvimento direto do consumidor final, dos pro-



dutores e dos Poder Público, cuja finalidade é promover a destinação adequada aos resíduos sólidos, a sustentabilidade e o desaquecimento, por força das emissões de gases oriundos de tantos produtos.

Embora a Lei nº 12.305/2010 traga em seu texto, princípios, objetivos, diretrizes, além das responsabilidades de cada agente, na rede de gestão integrada, nota-se a baixa densidade normativa, materializada pela inefetividade da norma, por razões variadas, com destaque para a desmotivação e para uma aculturação da sociedade, arraigada pelos costumes consumeristas.

Conclui-se, assim, que a sociedade não precisa apenas de leis. O poder público deve encontrar o meio de promoção da cultura do cumprimento das obrigações, de cada agente, mas também, deve prever punições para aqueles que não cumprirem com o seu papel dentro da gestão integrada dos resíduos sólidos, a começar pelo próprio Estado que deve servir de bom exemplo, no cumprimento e respeito às normas impostas, também, a ele e não apenas ao setor privado.

A iminente urgência de políticas destinadas à preservação ambiental, aliada a uma vontade social de educação ambiental de todos os municípios, constituem os elementos determinantes para a formação de uma consciência ambiental permanente e equilibrada. No que pertine a efetivação da PNRS, importa reduzir a dois, os elementos necessários: a “gestão” e a “educação”, pois, só não existirá mudança se não se acreditar que é uma necessidade, e não um desejo ou simples alternativa.

[Ir para o índice](#)

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Danos colaterais**. Desigualdades sociais numa era global. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente - MMA**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/biodiversidade/convencao-da-diversidade-biologica/conferencia-das-partes>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Planos municipais de gestão integrada de resíduos sólidos. Disponível em: <http://www.sinir.gov.br/web/guest/2.5-planos-municipais-de-gestao-integrada-de-residuos-solidos>. Acesso em: 12 out. 2017.

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

BRASIL. **Lei nº 12.305, de 12 de agosto de 2010**. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.445, 05 de janeiro de 2007**. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nºs 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei nº 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.974, de 06 de junho de 2000**. Altera a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989, que dispõe sobre a pesquisa, a experimenta-



ção, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9974.htm. Acesso em: 19 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.966, de 28 de abril de 2000**. Dispõe sobre a prevenção, o controle e a fiscalização da poluição causada por lançamento de óleo e outras substâncias nocivas ou perigosas em águas sob jurisdição nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9966.htm. Acesso em: 19 jun. 2017.

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/L9966.htm. Acesso em: 17 set. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 7.404, de 23 de dezembro de 2010**. Regula a Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos, cria o Comitê Interministerial da Política Nacional de Resíduos Sólidos e o Comitê Orientador para a Implantação dos Sistemas de Logística Reversa, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7404.htm. Acesso em: 17 set. 2017.

CAÚLA, Bleine Queiroz. **A lacuna entre o direito e a gestão do ambiente**. Fortaleza: Premius, 2012.

Ir para o índice

CEARÁ. **Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos de Fortaleza**: relatório IV, 2012. Disponível em: https://urbanismoe-meioambiente.fortaleza.ce.gov.br/images/urbanismo-e-meio-ambiente/infocidade/plano_municipal_de_gesto_integrada_de_residuos_solidos_de_fortaleza.pdf. Acesso em: 08 ago. 2017.

COMPANHIA DE ENERGIA DO CEARÁ – COELCE. **Projeto Ecoelce**. Disponível em: <https://www.coelce.com.br/coelcesociedade/programas-e-projetos/ecoelce.aspx>. Acesso em: 19 jun. 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PEREIRA, Tatiana Cotta Gonçalves. Política Nacional de Resíduos sólidos e a definição de para onde vai o lixo: um caso de justiça ambiental. *In*: **XX Encontro Nacional do CONPEDI**. Belo Horizonte, 2011, p. 2284-2299. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XX+Encontro+Nacional+-+FUMEC+Belo+Horizonte+-+MG+\(22%2C+23%2C+24+e+25+de+junho+de+2011\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XX+Encontro+Nacional+-+FUMEC+Belo+Horizonte+-+MG+(22%2C+23%2C+24+e+25+de+junho+de+2011).pdf). Acesso em: 06 ago. 2017.

SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE A GESTÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS – SINIR. Disponível em: <http://www.sinir.gov.br/web/guest/logistica-reversa>. Acesso em: 18 set. 2017.



Princípios ambientais e o judiciário brasileiro: precavido ou prevenido?

Environmental principles and the brazilian judiciary: cautious or prevented?

HERTHA URQUIZA BARACHO

BEATRIZ ROLIM CARTAXO

Resumo

É possível haver uma harmonia entre desenvolvimento econômico e preservação ambiental. Para tanto, foram criados diversos meios jurídicos para resguardar um ambiente ecologicamente equilibrado. O presente artigo tem como objetivo central abordar os princípios ambientais da precaução e da prevenção no Judiciário, uma vez que, a degradação do meio ambiente é um fator que mostra as consequências do desenvolvimento de forma desordenada, nos vários cantos do planeta. Na maioria dos casos, a irreparabilidade devido essa degradação é imprescindível, bem como, a preocupação com a questão da prevenção e precaução que circunda o Direito Ambiental.

Palavras-chave: Prevenção. Precaução. Judiciário Brasileiro.

[Ir para o índice](#)

Abstract

It is possible to have a harmony between economic development and environmental preservation. To this end, various legal means have been created to safeguard an environmentally balanced environment. The main objective of this article is to address environmental principles of precaution and prevention and the Judiciary, since environmental degradation is a factor that shows the consequences of development in a disorderly way in the various corners of planet. In most cases, the irreparability due to such degradation is imperative, as well as the concern with the issue of prevention and precaution that surrounds Environmental Law.

Keywords: *Prevention. Precaution. The Brazilian Judiciary.*

INTRODUÇÃO

Face aos problemas ambientais enfrentados pela humanidade, em escala global, é evidente a urgência de uma mudança de paradigmas e prioridades. A evolução referente à compreensão do meio ambiente que resultou na (re) incorporação de valores ecológicos no cotidiano levou o direito a visar à sua tutela, não só em função da possibilidade do aproveitamento humano, mas também, objetivando a proteção de sua capacidade funcional ecológica.

Na doutrina pátria e internacional esse debate entre as definições e distinções entre os princípios da precaução e da prevenção é frequente. A prevenção demanda a certeza do perigo imposto por uma atividade, tendo a intenção de impossibilitar a repetição de danos já



conhecidos pela sociedade, como resultado da mesma. Por outro lado, a precaução funda-se na falibilidade científica e intenta na minimização da criação de novos riscos.

O direito ambiental enfrenta, no século XXI, novos tipos de ameaças de dimensão global e de capacidade destrutiva, sem precedentes, em que as consequências de determinadas atividades, que são caracterizadas pela imprevisibilidade e irreversibilidade, tornam inadmissível a espera pela concretização dos seus efeitos danosos. O direito ambiental questiona essas atividades, quando analisadas, adequadamente devido as suas potencialidades de risco.

A relevância deste estudo está no fato dos bens ambientais serem finitos, e que se, uma vez degradados, acredita-se que raramente poderá ser susceptível de reparação, razão pela qual se deve priorizar a inserção de instrumentos que atuem na prevenção de riscos, antes de ocorrer um dano ambiental. Essa ideia de precaução traduz uma necessária ética nas decisões, nesse contexto de incerteza. Sua aplicação é um dos sinais das transformações filosóficas e sociológicas, nas quais está inserida a sociedade atual. Apesar da compreensão de que toda atividade humana é geradora de riscos, potencialmente concretizáveis, e ter-se o risco zero como utopia, não é cabível, ainda, a aceitação dos riscos, sobre os quais, a sociedade não tiver se pronunciado.

A natureza da vertente metodológica desta pesquisa será a de abordagem qualitativa, pois, conforme Oliveira¹ é “[...] forma adequada para poder entender a relação de causa e efeito do fenômeno e con-

1 OLIVEIRA, Olga M.B. Aguiar de. **Monografia jurídica**. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

sequentemente chegar a sua verdade real”. A investigação qualitativa é caracterizada como²:

[...] fonte direta de dados no ambiente natural, constituindo-se o pesquisador no instrumento principal; é uma pesquisa descritiva, em que os investigadores, interessando-se mais pelo processo do que pelos resultados, examinam os dados de maneira indutiva e privilegiam o significado.

Sobre o método de abordagem, o dedutivo é o que se faz mais pertinente até o momento. Uma vez que se partirá de uma premissa geral, ou seja, será a análise dos princípios ambientais de forma ampla, para uma particular, verificando através das jurisprudências, nos casos específicos, se há atuação do judiciário brasileiro junto aos princípios da precaução e da prevenção. O método jurídico de interpretação será sistemático, a partir do momento em que se considera a hierarquia jurídica na elaboração das conclusões. Além disso, leituras críticas, interpretativas, analíticas e sistemáticas serão utilizadas a todo o momento, a fim de uma busca das mais variadas informações a respeito do *corpus* aqui envolvido. Quanto à sua classificação, será utilizada a técnica explicativa, a fim de aplicar os entendimentos expostos no mundo prático. Por fim, na análise bibliográfica, serão feitas consultas a diversas doutrinas, normas constitucionais, e, principalmente, às jurisprudências que versem sobre o tema.

2 BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da pesquisa**: monografia, dissertação e tese. 3. Reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.



1 DIREITO AMBIENTAL

Os tratados de direito ambiental afirmam que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo, numa perspectiva que tem como parâmetro o interesse e o bem comum, e que cabe ao Estado, determinadas prestações para a proteção e prevenção desse bem ambiental, bem como, cabe a coletividade controlar as medidas tomadas pelo poder público, relativas ao meio ambiente, colocando em prática o direito à participação, devendo, criar condutas nesse sentido, buscando junto à coletividade, solidariamente preservar hoje, o direito das gerações de amanhã³.

O Direito ambiental, também chamado Direito do meio ambiente, segundo Madrigal⁴:

Surgiu na sociedade com uma finalidade definida, um objetivo claro: tendo em vista que o ambiente encontra-se grave e permanentemente ameaçado, colocando em risco as condições de ideais de vida, tornando-se necessária uma reação, devendo o Direito imaginar e pôr em prática sistemas de prevenção e de reparação adaptados a uma melhor e mais eficaz defesa contra as agressões oriundas do desenvolvimento da sociedade moderna.

3 NOGUEIRA, Carmen Patrícia Coelho. **Desenvolvimento sustentável**: importância do meio ambiente para a qualidade de vida. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.estado.com.br>. Acesso em: 10 out. 2011.

4 MADRIGAL, Alexis. **Princípios do Direito Ambiental**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45799/principios-do-direito-ambiental>. Acesso em: 14 jan. 2016.

2 PRINCÍPIOS E O ORDAMENTO JURÍDICO

A palavra princípio tem origem no latim *principium*, que significa início, começo, origem das coisas. Inclusive, os princípios, assim como as regras, devem ser entendidos como normas, pelo fato de que ambos os termos dizem o que deve ser. O termo princípio, também, por si só, expõe a ideia de início, algo que serve de base a algum acontecimento ou evento. Assim, os princípios formam a base de todo o sistema jurídico e podem, no ordenamento jurídico brasileiro, encontrar-se expressos na própria legislação, em que será conhecido pelo intérprete apenas pelo ato de ler o texto legal, como é o caso do Princípio da Isonomia, da Legalidade, e do Devido Processo Legal.

Os princípios exercem papel fundamental no ordenamento jurídico, em face de sua posição hierárquica, e são fontes norteadoras de elaboração das regras, em que os operadores do direito se amparam para aplicar a norma mais apropriada, justa e efetiva, atendendo de forma admissível a finalidade do direito, que é uma ferramenta de pacificação social.

Tendo em vista essa base fundamental, Bulos esclarece⁵ que os princípios são norteadores indispensáveis à configuração do Estado e à determinação da sua forma de ser, influenciando os valores acolhidos pelo ordenamento jurídico, e são fundamentais, também, por constituírem a base do edifício constitucional. Tais princípios encontram-se na Constituição Federal, nos artigos 1º ao 4º. Eles são compostos de direitos inalienáveis, básicos e imprescritíveis, objetivando orientar a ação do intérprete na tomada das decisões por particulares ou por órgãos públicos, de qualquer instância. Objetivam, especialmente, proteger a

5 BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.



unidade da Constituição brasileira e, principalmente, conservar o Estado democrático de direito.

Cada princípio é criado para ser, efetivamente, observado como algo supremo, de modo que sua violação pode causar mais prejuízo do que violar a norma em si, pois será atingido um comando normativo. Vê-se, então, a elevada importância dos princípios, visto que conferem o caráter de unidade a um sistema jurídico. Portanto, cabe ao intérprete e ao aplicador da norma se valer dos métodos indispensáveis de interpretação do direito acerca desse instituto jurídico. Quando se fala em princípios, vem logo, à mente, a ideia de ponto de partida porque a palavra princípio significa aquela proposição diretora de uma ciência, a qual todo o desenvolvimento posterior dessa ciência deve estar subordinado. Assim, os princípios jurídicos são ideais centrais que proporcionam uma estruturação lógica e coerente do ordenamento jurídico.

A Constituição Federal, orientador máximo do ordenamento jurídico brasileiro, traz em sua estrutura normativa um conjunto de princípios (regras jurídicas superiores) e normas jurídicas, que por sua vez, devem se adequar a esses princípios que são o centro dos valores expressos pelo ordenamento jurídico brasileiro. Os princípios jurídicos tratam de valores éticos, políticos e jurídicos que estão consolidados na sociedade e que ascenderam à categoria de princípios constitucionais. Eles, determinam a substância dos atos que lhe são inferiores, não se destinam apenas aos legisladores, mas também, aos governantes, juízes e cidadãos, direcionando as normas jurídicas, e os comportamentos estatais e particulares.

O Direito Ambiental é uma matéria, relativamente, nova. Entretanto, independe de outras matérias, uma vez que possui princípios próprios que têm por finalidade o resguardo e a manutenção do meio ambien-

[Ir para o índice](#)

te para as gerações futuras. Fiorillo ressalta⁶ que, “o direito ambiental é uma ciência nova, porém, autônoma, pois possui os seus próprios princípios diretores, presentes no artigo 225 da Constituição Federal”. Afirma, ainda, o citado autor que os mencionados princípios constituem pedras fundamentais dos sistemas político-jurídicos dos Estados civilizados, sendo abraçados, internacionalmente, como fruto da necessidade de uma ecologia equilibrada e indicativa do caminho apropriado para o amparo ambiental, em concordância com a realidade social e com os valores culturais de cada Estado.

Antunes destaca⁷ que os princípios do Direito Ambiental não existem em si mesmo, de forma autônoma e desvinculada da ordem jurídico-constitucional; ao contrário, eles só encontram existência no interior da Ordem Constitucional, na qual devem ser interpretados em harmonia com os demais princípios da própria Lei Fundamental e, o que é muito importante, subordinados aos princípios fundamentais que regem a República Federativa Brasileira.

2.1 Princípios da prevenção e da precaução

Os princípios da prevenção e da precaução estão, intrinsecamente, ligados em função do perigo ou risco que tutelam, só se diferenciando em suas abrangências. A precaução foi estabelecida, pela primeira vez, como princípio ambiental, segundo leciona Beltrão⁸, “em uma lei da República

6 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

7 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA**. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

8 BELTRÃO, Antonio Figueiredo Guerra. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Método, 2009.



Federativa da Alemanha, em 1976, no momento em que o governo federal conduziu administradores nas atividades poluentes”. Sua concepção foi incorporada, segundo Beltrão⁹ “no projeto de lei de proteção da qualidade do ar. Ele determinava controles para diversas atividades potencialmente danosas, tais como: ruídos, vibrações e muitas outras relacionadas a limpeza atmosférica”. Na sua primeira formulação foi estabelecido que a precaução consistisse em desenvolver processos, em todos os setores da economia, que reduzissem, significativamente, as cargas ambientais, principalmente aquelas originadas por substâncias danosas.

A Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e para o Desenvolvimento, mais conhecida como Rio 92, segundo Machado¹⁰, serviu como pavimento para que o princípio da precaução fosse posteriormente introduzido no direito pátrio. Na oportunidade, foi votada por unanimidade a “Declaração do Rio de Janeiro”, com 27 princípios, entre eles, o princípio da precaução, que foi redigido como o princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro, da seguinte maneira:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios e irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

9 Ibidem.

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

Ademais, segundo Beltrão¹¹, no âmbito da legislação brasileira, o princípio da precaução foi recepcionado na Lei nº 11.105, de 24 de março 2005, que trata da Política Nacional de Biossegurança (PNB) e dispõe expressamente em seu artigo 1º:

Artigo 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

Na mesma senda, Sirvinskas¹² leciona que “a Lei nº 11.105/05 procura estabelecer normas de segurança e mecanismos de fiscalização, com observância ao princípio da precaução”. Assim, nesse contexto, o termo precaução, que segundo Alves¹³, significa “atitude adotada com o escopo de evitar a ocorrência de certo mal” foi inserido no plano internacional e, apesar de não existir um consenso quanto ao seu significado e ser, comu-

11 BELTRÃO, Antonio Figueiredo Guerra. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Método, 2009.

12 SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

13 ALVES, Wagner Antônio. **Princípios da Precaução e da Prevenção no Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.



mente, confundido com a prevenção, a precaução denota um passo adiante na evolução do direito ambiental. Sobre o tema, Beltrão refere¹⁴ que:

[...] As políticas públicas intencionadas a se opor a danos ambientais têm sofrido uma sucessão de modificações radicais ao longo do tempo. Uma primeira fase tomou a forma de remediação, o que se traduz em intervenção tardia pelas autoridades públicas. Neste estágio o dano já havia ocorrido; a única medida possível é remediar.

Nesse estágio, nota-se que não havia qualquer precaução ou prevenção em relação aos danos ambientais que um determinado empreendimento poderia causar, porque não havia qualquer estudo ou critério para o licenciamento de uma atividade. Apenas eram adotadas medidas posteriores a fim de mitigar os danos já causados. Numa segunda fase, segundo Granziera¹⁵, “há uma evolução e um tratamento diferenciado em relação a ocorrência do dano”, pois havendo uma apreciação prévia dos impactos que certo empreendimento possa causar ao meio ambiente, é possível, adotar medidas compensatórias e mitigadoras, ou até mesmo reformar o projeto em análise para garantir a sua realização, assegurando os benefícios dele decorrentes, sem causar danos ambientais.

Nessa última fase da evolução do direito ambiental, nota-se que não há apenas aplicação de simples medidas para afastar o perigo. Há a fundamental aplicação da precaução, para a abordagem de questões tão atuais e importantes, como, por exemplo, a manipulação genética.

14 BELTRÃO, Antonio Figueiredo Guerra. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Método, 2009.

15 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.

Reconhecer a existência da possibilidade da ocorrência de danos e a necessidade de sua avaliação, com base nos conhecimentos já disponíveis, é o grande desafio que está sendo feito a toda comunidade científica mundial. Dessa forma, a precaução determina que não se licencie um empreendimento ou atividade, toda vez que não se tenha certeza de que ela não causará danos ao meio ambiente.

Dessa forma, Granziera¹⁶ dispõe que o princípio da precaução “apresenta-se como suporte do direito ambiental, e que seus elementos destacam, precisamente, o que se chama de proteção ao meio ambiente, para as atuais e futuras gerações”. Sobre o tema Beltrão comenta¹⁷:

Esse princípio indica uma atuação “racional” para com os bens ambientais, com a mais cuidadosa apreensão possível dos recursos naturais, [...] que vai além das simples medidas para afastar o perigo. Na verdade, é uma precaução contra o risco, que objetiva prevenir já uma suspeição de perigo ou garantir uma suficiente margem de segurança da linha do perigo.

Assim, observa-se que, na incerteza, é mais prudente que se tome providências eficazes a fim de evitar danos futuros. O princípio da precaução não consiste em um retrocesso ao desenvolvimento ou um empecilho ao progresso, mas sim, em uma grande cautela diante das situações em que existam ameaças sérias e irreversíveis à saúde e ao meio ambiente, mesmo se não houver, ainda, uma evidência científica dos efeitos de certos produtos e substâncias no meio ambiente.

16 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.

17 BELTRÃO, Antonio Figueiredo Guerra. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Método, 2009.



Dessa forma, segundo Antunes¹⁸ pondera “constata-se que o princípio da precaução dá uma maior garantia para o meio ambiente, por meio dos indivíduos e das comunidades que serão afetadas se algo errado acontecer”. Não sendo, portanto, um atraso ao desenvolvimento econômico, mas sim, um princípio apto a lidar com situações, nas quais o meio ambiente venha a sofrer impactos negativos causados por novos produtos e tecnologias que, ainda não possuam uma acumulação histórica de informações assegurando, claramente, nível desse conhecimento em determinado tempo e quais as consequências que poderão advir da liberação desses produtos, no meio ambiente.

Assim, diante de casos que existam ameaças sérias e irreversíveis à saúde e ao meio ambiente e demandem uma ação para impedir tais ameaças, mesmo que ainda não exista prova definitiva de dano, o princípio da precaução deverá ser aplicado. Por fim, resta claro que diferentemente do princípio da prevenção, o postulado da precaução é utilizado quando se pretende impedir o início de uma atividade, enquanto não houver estudos conclusivos de que esta não causará impactos ao meio ambiente, dada a incerteza científica.

Já a prevenção, tem aplicação nas atividades em que já há estudos suficientes em que foi constatado que a execução da atividade causará significativo impacto ao meio ambiente, ou seja, os riscos da execução e da utilização já são conhecidos. No Direito Brasileiro, o princípio da prevenção surgiu com a edição da Lei nº 6.938/81, instituidora da Política Nacional do Meio Ambiente que dispõe em seu artigo 2º:

18 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA**. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

Art. 2º - A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana¹⁹.

Posteriormente, Beltrão²⁰ informa que a Convenção sobre Diversidade Biológica que se originou a partir da Eco 92 e foi promulgada na legislação brasileira, por meio do Decreto nº 2.519 de 16.03.1998, estabelece “em seu preâmbulo ser vital, prever, prevenir e combater, na origem, as causas da sensível redução ou perda da diversidade biológica”. Ainda, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, segundo Fiorillo²¹, a Constituição Federal de 1988, procurou destacar em seu artigo 225, § 1º, II, IV e V, a necessidade de preservar, não só a diversidade e a integridade do patrimônio genético, como também, estabelecer incumbência constitucional destinada ao Poder Público, no sentido de controlar as entidades que se dedicam à pesquisa e à manipulação de aludido material genético, no País, bem como, controlar também a imprescindibilidade do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA), quando houver potencial risco de degradação ao meio ambiente.

19 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucaocompilado.htm. Acesso em: 17 set. 2015.

20 BELTRÃO, Antonio Figueiredo Guerra. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Método, 2009.

21 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



Dessa forma, a partir da análise do artigo supracitado, nota-se que efetivamente começa a ocorrer uma consciência de preservação, que não deve ser apenas realizada através do Poder Público, mas também, por toda a coletividade. Passa-se, então, a haver prevenção quanto aos danos que podem ser advindos de atividades, potencialmente, causadoras de degradação ambiental.

Conforme já exposto, os termos prevenção e precaução são divergentes. Sendo assim, a doutrina jurídica do meio ambiente optou por distinguir o sentido desses vocábulos. Segundo Granziera²², “a distinção desses termos consiste em que o princípio da precaução tem um significado mais restritivo que o princípio da prevenção”. A precaução tende a não-autorização de uma atividade, se não houver certeza de que ela não causará, no futuro, um dano irreversível. Ou seja, ainda não há estudos conclusivos quanto aos impactos que a atividade poderá causar ao meio ambiente. No entanto, no que tange à prevenção, esta versa sobre a busca da compatibilização entre a atividade a ser licenciada e a preservação ambiental, mediante a imposição de condicionantes e restrições ao projeto. Ou seja, conhecidos os danos, será realizado Estudo Prévio de Impacto Ambiental, e posteriormente, será emitido o Licenciamento Ambiental pelo órgão ambiental competente. Dessa forma, ainda segundo Beltrão²³, o princípio da prevenção é:

Materializado por um estudo prévio dos impactos que um determinado empreendimento possa causar ao meio ambiente, ou seja, o reflexo mais evidente do princípio

22 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.

23 BELTRÃO, Antonio Figueiredo Guerra. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Método, 2009.

da prevenção é o EPIA, que foi fixado pela Lei nº 6938/81, como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, e posteriormente, foi elevado a norma de categoria constitucional, disposta no artigo 225, §1º, IV.

Ainda sobre o tema, Antunes dispõe²⁴:

O princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e dos quais se possa, com segurança, estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para a identificação dos impactos futuros mais prováveis. Com base no princípio da prevenção, o licenciamento ambiental e, até mesmo, os estudos de impacto ambiental podem ser realizados e são solicitados pelas autoridades públicas. Pois tanto o licenciamento ambiental quanto os estudos prévios de impacto ambiental são realizados com base em conhecimentos acumulados sobre o meio ambiente. O licenciamento ambiental, na qualidade de principal instrumento apto a prevenir danos ambientais, age de forma a evitar e, especialmente, minimizar e mitigar os danos que uma determinada atividade causaria ao meio ambiente, caso não fosse submetida ao licenciamento ambiental.

Assim, pode-se observar que os reflexos mais evidentes do princípio da prevenção são o Estudo Prévio de Impacto Ambiental e o Licenciamento Ambiental. Dessa forma, conhecidos os danos devem ser adotadas as medidas compensatórias e mitigadoras a fim de exterminar ou

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



minimizar os danos que poderão decorrer com o licenciamento de determinado empreendimento, sem os citados instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

Por fim, segundo Fiorillo²⁵, a prevenção e a preservação devem ser realizadas através de uma consciência ecológica, em que devem ser adotadas medidas de educação ambiental, a fim de que não sejam tomadas medidas para a ocorrência de danos ambientais. Na verdade, é a consciência ecológica da população que propiciará o sucesso no combate preventivo do dano ambiental. No entanto, a realidade é outra, de modo que são necessários instrumentos na realização do princípio da prevenção, tais como, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, o Licenciamento Ambiental, o manejo ecológico, o tombamento etc.

Assim, conclui-se que, com base no princípio da prevenção, o licenciamento ambiental e, até mesmo, os estudos de impacto ambiental podem ser realizados, e são solicitados pelas autoridades públicas, pois, são realizados com base em conhecimentos acumulados sobre o meio ambiente.

3 POSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO

Com o intuito de alcançar os objetivos propostos pelo Estado, é imprescindível o trabalho do julgador, a fim de colaborar para a constituição de uma sociedade voltada à satisfação dos princípios. De acordo com

25 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Pacheco²⁶, o Judiciário associa-se como membro ativo à postura do juiz, que se manifesta por meio de condutas diversas:

- (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário;
- (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição;
- (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Sobre o assunto, refere Bodnar²⁷ que a Constituição da República de 1988, no seu artigo 225, impõe ao Estado e a sociedade o dever de preservar e proteger o meio ambiente em todas as suas dimensões espaciais e temporais. O Poder Judiciário, como um dos Poderes do Estado, possuiu a papel acentuado de fazer valer esse comando constitucional e também o dever basilar de promover a defesa e a proteção do meio ambiente. Dessa forma, estará dando vida e sentido autêntico a exemplar política ambiental idealizada pelo legislador constituinte.

26 PACHECO, Pablo Viana; VIANA, Tatiana Cardoso Teixeira. O ativismo tardio e a legitimidade democrática da defesa judicial das minorias e do processo democrático. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 129, out 2014. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15314. Acesso em: 17 set. 2015.

27 BODNAR, Zenildo. **Controle jurisdicional de políticas públicas ambientais**: um desafio qualificado para o poder judiciário. 2011. Disponível em: file:///C:/Users/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/APU1WLTG/2791.pdf. Acesso em: 17 set. 2015.



De acordo com Machado²⁸, é através do posicionamento preventivo fundado na responsabilidade e no causar perigo ao meio ambiente e não somente pelos danos causados que “a responsabilidade jurídica de prevenir decorrem obrigação de fazer ou não fazer”. A Ementa do Supremo Tribunal de Justiça²⁹ – Agravo Regimental na suspensão de liminar e de sentença AgRg na SLS 1749 RN 2013/011854 consagra o princípio:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. LEGITIMIDADE. PESSOA JURÍDICA INTERESSADA. POSSIBILIDADE DE GRAVE LESÃO À ORDEM E ECONOMIA PÚBLICAS. EXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO. PEDIDO DE SUSPENSÃO DEFERIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - Consoante a legislação de regência (v.g. Lei n. 8.437 /1992 e n. 12.016 /2009) e a jurisprudência deste eg. Superior Tribunal de Justiça e do col. Pretório Excelso, será cabível o pedido de suspensão quando a decisão proferida em ação movida contra o Poder Público puder provocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. II - De acordo com exegese do art. 4º da Lei n. 8.437/1992, o Estado do Tocantins possui legitimidade para formular o excepcional pedido de suspensão nesta col. Corte Superior, pois, como localidade destinatária de gado a ser transportado sem o cumprimento da IN nº 44/2007 do MAPA, é manifesto seu interesse no deslinde da quaestio.

28 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

29 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental na suspensão de liminar e de sentença AgRg na SLS 1749 RN 2013/011854**. 2013.

Inexiste no sistema integrado de contracautela exigência de que a pessoa jurídica requerente tenha sido parte na ação originária, mas apenas que a decisão atacada possa lhe causar a grave lesão aos bens jurídicos tutelados. III - O transporte de animais do Estado do Rio Grande do Norte (área não livre de febre aftosa) para o Estado do Tocantins (área livre da referida moléstia), sem o cumprimento dos normativos aplicáveis, pode, em tese, causar a contaminação do rebanho do local de destino, o que enseja grave lesão à ordem e à economia públicas. IV- A sobrelevação dos riscos permite concluir pela aplicação do princípio da prevenção, pois o perigo de grave dano ou de lesão irreversível é passível de ocorrência em caso de contaminação. Agravo regimental desprovido.

A aplicação do Princípio da Precaução pelos tribunais brasileiros ainda é reduzida, sendo comuns decisões judiciais negando a existência de responsabilidade pelo entendimento de inexistência de comprovação do risco de lesão ou dano ao meio ambiente e à saúde. Entretanto, o princípio vem sendo utilizado para fundamentar decisões referentes a questões onde está presente a incerteza e, em algumas situações, apesar de não expressa referência ao princípio na decisão, são determinadas medidas precatórias. Ementa do Tribunal Federal³⁰ da 1ª Região consagra o princípio:

30 TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1ª Região – 29.3.2001 – Rel. Tourinho Neto – **Petição 2001.01.00.001517-0/MT** – Processo na Origem: 200036000106495 apud SILVA, Solange Teles da. Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. *In*: VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flávia Barros.



DIREITO AMBIENTAL. HIDROVIA PARAGUAI-PARANÁ. ANÁLISE INTEGRADA. NECESSIDADE DO ESTUDO DO IMPACTO AMBIENTAL EM TODA A EXTENSÃO DO RIO, E NÃO POR PARTES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.

1. O Projeto da Hidrovia Paraguai-Paraná, envolvendo realização de obras de engenharia pesada, construção de estradas de acesso aos portos e terminais, retificações das curvas dos rios, ampliação dos raios de curvatura, remoção dos afloramentos rochosos, dragagens profundas ao longo de quase 3.500 km do sistema fluvial, construção de canais, a fim de possibilitar uma navegação comercial mais intensa, como o transporte de soja, minério de ferro, madeira, etc., poderá causar grave dano à região pantaneira, com repercussões maléficas ao meio ambiente e à economia da região. É necessário, pois, que se faça um estudo desse choque ambiental em toda a extensão do Rio Paraguai até a foz do Rio Apa.
2. Aplicação do princípio que o intelectual chama da precaução, que foi elevado à categoria de regra do direito internacional, ao ser incluído na Declaração do Rio, como resultado da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – Rio/92. “Mais vale prevenir do que remediar”, diz sabiamente o povo.

Ir para o índice

Logo, considerando a indisponibilidade, a imprescritibilidade e a frequente irreversibilidade dos danos causados ao meio ambiente, impõe-se que a tutela jurisdicional ambiental atue em caráter preventivo, sob pena de transformar o direito ao meio ambiente, ecologicamente, equilibrado no direito à indenização pelo seu perecimento.

Diante do exposto, observa-se que o direito ambiental demanda modalidade de tutela preventiva, efetiva e tempestiva, com intuito de ser, apropriadamente, protegido, não podendo, pois, pensar em tutela jurisdicional do meio ambiente, sem se estudar a tutela inibitória, modalidade de tutela que, antes de qualquer coisa, preocupa-se em impedir a violação da norma. Nota-se, portanto, que no âmbito da jurisprudência brasileira, o princípio da precaução vem sendo aplicado em observância à sua obrigatoriedade, em razão do reconhecimento de sua normatividade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A dogmática ambiental reclama novos institutos, instrumentos, a criação e implantação de novas formas de responsabilidades e obrigações, devendo-se ter na gestão dos riscos uma de suas questões centrais. Ademais, o Estado, enquanto expressão de diversos setores sociais, deve vislumbrar no princípio da precaução e da prevenção instrumentos de fundamental importância para a efetivação de um de seus principais objetivos, qual seja, o resguardo da seguridade coletiva.

Não é esperada a aplicação dos princípios da precaução e da prevenção de forma indiscriminada e desprovida de critérios, mas sim, que se dê uma utilização a fim de garantir um meio ambiente equilibrado e uma sadia qualidade de vida. Destarte, urge a conscientização não só das



peças em geral, como do Poder Judiciário no sentido de que além do dever negativo de não degradar, há o dever positivo que se configura seja para impedir o dano, seja para reparar o ocorrido ou, ainda, para evitar, na medida do possível, as atividades de risco para o meio ambiente.

O Direito Ambiental interno e externo passa a orientar-se, cada vez mais, por uma atuação antecipada e cautelosa a fim de evitar a ocorrência de danos, compreendendo-se a reparação e a indenização como último recurso, uma vez que consumada a lesão ambiental, é difícil, improvável ou até impossível sua reparação, sendo essa noção a base do princípio da precaução.

REFERENCIAS

ALVES, Wagner Antônio. **Princípios da Precaução e da Prevenção no Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA**. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

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

BELTRÃO, Antonio Figueiredo Guerra. **Curso de Direito Ambiental**. São Paulo: Método, 2009.

BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da Pesquisa**: monografia, dissertação e tese. 1ª ed. – 3. Reimpr. – São Paulo: Atlas, 2007.

BODNAR, Zenildo. **Controle jurisdicional de políticas públicas ambientais**: um desafio qualificado para o poder judiciário. 2011. Disponível

[Ir para o índice](#)

em: file:///C:/Users/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/APU1WLTG/2791.pdf. Acesso em: 17 set. 2015.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 16 set. 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

MADRIGAL, Alexis. **Princípios do Direito Ambiental**. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/45799/principios-do-direito-ambiental>. Acesso em: 14 jan. 2016.

NOGUEIRA, Carmen Patrícia Coelho. **Desenvolvimento sustentável: importância do meio ambiente para a qualidade de vida**. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.estado.com.br>. Acesso em: 10 out. 2011.



OLIVEIRA, Olga M.B. Aguiar de. **Monografia jurídica**. 3. ed. Porto Alegre: Síntese, 2003.

PACHECO, Pablo Viana; VIANA, Tatiana Cardoso Teixeira. O ativismo tardio e a legitimidade democrática da defesa judicial das minorias e do processo democrático. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 129, out 2014. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15314. Acesso em: 17 set. 2015.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Agravo Regimental na suspensão de liminar e de sentença AgRg na SLS 1749 RN 2013/011854**. 2013.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 1ª Região – 29.3.2001 – Rel. Tourinho Neto – **Petição 2001.01.00.001517-0/MT** – Processo na Origem: 200036000106495 apud SILVA, Solange Teles da. Princípio da precaução: uma nova postura em face dos riscos e incertezas científicas. In: VARELLA, Marcelo Dias e PLATIAU, Ana Flávia Barros.

Cidade educadora e sustentável, comunicação socioambiental e consumo responsável de alimentos

Educating and sustainable city,
socioambiental communication and
responsible consumption of food

APARECIDA LUZIA ALZIRA ZUIN

Resumo

Este trabalho apresenta os princípios da Cidade Educadora e os eixos do Programa das Cidades Sustentáveis, conceitua Comunicação Socioambiental em defesa dos direitos à educação e à informação sobre o consumo responsável dos alimentos. Apresenta as legislações, planos e ações públicas pertinentes à Segurança Alimentar Nutricional, aponta a obesidade como doença decorrente da crise ambiental (modos de produção dos alimentos), aborda a insegurança alimentar relacionada a falta de escolarização. A relevância deste estudo se pauta no desenvolvimento urbano sustentável atrelado a produção e ao consumo adequado dos alimentos, numa perspectiva interdisciplinar do Direito com as áreas da Educação e da Comunicação. O tratamento dado a esses estudos visa compreender que dentre os obstá-

[Ir para o índice](#)



culos à efetividade das Cidades Educadoras e Sustentáveis estão: a apatia política dos cidadãos no espaço da cidade, a insegurança alimentar e a falta de conhecimento sobre o consumo de alimentos saudáveis.

Palavras-chave: Cidade Educadora. Cidades Sustentáveis. Comunicação Socioambiental. Segurança Alimentar Nutricional. Consumo.

Abstract

This work introduces the principles of Educating City and the main topics of the Sustainable Cities Program. It explains the concept of socio-ambiental communication by defending the rights to education and to information regarding the responsible consumption of food; it presents legislation, plans and public actions relevant to Nutrition and Food Security; it also points to obesity as a disease arising from the environmental crisis (food production methods); and it addresses the food insecurity related to lack of education. The relevance of the studies is explained by the sustainable urban development linked to the proper food production and consumption under the interdisciplinary viewpoint of the Law with the Education and Communication areas. These studies were approached with the objective of understanding that, among the obstacles to the efficacy of the Educating and Sustainable Cities, the following aspects are found: political apathy of the citizens within the space of the city, food insecurity and lack of knowledge regarding the consumption of healthy food.

Keywords: Educating City. Sustainable Cities. Socioambiental Communication. Nutrition and Food Security. Consumption.

Ir para o índice

INTRODUÇÃO

Seria, contraditório escrever sobre o tema Cidade Educadora e Sustentável, Comunicação Socioambiental e Consumo Responsável de Alimentos, sem antes estudar e expor a respeito do processo que desencadeou desigualdades e injustiças nas cidades, como: falta de moradia, precariedade na saúde e na educação, escassez de alimentos por falta ou alto custo, falta de infraestrutura ou inadequada, transporte público sucateado e insuficiente etc. que gerou a necessidade de se propor normas, instrumentos, diretrizes e princípios a fim de amenizar os problemas citados, que ocorrem porque os mecanismos que deveriam atender o desenvolvimento pleno das cidades, falharam.

Dessa forma, em atendimento a essa problemática urbana, cujos principais fatores dificultam as relações humanas, a produção e a distribuição dos produtos do trabalho, há que se falar em desenvolvimento sustentável e em consumo. Afinal, são em prol das relações humanas que, atualmente, se propagam os discursos sobre as dimensões preventivas para garantir: a concretização da função socioambiental das cidades, a responsabilidade civil pós-consumo, o tratamento dos resíduos sólidos, a Segurança Alimentar Nutricional, a Comunicação e a Educação Ambiental etc.

Para a concretização do modelo de Cidade Educadora e Sustentável é urgente colocar em prática direitos difusos e coletivos que afastam a negligência política e os problemas do urbanismo desenfreado. Sem colocá-los em prática, não é assegurado direitos fundamentais básicos, como: alimentação, saúde, educação de qualidade, moradia, saneamento básico, lazer, cultura. Esses direitos são considerados bens, e logo, passíveis de serem consumidos por todos os cidadãos, porque enquanto bens de



consumo de primeira necessidade, ao lado de ~~dos~~ serviços públicos de qualidade e das estruturas administrativas que os suportam, fazem parte do funcionamento da sociedade e do desenvolvimento humano.

Nessa linha, esta proposta em defesa de um modelo de Cidade Educadora e Sustentável visa contribuir com estudo do Direito, por meio da interdisciplinaridade, no sentido de interpretar os direitos básicos de consumir, pelo viés da Educação (do ideal de Paulo Freire, principalmente) e da Comunicação socioambiental, cujo cerne subjaz a participação popular no espaço da cidade, a favor de projetos sustentáveis, do direito a educação sobre a alimentação saudável, como previsto na Lei Orgânica de Segurança Alimentar e Nutricional– LOSAN (Lei n.º 11.346/2006) e em outros documentos com demais interesses de cunho democrático-participativo.

Para isso, primeiro faz-se uma breve apresentação de uma Cidade Educadora e de outra Sustentável, com o objetivo de apresentar a metodologia que as orientam¹. Na segunda parte, discorre-se sobre a comunicação socioambiental e de como esse modelo de comunicação pode ser utilizado pelas políticas públicas, em prol do direito à educação e à informação, para orientar o consumo responsável dos alimentos. Em seguida, de modo sucinto, aborda-se a Lei Orgânica de Segurança Alimentar Nutricional – LOSAN e apresenta-se alguns programas governamentais

1 The cities represented at the First International Congress of Educating Cities, held in Barcelona in 1990, collected in the initial Charter the basic principles for the educational growth of the city. They were based on the conviction that the development of its people cannot be left to chance. The Charter was revised at the Third International Congress (Bologna, 1994) and the VIII Congress (Genoa, 2004) to adapt their approaches to the new challenges and social needs. Charter of Educating Cities. Disponível em: <http://www.edcities.org/carta-de-ciudades-educadoras/>. Acesso em: 30 jan. 2016. A esse ideal referenciamos também o capítulo IV, artigos 43-45, do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001).

orientadores do tratamento da obesidade, da insegurança alimentar, da educação e informação sobre o consumo dos alimentos, e por último, o Direito à Alimentação pela perspectiva da Constituição Federal de 1988 e da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

1 OS PRINCÍPIOS DA CIDADE EDUCADORA

O movimento das Cidades Educadoras teve seus princípios descritos na Carta das Cidades Educadoras², baseados na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), na Declaração Mundial da Educação para Todos (1990), na Convenção nascida da Cimeira Mundial para a Infância (1990) e na Declaração Universal sobre Diversidade Cultural (2001)³. Referida carta-foi firmada na Declaração de Barcelona (1990)⁴ por ocasião do I Congresso Internacional de Cidades Educa-

2 Carta das Cidades Educadoras e seus princípios. Disponível em: <https://5cidade.files.wordpress.com/2008/04/cartacidadeseducadoras.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2016.

3 A esse ideal referenciamos também o capítulo IV, artigos 43-45, do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001). BRASIL. **Estatuto da Cidade**. Senado Federal Secretaria Especial de Editoração e Publicações Subsecretaria de Edições Técnicas. 3 ed. Brasília, 2008.

4 Um grupo de cidades representadas por seus governos locais levantou o objetivo comum de trabalhar juntos em projetos e atividades para melhorar a qualidade de vida dos habitantes, a partir de sua participação ativa no uso e desenvolvimento da própria cidade e de acordo com a carta aprovada de Cidades Educadoras. Mais tarde, em 1994, o movimento foi formalizado como o III Congresso da Associação Internacional de Bolonha. XIV Congresso Internacional de Cidades Educadoras será realizado de 2 a 4 de junho de 2016, na cidade de Rosário, Argentina, sob o lema “Os territórios da convivência nas cidades”, visando à construção de cidades mais justas, que estimulem a solidariedade e respeitem a diversidade, valorizando a igualdade de oportunidades e a integração social como princípios que possibilitem essa construção. Disponível em: <http://www.edcities.org/> <http://www.cidadeseducadorasbrasil.net.br/Cidade-Educadora.aspx> http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=9272-apresentacoes-rede-brasileira-cidades-educadoras-pdf. Acesso em: 30 jan. 2016.



doras, quando surgiu a ideia da criação de uma rede de contatos que pudesse contribuir para o compartilhamento de experiências positivas, em prol desse modelo de cidade.

Dentre os princípios, destaca-se:

1 - Todos os habitantes de uma cidade terão o direito de usufruir, em condições de liberdade e igualdade, dos meios e oportunidades de formação, desenvolvimento pessoal e entretenimento que a cidade oferece. Para que isso seja possível, deve ter-se em conta todas as categorias, cada uma delas com as suas necessidades particulares. Dever-se-á promover uma educação destinada a favorecer a diversidade, a compreensão, a cooperação e a paz internacional. Uma educação que permita evitar a exclusão motivada pela raça, sexo, cultura, idade, deficiência, condição econômica ou noutros tipos de discriminação⁵.

Destacam-se, também, os seguintes princípios⁶: trabalhar a escola como espaço comunitário, trabalhar a cidade como grande espaço educador, aprender na cidade, com a cidade e com as pessoas, valorizar o aprendizado vivencial e priorizar a formação de valores.

5 Associação Internacional das Cidades Educadoras. **Carta das Cidades Educadoras**. Documento na íntegra em: <https://5cidade.files.wordpress.com/2008/04/cartacidadeseducadoras.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2016.

6 AIETA, Vânia Siciliano; ZUIN, Aparecida Luzia Alzira. Princípios norteadores da Cidade Educadora. AIETA, Vânia; GARCIA, Maria; LEITE, Flávia (coord.). **Cadernos de Direito da Cidade**. Série III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 413-457.

A Associação Internacional das Cidades Educadoras (AICE)⁷, com sede em Barcelona, é o órgão/entidade responsável pelo suporte e monitoramento das Cidades Educadoras, pela adesão das novas cidades, pela divulgação das experiências, e também dá apoio e acompanha a cidade que sedia o Congresso Internacional que ocorre anualmente.

Os objetivos da AICE são: Promover o cumprimento dos princípios da Carta das Cidades Educadoras; Impulsionar colaborações e ações concretas, entre as cidades; Participar e cooperar, ativamente, em projetos e intercâmbios de experiências com grupos e instituições com interesses comuns; Aprofundar o discurso das Cidades Educadoras e promover a sua concretização; Influenciar no processo de tomada de decisões dos governos e das instituições internacionais em questões de interesse para as Cidades Educadoras; Dialogar e colaborar com diferentes organismos nacionais e internacionais, a respeito da integração da vida comunitária que diz respeito a administração local e a todo tipo de instituições e associações públicas e privadas⁸.

A Carta das Cidades Educadoras sugere que as cidades trabalhem conjuntamente, numa linha educativa, para o desenvolvimento de políticas e comportamentos que programem e estimulem a qualidade de vida dos cidadãos, o seu compromisso com o espírito de cidadania e os valores de uma democracia participativa e solidária. Atualmente,

7 Asociación Internacional de Ciudades Educadoras (AICE) es una Asociación sin ánimo de lucro, constituida como una estructura permanente de colaboración entre los gobiernos locales comprometidos con la Carta de Ciudades Educadoras, que es la hoja de ruta de las ciudades que la componen. Disponible em: <http://www.edcities.org>. Acesso em: 18 nov. 2017.

8 AIETA, Vânia Siciliano; ZUIN, Aparecida Luzia Alzira. Op. cit.



há 445 cidades espalhadas em 35 países, sendo no continente Africano, 4 países e 5 cidades; nas Américas, 12 países e 57 cidades; na Ásia, 5 países e 21 cidades e na Europa, 14 países e 362 cidades. No Brasil são 14 cidades com o título de Cidades Educadoras: Belo Horizonte, Caxias do Sul, Itapetininga, Jequié, Porto Alegre, Santiago, Santo André, Santos, São Bernardo Do Campo, São Carlos, São Paulo, São Pedro, Sorocaba e Vitória⁹.

1.1 Agregando Cidades Sustentáveis à Educadora

Outro modelo de enfrentamento dos problemas urbanos é o Programa Cidades Sustentáveis (PCS), aprovado e assumido pelos participantes da Conferência Europeia sobre Cidades Sustentáveis¹⁰, realizada em 1994, na cidade de Aalborg- Dinamarca. Os compromissos assumidos e firmados como um pacto político encontram-se registrados na Plataforma Cidades Sustentáveis, e tem como máxima o desenvolvimento sustentável e responsável, e a participação da comunidade local na tomada de decisões. Esse pacto assinado por mais de 650 municípios, principalmente europeus, preza pela economia urbana visando preservar os recursos naturais, a equidade social, o correto ordenamento do território,

9 AICE. **Mapa de las ciudades asociadas.** Membros. Disponível em: <http://www.edcities.org/mapa-de-las-ciudades-asociadas/>. Acesso em: 18 nov. 2017.

10 PROGRAMA CIDADES SUSTENTÁVEIS. O Programa Cidades Sustentáveis oferece aos gestores públicos uma agenda completa de sustentabilidade urbana, um conjunto de indicadores associados a esta agenda e um banco de práticas com casos exemplares nacionais e internacionais como referências a serem perseguidas pelos municípios. Vídeos, parceiros, apoiadores, material de divulgação, disponíveis em: http://www.cidadessustentaveis.org.br/institucional/a_plataforma. Outros textos disponíveis, consultar em: <http://www.global-goals.org/es/global-goals/sustainable-cities-and-communities/>. Vídeos, contatos, debates, programas, em: <http://www.globalgoals.org/es/global-goals/responsible-consumption/>.

a mobilidade urbana, o clima mundial e a conservação da biodiversidade, entre outros aspectos relevantes¹¹.

Na Conferência de Aalborg foram constituídos doze eixos orientadores do Programa, que são: Governança; Bens Naturais Comuns; Equidade; Justiça Social e Cultura de Paz; Gestão Local para a Sustentabilidade; Planejamento e Desenho Urbano; Cultura para a sustentabilidade; Educação para a Sustentabilidade e Qualidade de Vida; Economia Local, Dinâmica, Criativa e Sustentável; Consumo Responsável e Opções de Estilo de Vida; Melhor Mobilidade, Menos Tráfego; Ação Local para a Saúde; Do Local para o Global.

Diante das diferenças entre as realidades brasileira e a europeia, foram agregados dois novos eixos temáticos: “Educação para a Sustentabilidade e Qualidade de Vida” e “Cultura para a Sustentabilidade”¹². Em ambas as propostas, a defesa é sair da teoria para a prática, haja vista que os Princípios das Cidades Educadoras (AICE) e o Programa das Cidades Sustentáveis (PCS) reúnem vários instrumentos de democracia e cidadania que podem contribuir para os governos e a sociedade civil promoverem o desenvolvimento sustentável das cidades, por meio de um processo socioeducativo em prol da justiça social para todos os seus habitantes.

Nessa perspectiva socioeducacional, surgiu a política pública de consumo responsável dos alimentos, elaborada e difundida conforme previsto no projeto de comunicação socioambiental, levando em conta as parcerias entre as instituições privadas e públicas, órgãos públicos de controle social (Ministérios Públicos: Federal e Estadual- por exemplo),

¹¹ Cf. Agenda para a Sustentabilidade das Cidades. Programa Cidades Sustentáveis. Plataforma para informações do Programa, acesso em: http://www.cidadessustentaveis.org.br/institucional/a_plataforma. Acesso em: 18 nov. 2017.

¹² Eixos da Plataforma Cidades Sustentáveis. Disponível em: <http://www.cidades-sustentaveis.org.br/eixos>. Acesso em: 11 mar. 2016.



gestores públicos, educadores, meios de comunicação de massa e instituições de ensino e pesquisa, visando debater no espaço da cidade sobre uma crise que assola o globo que é de extrema relevância: a crise ambiental. E, decorrente dela, a Insegurança Alimentar que compreende o indivíduo não ter acesso, regular e permanente, a sua alimentação em quantidade e qualidade adequadas.

1.2 Comunicação socioambiental

O plano para a concretização da Cidade Educadora e Sustentável estabelece a obrigatoriedade de planejamento das ações do gestor municipal, os cidadãos responsáveis pela efetividade das ações programáticas do desenvolvimento urbano, e defini precisamente quais devem ser os meios e fins da sua realização.

Tem-se aqui o que se chama de rede de proteção social da cidade, cuja construção contribui para ampliar as possibilidades de desenvolvimento sustentável e participação dos sujeitos nas tomadas de decisões políticas e comunitárias.

Nessa direção, segundo ressaltou Paulo Freire¹³, “há impossibilidade de transformação do mundo sem a superação da condição de oprimido e opressor”. Essa superação não ocorrerá sem a participação de todos, no espaço social da cidade, para o enfrentamento de suas possíveis crises.

Sob essa perspectiva, o espaço social da cidade tenderia a ser o espaço onde os sujeitos poderiam construir a comunidade de comunicação, onde praticassem os ensinamentos necessários, consubstanciados

13 FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 42. ed. 2005, p. 11-13.

a um processo político-pedagógico substantivamente comunicativo-dialógico¹⁴.

Para a efetivação desse apelo sensível, Freire chama atenção dos sujeitos responsáveis pela cidade: famílias, gestores públicos, instituições, educadores e educandos (cidadãos e cidadãs) para assumirem, com lucidez, a proposta de cidadania *na* cidade e *com* a cidade, através da dialogicidade e descentralização do poder.

Gestão autocrática estimula a subordinação e inviabiliza as parcerias. Somente uma gestão democrática é coerente com a natureza de uma organização educacional que visa à participação e a um processo educativo que contribuam para o crescimento humano dos sujeitos e para a transformação da sociedade¹⁵.

Uma Cidade Educadora e Sustentável está ligada a mecanismos de ações que respeitam a comunicação, a autonomia dos cidadãos, a mediação, o meio ambiente, as diferenças e as políticas que tenham como principais objetivos a sustentabilidade da cidade e o desenvolvimento humano. Nesse modelo de cidade, os governos, as empresas e a sociedade, todos, são responsáveis com o objetivo de pautar a agenda social local, refletindo, educando e informando “sobre o consumo responsável dos alimentos, por meio de política pública de comunicação socioambiental”¹⁶.

14 ZUIN, Aparecida Luzia Alzira. **Semiótica e Política**: a educação como mediação. Curitiba: Appris, 2015, p. 27.

15 FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. A Sociedade Brasileira em Transição. 29. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 59.

16 ZUIN, Aparecida Luzia Alzira. **Cidade sustentável por meio do consumo responsável dos alimentos**: comunicação socioambiental, cultura e mercado. Programa Avançado de Cultura Contemporânea – PACC. Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ; Rio de Janeiro, 2016, p. 10.



O Ministério do Meio Ambiente (MMA) promove políticas públicas que visam à produção e ao consumo sustentáveis, difundindo a necessidade das informações adequadas para alcançar êxito. No bojo dessas ações, o MMA discute e conceitua produção sustentável:

Produção sustentável é a incorporação, ao longo de todo ciclo de vida de bens e serviços, das melhores alternativas possíveis para minimizar custos ambientais e sociais. Já o consumo sustentável pode ser definido, segundo o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), como o uso de bens e serviços que atendam às necessidades básicas, proporcionando uma melhor qualidade de vida, enquanto minimizam o uso de recursos naturais e materiais tóxicos, a geração de resíduos e a emissão de poluentes durante todo ciclo de vida do produto ou do serviço, de modo que não se coloque em risco as necessidades das futuras gerações. Está ligada a ações que respeitam o meio ambiente e a políticas que tenham como um dos principais objetivos a sustentabilidade. Todos são responsáveis pela preservação ambiental: governos, empresas e cada cidadão¹⁷.

O Plano de Ação para a Produção e Consumo Sustentáveis do MMA fomenta políticas, programas e ações promotoras no país. Para isso, está focado em seis áreas principais, a saber: Educação para o Consumo Sustentável; Varejo e Consumo Sustentável; Aumento da reciclagem; Compras Públicas Sustentáveis; Construções Sustentáveis e Agenda Ambiental

¹⁷ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Responsabilidade socioambiental**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental>. Acesso em: 10 fev. 2016.

na Administração Pública (A3P). Esse último programa incentiva a incorporação de atitudes sustentáveis na rotina dos órgãos públicos do país¹⁸.

Nessa lógica, o consumo passa a ter a mesma natureza prevista na prática da comunicação socioambiental e educacional, haja vista, que ao lado do Direito, a Educação para o consumo sustentável se torna responsável e consagra os princípios da livre exploração econômica, como determina o artigo 170 da Constituição Federal de 1988¹⁹, observados os incisos “V: defesa do consumidor; VI: defesa do meio ambiente; VII: redução das desigualdades sociais”.

Desse modo, a proposta da comunicação socioambiental, enquanto política pública trata, na realidade, de propor interpretar e/ou apreender os sentidos manifestos no direito básico de se alimentar, e mais ainda no direito de consumir os alimentos de modo saudável e responsável.

1.3 Desenvolvimento e cidadania em defesa da justiça social na cidade

Observou-se que os modelos Cidade Educadora e Cidade Sustentável vêm ao encontro da discussão sobre a justiça social e ambiental, pois ambos os projetos estão intrinsecamente relacionados as tentativas de reverter, de modo consciente, e por meio de trocas de ex-

18 O Departamento de Produção e Consumo Sustentáveis - DPCS, integrante da Secretaria de Articulação Institucional e Cidadania Ambiental - SAIC, propõe-se a construir este novo modelo com a sociedade brasileira, envolvendo todos os setores na promoção de padrões de produção e consumo mais sustentáveis. As ferramentas utilizadas serão o diálogo e a parceria, e as estratégias serão a implementação do Plano de Ação para Produção e Consumo Sustentáveis - PPCS e a realização de campanhas de conscientização do consumidor. Documento do Ministério do Meio Ambiente.

19 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Brasília, 2012, p. 107.



períências viáveis e sustentáveis, a crise urbana global que assola a sociedade contemporânea.

Nos dois projetos, a discussão recai sobre a qualidade de vida *da e na* cidade e nos direitos dos cidadãos, que para ter sentido é preciso potencializar os espaços educativos da cidade, a democratização do poder municipal e o desenvolvimento local, com base nos princípios jurídicos, éticos, estéticos, comunicacionais, econômicos etc., transparentes entre o Estado e a sociedade civil.

Para que ocorra o desenvolvimento e a participação cidadã, em defesa da justiça social, a comunicação socioambiental atrelada a educação, enquanto saberes interligados, pode possibilitar a conscientização cidadã, na tentativa de apontar alternativas para vencer as crises urbanas, como exemplos, as contradições que as envolvem, principalmente nas cidades globais: a fome de um lado e a obesidade do outro, os condomínios luxuosos de um lado e as favelas do outro, e direitos básicos como: saúde, segurança, informação, alimentação, moradia etc, sendo usufruídos por uma classe, enquanto outras são desprotegidas de todos eles.

Aqui o problema recai sobre como os gestores públicos e os habitantes da cidade reconheceriam, na prática da comunicação socioambiental, um mecanismo para o desenvolvimento e para a cidadania, em defesa da justiça social na cidade e, conseqüentemente, a favor do consumo responsável dos alimentos, porque de outro lado há outros modelos “comunicacionais” como o da mídia tradicional, cujo intento, na maioria das vezes, é manipular as informações, dar publicidade aos temas de interesses econômicos hegemônicos e pautar a sociedade com assuntos que nem sempre dizem respeito a conscientização política.

[Ir para o índice](#)

Por isso, os princípios e os eixos que orientam os dois modelos de cidades apresentados, corroboram com o projeto da comunicação socio-ambiental apontado como alternativa ao processo de orientação e/ou educação para os modos de consumo responsável, ao mesmo tempo em que conduzem ao propósito do direito ao conhecimento e/ou informação, conforme dispostos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, artigo 19²⁰ e previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que consagra os princípios da propriedade privada e da livre exploração econômica, como determina o artigo 170: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Nesse diapasão, a garantia da justiça social está fincada no que se produz, nos modos como se produz e se consome; para quem se produz e nos saberes do que se produz e se consome, com relação aos alimentos.

2 SEGURANÇA ALIMENTAR NUTRICIONAL: PRODUÇÃO E CONSUMO EM RESPEITO À SAÚDE

Apresenta-se nessa etapa, o consumo responsável dos alimentos, pela perspectiva da Lei n.º 11.346/2006²¹, mais conhecida como Lei Orgânica de

20 Cf. Declaração Universal dos Direitos dos Homens de 1948 que visa à proteção dos direitos inerentes a todos os seres humanos, dentre destes direitos encontra-se o de acesso à informação pública assegurado em seu artigo 19. Portanto, além de ser um direito essencial que cada ser humano, tem-se ainda a condição do cidadão à liberdade de procurar, receber e transmitir dados que estão relacionados com o exercício da cidadania. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Comissão dos Direitos Humanos da USP. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>. Acesso em: 13 maio 2016.

21 A Lei nº 11.346/2006 cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm. Acesso em: 18 nov. 2017.



Segurança Alimentar e Nutricional – a LOSAN. Mas, antes de se discorrer sobre produção e consumo, em respeito à saúde alimentar, tratar-se-á sobre um tema que está relacionado ao objeto em questão: a Insegurança Alimentar.

A LOSAN surgiu durante a II Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional, realizada em Olinda (PE), em março de 2004. Nessa oportunidade, criou-se o Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – CONSEA que tem caráter consultivo e de assessoria à Presidência da República, na formulação de políticas e na definição de orientações para que o país garanta o direito humano à alimentação adequada e saudável²². Essas orientações estão condizentes com o combate a insegurança alimentar e a falta de escolarização que leva a ela.

Dados divulgados no site do CONSEA sobre pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, publicada em 18 de dezembro de 2014, revelam que para o Brasil, urbano ou rural, quanto maior o nível de escolaridade dos moradores, menor é a prevalência de insegurança alimentar moderada ou grave²³.

Observa-se, com essas informações do IBGE somadas a outras do CONSEA, que a proposta do presente estudo vem ao encontro das orientações do governo federal, ou seja: é por meio dos princípios e eixos, tais como previstos nas formulações das Cidades Educadoras e Sustentáveis, com uma política pública de comunicação socioambiental e com educação de qualidade que é possível combater e/ou prevenir a insegurança alimentar:

22 CONSEA. Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/acesso-a-informacao/institucional>. Acesso em: 18 nov. 2017.

23 Idem. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/noticias/2014/dezembro/quanto-maior-a-escolaridade-menor-a-inseguranca-alimentar>. Acesso em: 18 nov. 2017.

Situações de insegurança alimentar e nutricional podem ser detectadas a partir de diferentes tipos de problemas, tais como: fome, obesidade, doenças associadas à má alimentação, consumo de alimentos de qualidade duvidosa ou prejudicial à saúde, estrutura de produção de alimentos predatória em relação ao ambiente e bens essenciais com preços abusivos e imposição de padrões alimentares que não respeitem a diversidade cultural²⁴.

Nesse sentido, a LOSAN propõe instrumentos para salvaguardar a saúde da população. Para isso, a lei direciona práticas capazes de combater a fome e a miséria²⁵, doenças originárias da má alimentação etc. O artigo 3º da Lei Orgânica determina:

Art. 3º A segurança alimentar e nutricional consiste na realização do direito de todos ao acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais, tendo como base práticas alimentares promotoras de saúde que respeitem a diversidade cultural e que sejam ambiental, cultural, econômica e socialmente sustentáveis²⁶.

24 Idem. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/noticias/2014/dezembro/quanto-maior-a-escolaridade-menor-a-inseguranca-alimentar>. Acesso em: 18 nov. 2017.

25 Vídeos sobre a SAN disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/consea/centrais-de-conteudos/videos>.

26 Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11346.htm. Acesso em: 18 nov. 2017.



Aqui é importante apontar a diferença entre Segurança Alimentar e Soberania Alimentar, a fim de que os estudos e os modos de produção e de consumo dos alimentos sejam compreendidos nesta proposta.

Soberania alimentar significa assegurar aos países o poder de decisão no que se refere à produção e ao consumo de alimentos suficientes a sua população. A Lei n.º 11.346/2006, no seu artigo 5º, confere: “A consecução do direito humano a alimentação adequada e da segurança alimentar e nutricional requer o respeito à soberania, que confere aos países a primazia de suas decisões sobre a produção e o consumo de alimentos”. No artigo 6º: “O Estado brasileiro deve empenhar-se na promoção de cooperação técnica com países estrangeiros, contribuindo assim para a realização do direito humano a alimentação adequada, no plano internacional”²⁷. A Soberania Alimentar é um tema importante, considerando os diversos regimes alimentares que esfacelaram o meio ambiente, os recursos biológicos, as fronteiras alimentícias visando os intercâmbios com as comunidades científicas e industriais, os interesses materiais das comunidades tradicionais e dos países em desenvolvimento, os métodos tradicionais da agricultura familiar e suas capacidades de atuação em prol do equilíbrio natural.

Nessa linha, adentra-se na função dos alimentos, porque cada um tem orientação específica quanto a sua natureza. Hoje em dia se fala da função dos alimentos industrializados, orgânicos, geneticamente modificados e, do mesmo modo, como essa função se manifesta nos discursos dos produtores e como são compreendidos pelos consumidores. Sobre a

²⁷ Lei nº 11.346, de 15 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11346.htm. Acesso em: 18 nov. 2017.

função do alimento é válido mencionar que o conhecimento por parte do consumidor é importante, porque é preciso que a população saiba que os modos como ela consome os alimentos e o que está consumindo, condiz com sua própria segurança alimentar, assim como seus estilos de comer influenciam no meio ambiente, na cidade e no campo, ainda que as mudanças e/ou transformações ocasionadas pelos processos de produção dos alimentos, também interfiram nos modos de vida da sociedade.

Por isso, o consumo dos alimentos é ato de comunicação e cultura, pois o ato de comer não é somente dar condições de sobrevivência aos indivíduos; o ato é transcendente, tendo em vista que a alimentação envolve outras dimensões, como o prazer e as emoções, e está inserida na hospitalidade quando envolve o compartilhamento, a sociabilidade, a convivialidade, a dádiva, e até mesmo, em algumas circunstâncias, a demonstração de *status*.

Na cultura do alimento, como atributo do desenvolvimento sustentável, tem-se a sustentabilidade da cidade que é característica daquilo que a sustenta e se mantém por seus próprios meios. Diversas são as práticas sociais que devem ser acompanhadas da característica “*sustentabilidade*”, entre elas está o consumo, que adquire tal característica quando realizado de forma racional, ao contrário do que acontece no consumismo, em que o ato de consumir é realizado para atender necessidades artificiais, criadas e não primárias.

2.1 O consumo responsável dos alimentos e a saúde na cidade

De acordo com o levantamento da Vigilância de Fatores de Risco e Proteção para Doenças Crônicas por Inquérito Telefônico (Vigitel) – do Minis-



tério do Meio Ambiente- MMA, sobre o estilo de vida (alimentação e atividades físicas) da população brasileira, em 2014 os dados informam que:

52,5% da população estão acima do peso ideal, há nove anos, segundo a pesquisa, o excesso de peso atingia 43% das pessoas – o que representa um crescimento de 9,5% no período. Também aumentou a proporção de quem tem mais de 18 anos com obesidade (17,9%), considerando obesa a pessoa com índice de massa corporal (IMC) acima de 30. O IMC de “excesso de peso” varia entre 25 e 30. Interessante conferir em outra pesquisa do MMA. No Brasil, 56,9% das pessoas com mais de 18 anos estão com excesso de peso, ou seja, têm um índice de massa corporal (IMC) igual ou maior que 25. Além disso, 20,8% das pessoas são classificadas como obesas²⁸ por terem IMC igual ou maior que 30. A obesidade é um fator de risco importante para doenças como hipertensão, diabetes e câncer.

O assunto saúde relaciona-se também, com a função socioambiental e com o desenvolvimento pleno das cidades, como previsto na Constituição Federal de 1988 e no programa da Segurança Alimentar, conforme previstos na Lei nº 11.346/2006 e nos Programas das Cidades Educadoras e Sustentáveis, conferidos acima. Em ambos os documentos se esta-

28 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. MMA. **Metade dos brasileiros está acima do peso.** No Mapa da obesidade no mundo. Organização Mundial de Saúde aponta a obesidade como um dos maiores problemas de saúde pública no mundo. A projeção é que, em 2025, cerca de 2,3 bilhões de adultos estejam com sobrepeso; e mais de 700 milhões, obesos. O número de crianças com sobrepeso e obesidade no mundo poderia chegar a 75 milhões, caso nada seja feito. Brasília: DF. Publicado em 15 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2015/04/metade-dos-brasileiros-esta-com-excesso-de-peso>. Acesso em: 12 fev. 2016.

belecem as definições, princípios, diretrizes, objetivos e composição dos sistemas norteadores para as adoções e propostas do uso responsável e eficiente dos recursos e incentivos de um padrão de produção e consumo sustentáveis, por meio do qual, o poder público com a participação da sociedade civil organizada, formulará e implementará políticas de comunicação socioambiental, planos e ações com vistas a assegurar o direito humano a alimentação adequada, em prol da sustentabilidade urbana.

Consumir alimentos é fundamental para o ser humano e para a dignidade da pessoa humana, desde que moderadamente e de modo responsável. Ao propor programas educacionais, sociocomunicacionais, culturais e mercadológicos que possam orientar a produção com vistas à sustentabilidade e ao processo de consumo alimentar com responsabilidade. Consequentemente, essas atitudes refletirão na vida humana e na cidade, não desconsiderando, do mesmo modo, a relevância da relação entre a cidade e o campo.

Nessa direção, há outro documento que nos auxilia no estudo. Trata-se do “Plano Intersetorial de Prevenção e Controle da Obesidade”²⁹ que promove o debate sobre os modos de vida, de alimentação adequada e saudável para a população brasileira. Esse documento pretende dinamizar os seguintes eixos:

29 BRASIL. Ministério da Saúde – MS. **Estratégia Intersetorial de Prevenção e Controle da Obesidade**: recomendações para Estados e Municípios. Como desdobramento do Plano Nacional de Enfrentamento das Doenças Crônicas publicado pelo Ministério da Saúde em 2011 e da Estratégia Intersetorial de Prevenção e Controle da Obesidade, o Ministério da Saúde elaborou um instrutivo para apoiar Estados, Regionais de Saúde e Municípios na organização da Linha de Cuidado de Prevenção e Tratamento do sobrepeso e Obesidade. Coordenação Geral de Alimentação e Nutrição (CGAN/DAB/SAS/MS). Disponível em: [http://dab.saude.gov.br/portaldab/noticias.php?conteudo= &cod=1890](http://dab.saude.gov.br/portaldab/noticias.php?conteudo=&cod=1890). Acesso em: 10 mar. 2016



- I. Disponibilidade e acesso a alimentos adequados e saudáveis;
- II. Ações de educação, comunicação e informação;
- III. Promoção de modos de vida saudáveis;
- IV. Vigilância Alimentar e Nutricional;
- V. Atenção integral à saúde;
- VI. Regulação e controle da qualidade e inocuidade de alimentos³⁰.

Esses eixos foram elaborados no CT 6 da CAISAN³¹- Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, juntamente com o Ministério da Educação, Ministério da Saúde, Ministério das Cidades, Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional e Organização Pan-Americana de Saúde/Organização Mundial. Além desses ministérios, foram realizadas reuniões setoriais com os Ministérios do Desenvolvimento Agrário, Ministério da Fazenda, Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB/MAPA, Ministério do Trabalho e Emprego e Ministério da Pesca.

Confere com os eixos acima, acrescidos àqueles princípios das Cidades Educadoras e os eixos das Cidades Sustentáveis que é dever ju-

30 BRASIL. Plano Intersetorial de Prevenção e Controle da Obesidade. **Promovendo Modos de Vida e alimentação adequada e saudável para a população brasileira** – PlanSAN e PPA (2012-2015). Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional – CAISAN. Segurança Alimentar e Nutricional. Brasília: DF, 2012.

31 Idem.

rídico do Estado e das instituições que procuram dar respostas aos problemas das cidades, por meios dos processos comunicativos e jurídicos, disponibilizar conteúdos que venham orientar, informar, dar a conhecer e convergir com a função socioambiental das cidades, por meio de um projeto para o desenvolvimento humano sustentável de modo democrático e participativo.

É sabido que os problemas da obesidade, desnutrição, fome e outras doenças de cunho alimentar advêm, muitas vezes, da crise ambiental promovida, muitas vezes, pelos modos de produção de alimentos que são inapropriados e/ou inadequados ao consumo saudável das pessoas, em que os consumidores desconhecem os riscos potenciais dessa crise ambiental e sua relação com a alimentação. Por outro lado, essas doenças e os modos de produção e de consumo alimentar atingem as cidades de uma forma ou de outra, haja vista, que é a cidade o lugar onde se vive, se trabalha, se trocam experiências etc.

Nesse sentido, alimentar-se corretamente para a sustentabilidade, além de favorecer o modo saudável de vida, serve para o enfrentamento das desigualdades sociais na cidade. Portanto, para o alcance da qualidade de vida na cidade, incide em formular política pública de comunicação socioambiental, na tentativa de educar e informar com o objetivo de orientar que é através do consumo responsável dos alimentos, que as cidades podem enfrentar alguns problemas, como a fome, o desperdício de alimentos, a desnutrição, ou ainda, problemas de saúde como: a obesidade, a anorexia, o diabetes, o colesterol e o câncer provocado por práticas alimentares inadequadas, dentre outros.



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os modelos de cidades, tais como previstos para uma Cidade Educadora e para uma Cidade Sustentável, servem para direcionar e/ou orientar os gestores públicos, a sociedade civil e as instituições público-privadas para a formulação de políticas e/ou projetos que visem a participação cidadã nas tomadas de decisões, principalmente, quando se tratam de políticas voltadas ao desenvolvimento da melhoria da qualidade de vida urbana.

Outro ponto que se considera importante é a elaboração de uma política pública cujo objetivo seja oferecer à sociedade educação e informação sobre o problema do consumo dos alimentos, já que, atualmente, metade da população brasileira se insere nas estatísticas dos órgãos de saúde e do meio ambiente como obesa; quando há algum tempo atrás, o problema maior era a fome, o que significa dizer que o problema está relacionado ao que se come e aos modos como se come.

A falta de educação e informação sobre o tema leva a outros problemas, como as doenças cardiovasculares, diabetes, sedentarismo etc. Por isso, a proposta que se descreve a fim de amenizar essa situação é a comunicação socioambiental, que é um modelo de comunicação voltado à educação sobre os modos de como se alimentar adequadamente, de modo responsável; como também, voltada à informação dos modos de produção dos alimentos, para quem se produz, para a função dos alimentos na cadeia produtiva e de consumo, para os mecanismos econômicos e industriais que levam a produzir alimentos inadequados ao consumo, e para a relação do consumo dos alimentos com a crise ambiental etc.

Desse modo, o consumo responsável de alimentos se volta ao desenvolvimento socioeconômico e cultural das cidades, e ao mesmo tem-

[Ir para o índice](#)

po insere o indivíduo no centro das preocupações relativas ao direito à alimentação, conforme disposto no artigo 6º da Constituição brasileira de 1988, figurado como direito social, no direito humano à alimentação adequada, contemplado no artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, na Lei n.º 11.346/2006, Orgânica de Segurança Alimentar Nutricional- LOSAN, nas resoluções, recomendações e em outros documentos do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – CONSEA, e nos planos e diretrizes dos Ministérios da Saúde, do Meio Ambiente e das Cidades, com vistas à promoção dos modos de vida e alimentação saudável e adequada à população brasileira.

REFERÊNCIAS

AICE. **Carta das Cidades Educadoras e seus princípios**. Disponível em: <http://www.edcities.org/http://www.cidadeseducadorasbrasil.net.br/Cidade-Educadora.aspx>. Acesso em: 30 jan. 2017.

AIETA, Vânia Siciliano; ZUIN, Aparecida Luzia Alzira. Princípios norteadores da Cidade Educadora. *In*: AIETA, Vânia Siciliano; GARCIA, Maria; LEITE, Flávia (coord.). **Cadernos de Direito da Cidade**. Série III. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 413-457.

BRASIL Ministério do Meio Ambiente. **Responsabilidade-socioambiental/producao-e-consumo-sustentável**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/>. Acesso em: 10 ago. 2017.

BRASIL. CONSEA. **Quanto maior o nível de escolaridade dos moradores, menor é a prevalência de insegurança alimentar**. Disponível em:



<http://www4.planalto.gov.br/consea/comunicacao/noticias/2014/quanto-maior-a-escolaridade-menor-a-inseguranca-alimentar>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocom-pilado.htm. Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. **Lei n.º 11.346, de 15 de setembro de 2006**. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11346.htm. Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. **Lei 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 18 nov. 2017.

BRASIL. Ministério da Saúde – MS. **Estratégia Intersetorial de Prevenção e Controle da Obesidade**: recomendações para Estados e Municípios. Plano Nacional de Enfrentamento das Doenças Crônicas. Estratégia Intersetorial de Prevenção e Controle da Obesidade. Linha de Cuidado de Prevenção e Tratamento do sobrepeso e Obesidade. Coordenação Geral de Alimentação e Nutrição (CGAN/DAB/SAS/MS). Disponível em: http://dab.saude.gov.br/portaldab/noticias.php?conteudo=_&cod=1890. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. MMA. **Metade dos brasileiros está acima do peso**. Brasília: DF. Publicado em 15 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/saude/2015/04/metade-dos-brasileiros-esta-com-excesso-de-peso>. Acesso em: 12 fev. 2016.

Ir para o índice

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Responsabilidade socioambiental**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BRASIL. Plano Intersetorial de Prevenção e Controle da Obesidade. **Promovendo Modos de Vida e alimentação adequada e saudável para a população brasileira** – PlanSAN e PPA (2012-2015). Câmara Interministerial de Segurança Alimentar e Nutricional – CAISAN. Segurança Alimentar e Nutricional. Brasília: DF, 2012.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Comissão dos Direitos Humanos da USP. Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. Disponível em: [http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaracao%20Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html](http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaracao%20Universal-dos-Direitos-Humanos/). Acesso em: 13 maio 2016.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. A Sociedade Brasileira em Transição. 29. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 42. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

GLOBALGOAL. **For Sustainable Development**. Cidades e Comunidades Sustentáveis. Produtora GettyImages. Disponível em: <http://www.globalgoals.org/es/global-goals/responsible-consumption/>. Acesso em: 28 dez. 2017.

PROGRAMA CIDADES SUSTENTÁVEIS. **Agenda completa de sustentabilidade urbana**. Disponível em: <http://www.globalgoals.org/es/global-goals/sustainable-cities-and-communities/>. Acesso em: 28 dez. 2017.



PROGRAMA CIDADES SUSTENTÁVEIS. **Agenda para a Sustentabilidade das Cidades**. Disponível em: http://www.cidadessustentaveis.org.br/institucional/a_plataforma. Acesso em: 18 nov. 2017.

ZUIN, Aparecida Luzia Alzira. **Cidade sustentável por meio do consumo responsável dos alimentos**: comunicação socioambiental, cultura e mercado. Programa Avançado de Cultura Contemporânea – PACC. Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ; Rio de Janeiro, 2016.

ZUIN, Aparecida Luzia Alzira. **Semiótica e Política**: a educação como mediação. Curitiba: Appris, 2015.

O STF e a racionalidade na vedação de práticas que exponham animais à crueldade

STF and rationality in the sealing of practices that expose animals to cruelty

ÂNGELA ISSA HAONAT
KARINE ALVES GONÇALVES MOTA
LARA LÍVIA CARDOSO COSTA BRINGEL

Resumo

O estudo objetivou ampliar os conhecimentos de forma crítica, acerca da racionalidade do Supremo Tribunal Federal-STF ao vedar a prática de atividades que exponham animais à crueldade. A análise foi limitada a quatro decisões apresentadas ao longo do desenvolvimento deste trabalho, buscando identificar a relevância das decisões da suprema corte brasileira frente ao cenário contemporâneo, porque vem sendo reincidente a colisão entre direitos fundamentais, que em tese, não hierárquicos. Para tanto, foi utilizado o método Dedutivo, utilizando-se de conceitos gerais de animal, meio ambiente e fauna, entre outros. Buscou-se entender a atuação do Poder Judiciário para solucionar o conflito entre o direito animal, e a atividade cultural e desportiva. Como metodologia foi utili-



zada a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, sendo analisadas decisões reais para apresentar uma contribuição relevante e significativa quanto à prevalência de direitos fundamentais. De início, apresentou-se uma breve contextualização do que é meio ambiente, cultura e fauna, bem como, a interligação entre as mesmas. Demonstrou-se, também, a falta de clareza no que tange ao conceito de animais, bem como, em relação à crueldade praticada com eles. Em seguida, houve uma breve análise a título exemplificativo sobre a farra do boi, briga de galo e vaquejada. Por fim, foi realizada uma análise das ementas dos arestos das ADI 1.856/RJ, ADI 3.776-5/RN e ADI 2.514/SC, buscando expor de forma contributiva, que o *status* do animal frente ao ordenamento jurídico pátrio vem evoluindo, ao ponto de atribuir-lhe direitos inerentes a uma personalidade.

Palavras-chave: Animais. Crueldade. Meio Ambiente. Racionalidade. STF.

Abstract

The study aimed at increasing knowledge in a critical way about the rationality of the Federal Supreme Court-FSC by prohibiting the practice of activities that expose animals to cruelty. The analysis was limited to the four decisions presented during the development of this one, seeking to identify the relevance of the decisions of the Brazilian supreme court against the contemporary scenario, where the collision between fundamental rights has been recurring, these rights, in thesis, non hierarchical. For that, the Deductive was used as method, where of general concepts of animal, environment, fauna, among others; We sought to understand the role of the Judiciary to resolve the conflict between animal law and cultural and sporting activity. As methodology was used bibliographical and jurisprudential research, where real decisions were analyzed to present a relevant and significant contribution to the prevalence of fundamental

[Ir para o índice](#)

rights. At the outset, a brief contextualization of what was to be environment, culture and fauna was presented, as well as the interconnection between them. There has also been a lack of clarity regarding the concept of animals, as well as the cruelty to animals. Then there was a brief analysis as an example on the boozing of the ox, cockfight and vaquejada. Finally, an analysis was made of the reports of ADI 1,856 / RJ, ADI 3,776-5 / RN and ADI 2,514 / SC, aiming to contribute in a contributory way that the status of the animal in relation to the legal order of the country has evolved to the point of Attribute to him inherent personality rights.

Keywords: *Animals. Cruelty. Environment. Rationality. FSC.*

INTRODUÇÃO

O trabalho tem como objetivo expor como algumas decisões judiciais, tomadas pelo Supremo Tribunal Federal-STF, foram consideradas relevantes, para nossa realidade, quando buscava alcançar uma regra jurídica atualizada e aplicável ao um caso concreto, de maneira que pudesse solucionar um conflito de interesses, como também, servir de parâmetro para casos semelhantes¹.

Para tanto, a temática ficou limitada a análise de quatro julgamentos que envolviam a Farra do Boi (RE 153.531-8 SC) e a Briga de Galos (ADI

1 O artigo foi elaborado em 2016, anteriormente a inserção do §7º do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: §7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 96, de 2017).



1.856/RJ, ADI 2.514/SC e ADI 3.776/RN), por serem casos práticos em que haviam animais expostos a crueldade, conforme análise da minuta do voto vista do Ministro Luis Roberto Barroso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade- ADI nº 4.983, objeto de análise futura.

O método utilizado será o dedutivo, na medida em que se partirá de premissas gerais, analisando a exploração econômica do animal, como um todo, para se alcançar uma premissa específica, em que se buscará identificar, de forma clara, se existe crueldade significativa, ao ponto de proibir atividades consideradas relevantes, como por exemplo, a vaquejada. A metodologia será bibliográfica e jurisprudencial, uma vez que serão analisados posicionamentos doutrinários e decisões de tribunais, no que tange a matéria em tela, alcançando assim, sua atual posição no cenário brasileiro.

A temática demonstra relevância, principalmente pelo fato de haver um conflito entre direitos considerados fundamentais, devendo então, ficar a cargo de um posicionamento jurisprudencial identificar qual decisão deve prevalecer: o animal, permanece na seara de coisa, semovente, prevalecendo a vaquejada como atividade desportiva e cultural ou se coloca o animal como sujeito de direito, nas relações jurídicas e sociais, atribuindo ao mesmo direitos personalíssimos.

1 MEIO AMBIENTE, CULTURA E FAUNA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Antes de adentrar no tema propriamente dito, se faz indispensável realizar uma breve contextualização histórica de meio ambiente, cultura e fauna, e como caminharam, ao longo dos anos, em conexão.

[Ir para o índice](#)

Para Leff², a percepção da crise ecológica fez o ambiente emergir “como um saber reintegrador da diversidade, de novos valores éticos, estéticos, e dos potenciais sinérgicos gerados pela articulação de processos ecológicos, tecnológicos e culturais”. Sob esse prisma, fica claro que proteger o meio ambiente significa, ao mesmo tempo, romper com uma lógica desenvolvimentista voltada, unicamente, para a lógica econômica que mantém o homem no centro do sistema, e perceber que a Constituição, como ensina Benjamin, “desenhou um regime de direitos de filiação antropocêntrica temporalmente mitigada [...] atrelado, [...], a um feixe de obrigações com beneficiários que vão além, muito além, da reduzida esfera daquilo que se chama de humanidade”³.

Com efeito, Lafer⁴, aponta que os direitos de terceira e quarta geração, entre os quais está inserido o meio ambiente, têm como titulares, “não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como: a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade”. Estaria o direito dos animais imerso na tutela do meio ambiente ou é possível atribuir-lhe um *status* de ramo de direito autônomo? Realizando essa reflexão, é possível visualizar um início de autonomia do direito do animal, diante do conceito de meio ambiente, e exigir do poder público, uma atuação mais efetiva e protecionista com os animais, ao longo dos anos.

2 LEFF, Enrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis-RJ: Vozes, 2001, p. 17.

3 BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e a ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 130.

4 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 6 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 131.



Para Gomes, “as Constituições vêm consagrando ao animal níveis de protecção crescente”⁵, citando como exemplo, as Constituições espanhola e italiana (as quais destinam, aos animais, uma protecção reflexa), em que, embora existam avanços para descoisificar os animais, há uma certa resistência para tanto. Desse modo, a autora considera que o mais acertado seria a imposição, ao Homem, de deveres para com os animais⁶.

De outro lado, como efeitos do que se pretende analisar na órbita do presente trabalho, não se pode desconsiderar que o artigo 215, §1º da Constituição da República brasileira determina que: “O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. Ao passo que o §1º do artigo 225, oferece instrumentos que garantem a todos a efetividade do direito a um meio ambiente sadio e equilibrado, como requisito primordial para um mínimo existencial.

O legislador constituinte mencionou, expressamente, a protecção à cultura popular, indígena e afro-brasileira, ao contrário do previsto no caput do artigo 225 em que não define de forma precisa quem são os titulares da protecção. Se cultura, na expressão de Reale “é o cabedal de bens objetivados pelo espírito humano, na realização de seus fins específicos” e “[o] direito marca e reflete essas tendências ou inclinações fundamentais do espírito, na tutela e na realização de valores”⁷. Logo, a protecção do meio ambiente ganha ressignificações como reconhecer

5 GOMES, Carla Amado. Direito dos animais: um ramo emergente? In: GOMES, Carla Amado; DUARTE, Maria Luísa (coord.). **Animais: Deveres e direitos**. Conferência promovida pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito: Universidade de Lisboa, maio 2015, p. 53-55.

6 Direito dos animais: um ramo emergente? In: GOMES, Carla Amado; DUARTE, Maria Luísa (coord.). **Animais: Deveres e direitos**. Conferência promovida pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito: Universidade de Lisboa, maio 2015, p. 48-67.

7 REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 217.

uma realidade aos animais, dando-lhes a qualidade de seres com a capacidade de sentir e pensar.

Nesse sentido, Leff⁸ assevera a necessidade da construção de um conceito de ambiente que represente “uma nova visão do desenvolvimento humano, que reintegra os valores potencialidades/potenciais da natureza, as externalidades sociais, os saberes subjugados e a complexidade do mundo, negados pela racionalidade mecanicista”. Este é, porém, a par do direito instituído, um desafio para a sociedade, considerando que a relação do homem com a natureza, como ressaltam Caúla e Arrais⁹, remonta à história da humanidade, e que se observa que nessa relação, o homem, apesar das mudanças paradigmáticas, sempre insistiu em manter uma posição de domínio sobre o meio ambiente.

A conexão entre o meio ambiente e a proteção animal fica evidente, na medida em que são identificados múltiplos aspectos que compreendem o meio ambiente, como por exemplo, o natural e o industrial, dentre outros. Reconhecendo essa conexão, não obstante o estágio de desenvolvimento da sociedade, algumas práticas cruéis com animais subsistem na atualidade, e a realidade da qual o Direito tem se ocupado consiste exatamente na desafiadora tarefa de entregar uma prestação jurisdicional justa quando acionado, tendo como principal escopo a preservação de patrimônios ambientais sociais que ultrapassam a condição humana.

Ponderando que os direitos a cultura e ao meio ambiente e, por consequência a proteção da fauna, estão abrigados igualmente na Constitui-

8 LEFF, Enrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. Petrópolis-RJ: Vozes, 2001, p. 17.

9 CAÚLA, Bleine Queiroz; ARRAIS, Aline Frota Parente. O direito à moradia sustentável: um estudo na perspectiva dos agentes sociais em Fortaleza. In: **XXII Encontro Nacional do CONPEDI**, Curitiba, 2013, p. 92-110. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=16437d40c29a1a7b>. Acesso em: 18 nov. 2017.



ção Federal e, que não há hierarquia entre as normas constitucionais, a aparente colisão entre essas normas exige do Poder Judiciário uma manifestação coerente e justa, buscando sempre a pacificação social.

2 A INDETERMINAÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE CRUELDADE DOS ANIMAIS

Falta definir, claramente, por parte dos operadores do direito e da própria legislação, um conceito do que é um animal, qual sua importância nas relações intersubjetivas, bem como, o que deve ser considerado crueldade, para com o mesmo.

Segundo Moreira¹⁰, atualmente é inquestionável a sciência dos animais, alertando que se esse status encontra-se estabelecido em relação às espécies abrangidas na Declaração de Cambridge de 2012, porém, não se pode desconsiderar que se trata de um conceito aberto e dependente dos avanços científicos, uma vez que não determina limites diferenciadores claros entre os animais racionais e irracionais. Embora, a autora reporte-se no seu trabalho a realidade portuguesa, não se pode deixar de considerar que essa afirmação tem caráter universal, independentemente da legislação interna de cada país.

Como alerta, Silva¹¹ informa que no Brasil, já se ultrapassou o critério de apenas legislar sobre caça e pesca, citando que o artigo 225,

10 MOREIRA, Alexandra Reis. Perspectivas quanto à aplicação da nova legislação. In: **Animais**: Deveres e direitos. Coordenadoras: Carla Amado Gomes e Maria Luísa Duarte. Conferência promovida pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito: Universidade de Lisboa, maio 2015, p. 154.

11 SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 845.

§1º, VII, incluiu entre os “meios de assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente equilibrado, a proteção da fauna”. Porém, é de conhecimento público que a exploração da fauna acontece muitas vezes com a exploração animal. Por isso, o que deve ser oferecido à sociedade são mecanismos legislativos e fiscalizatórios que não permitam a exploração exacerbada desses animais.

Milaré¹², no mesmo sentido, acrescenta que a Constituição reconheceu aos animais, sem qualquer distinção, sejam eles silvestres ou domésticos, o *status* de “seres vivos dignos de respeito, contra qualquer molestação ou violência à sua integridade física”. Para o autor, o acobertamento de “perversidades ou violências sob um manto antropocentrista, sustentado sobre valor cultural ou recreativo que possa representar determinada atividade humana em relação aos animais”, só podem ser consideradas como equívocos.

Nessa seara, Ayala¹³, a partir do disposto na Constituição da República, afirma que “a proibição de crueldade permite justificar a adoção de medidas de proteção, independentemente, da demonstração objetiva de suplício ou sofrimento físico ou psíquico que tenha sido infligido ao animal”, bastando, segundo ele, “a afirmação do estado de reprovação e censura da prática”. Com efeito, Machado¹⁴, arremata que “uma das concepções sobre a crueldade mostra-a como a insensibilidade que enseja ter indiferença ou até prazer com o sofrimento alheio”. Considerando que a Constituição estabelece que todos tem direito ao meio ambiente,

12 MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 196.

13 AYALA, Patryck de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental do Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 427.

14 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 961.



presume-se que a extensão desse direito abarque também a proteção dos animais, que são seres sencientes. Assim, a sua proteção vai além da proteção do homem de assistir a exposição dos animais à crueldade. Razão pela qual se afirma que eles merecem proteção por si mesmo, ainda que não possuam *status* de sujeito de direitos.

Essas questões, as quais são atribuídas o *status* de questões complexas ou *hard cases* são decisões que põem fim ao conflito instaurado, como alertam Alberto e Alberto¹⁵: “seja sob o rótulo de cláusulas de fechamento, seja com o intento de eliminar lacunas”, não se encerram na argumentação dedutiva, do aqui e agora, pois, para esses autores, é “forçoso ir além, construindo raciocínios que colmatem o direito vigente à especificidade do tema conflituoso, resolvendo em definitivo”. Isso perpassa, segundo eles, pelo exame dos aspectos jurídicos, econômicos e sociais.

Carmo e Martins¹⁶, a respeito da resistência ao cumprimento da legislação ambiental, sustentam, que “no ordenamento jurídico brasileiro, podemos dizer que dita ineficácia provém da inaplicabilidade e não da inexistência de tais normas”. E, verifica-se por outro lado, segundo eles, “um alto nível de falhas na efetivação de direitos fundamentais, além do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

15 ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; ALBERTO, Sabrina Santana Figueiredo Pinto. Decisões estruturais e argumentação. In: **XXIII Encontro Nacional do CONPEDI de Santa Catarina**, 2014, p. 213-237. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fa36dd3f38345315>. Acesso em: 08 jul. 2016.

16 CARMO, Valter Moura do; MARTINS, Natália Luiza Alves. Mediação de conflitos socioambientais: uma alternativa à efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Revista Catalana de Dret Ambiental**, Tarragona, v. VI, n. 2, 2015, p. 4.

3 DA FARRA DO BOI E DA BRIGA DE GALO E A TUTELA DA FAUNA

É certo que o debate em torno da tutela jurídica da fauna ganhou reforço com o advento da Constituição da República, embora se possa mencionar a existência de Leis anteriores, como a Lei de Proteção à Fauna (Lei nº 5.197/1967) que dispõe (considera-se revogada apenas no que for incompatível com a Lei nº 9.605/98) sobre a proteção à fauna, e o Decreto-Lei nº 221/1967 que dispõe acerca da proteção e estímulos à pesca, entre outras. Contudo, a ótica que permeava a tutela da fauna não diferia muito da proteção do meio ambiente, ou seja, prevalecia a lógica do utilitarismo. O debate anterior à Constituição, em que pese a preexistência da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, distanciava-se dos princípios regentes do Direito Ambiental.

Passa-se assim, a consideração de algumas decisões do STF que envolvem a Farra do Boi e a Briga de Galo, contextualizando brevemente a origem das práticas, com o objetivo de investigar a razão de decisão corporificada, em cada uma delas.

3.1 A farra do boi

A Farra do Boi, de acordo com Sirvinskas,¹⁷ consiste em uma forma de manifestação muito popular, que chegou ao Brasil há cerca de trezentos anos, trazida pelos açorianos para o litoral catarinense. Segundo o autor, a farra do boi é a submissão do “animal à fobia do povo, que o persegue e o machuca durante o trajeto”. O Supremo Tribunal Federal apreciou essa questão no Recurso Extraordinário nº 153.531/SC e, como se extrai do Relatório do mencionado RE, iniciou-se a Ação Civil Pública que a APANDE – Associação Amigos de Petrópolis – Patrimônio, Proteção aos

17 SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 603-604.



Animais e Defesa da Ecologia, a LDZ- Liga de Defesa dos Animais, a SOZEL - Sociedade Zoológica Educativa e a APA- Associação Protetora dos Animais, propuseram com o objeto de obrigar o Estado de Santa Catarina a proibir a farra do boi.

Em que pese os percalços formais, a questão chegou ao STF, superando os óbices formais que na análise do Relator, Ministro Francisco Rezek, que evoca a Teoria Tridimensional do Direito de Reale e cita Campos, para quem os fatos “são inexoravelmente identificados ao direito que se discute”, e que considerar que poucas coisas “são tão tristemente notórias quanto o ritual da chamada farra do boi e o que nela acontece, no litoral catarinense, todo ano”.

Como relembra Rangel¹⁸, no ensejo do julgamento, evidenciaram-se duas posições distintas que dividiu os ministros: de um lado, a primeira posição defendida pelo Ministro Relator, inclinando-se, favoravelmente, à proteção da fauna; e do outro lado, a segunda posição, capitaneada pelo Ministro Maurício Corrêa, que antevia no evento da farra do boi apenas uma expressão da manifestação cultural, abrigada na Constituição Federal. No fim, com críticas, prevaleceu o entendimento do Ministro Relator, pois se questiona se existia, em tese, outro caminho?

18 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Recurso Extraordinário nº 153531-SC. Publicado no DJ em 13.03.1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+153531%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+153531%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ars7e4h>. Acesso em: 04 de jun.2016.

RANGEL, Helano Márcio Vieira. Proteção da cultura ou proteção da fauna? Uma análise da farra do boi à luz da ponderação e jurisprudência do STF. **NOMOS**: Revista do Programa da Pós-Graduação da UFC, v. 30, n. 1, 2010, p. 104.

Vianna¹⁹, ao discorrer sobre a única resposta correta: a quadratura do círculo e a razoabilidade da decisão judicial, afirma acerca “da dimensão e riscos que podem ocorrer com uma discricionariedade, sem precisar seus limites, em certo sentido, que não há como discordar de Dworkin”. Ao contrário, ele informa como aferir se a decisão judicial não reflete uma mera opinião do julgador, com base em seus preconceitos e juízo de valor. Com base no que afirma Vianna, é oportuno realçar o que observa Rangel²⁰, tecendo críticas ao voto do Relator, que apesar de ter acertado, considerando a farra do boi uma prática cruel, de outro lado, desconsiderou nos seus argumentos o fato de que o direito a cultura e a manifestação cultural são, igualmente, protegidos pela norma máxima constitucional brasileira. Segundo ele, “o voto do ministro carece de método e consistência argumentativa”. Pois, “ao enxergar a proibição dos atos de maus-tratos contra os animais como um limite constitucional à liberdade de ação cultural, o ministro termina por determinar, no plano abstrato, uma hierarquia entre esses dois valores”.

A defesa pela argumentação que validaria a decisão ao *status de ratio decidendi*, fica fragilizada conforme Rangel²¹, pois, faltou dimensão argumentativa ao julgamento. Ou seja, o enfrentamento do problema, à luz da ponderação dos direitos fundamentais. Segundo ele, a opção do ministro foi percorrer o caminho dos extremos, qual seja, negou “o conflito de normas de direito fundamental” e negou “à farra do boi, o caráter de manifestação cultural”, no enfrentamento do tema. Ademais, em que pese ter con-

19 VIANNA, José Ricardo Alvarez. A “única resposta correta”, a quadratura do círculo e a razoabilidade da decisão judicial. **Revista da Escola da Magistratura do Paraná**, Edição Especial 30 anos. Curitiba: Ledze, 2013, p. 95.

20 RANGEL, Helano Márcio Vieira Proteção da cultura ou proteção da fauna? Uma análise da farra do boi à luz da ponderação e jurisprudência do STF. **NOMOS: Revista do Programa da Pós-Graduação da UFC**, v. 30, n. 1, 2010, p. 103-104.

21 RANGEL, Helano Márcio Vieira, op. cit., p. 105.



siderado a farra do boi uma prática cruel, tem-se a impressão que o faz de um viés antropocêntrico, que busca muito mais proteger o ser humano de assistir ao sofrimento do animal, do que proteger o animal em si mesmo.

3.2 Briga de galo

Como mencionam Escobar et al²², a rinha chegou ao Brasil em 1530, por influência dos espanhóis, pois não existia, à época, qualquer menção a proibição das rinhas de galo. Porém, o Decreto Federal nº 24.645/1934, consubstanciou-se no primeiro ato de proteção aos animais, proibindo a prática de lutas, e posteriormente, advieram outras proibições através da Lei de Contravenções Penais de 1941 e do Decreto nº 50.620/1961, de Jânio Quadros. Mas, no ano seguinte, veio a liberação, por meio do Decreto nº 1.233/192 (Tancredo Neves).

A Constituição de 1988 proibiu, expressamente, a exposição de animais à crueldade e, anos após a Lei nº 9.605/1998, tipificou o crime de maus-tratos a animais, independente da espécie de fauna: silvestre, doméstica ou aquática, o que não resolveu todo o problema, pois a rinha de galo continuou a existir, ainda que de forma clandestina. Alguns Estados como: Santa Catarina, Rio de Janeiro e Rio Grande do Norte até editaram leis estaduais visando regulamentar essa prática. Contudo, como demonstram os casos analisados, a despeito da proibição pelo STF, a briga de galo, continua ocorrendo, inclusive, de forma disseminada no país.

22 ESCOBAR, Marco Lunardi; AGUIAR, José Otávio; ZAGUI, Paula Apolinário. Galos em Combate na Paraíba: Descumprimento da Legislação Ambiental. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Unijuí, Ano 2, n. 4, jul./dez. 2014, p. 146.

3.3 Da análise das Ementas dos Arestos das ADI 1.856/RJ, ADI 3.776-5/RN e ADI 2.514/SC

Considerando o texto das ementas proferidas nos Acórdãos das ADI 1.856/RJ²³, ADI 3.776-5/RN²⁴ e ADI 2.514/SC²⁵, verifica-se que não há qualquer menção ao direito a cultura, embora seja este um direito igualmente garantido na Constituição Federal. A crítica que se faz, independente do resultado a que se chegou, é que não houve por parte dos Ministros julgadores qualquer parametrização dos direitos envolvidos. Como observa Grau²⁶, no processo de interpretação caberá ao intérprete extrair da norma a solução justa para aquele caso concreto.

Os argumentos para decidir pela proibição da briga de galo nos três casos analisados foram a proteção do meio ambiente e a vedação da exposição dos animais a crueldade. Não houve qualquer cotejo com o direito a cultura. Embora os acórdãos citem-se, reciprocamente, como precedentes, há que se ter cautela com essa afirmação, pois, conforme

23 Constitucional. Meio ambiente. Animais: proteção. Crueldade. “briga de galos”. I. A Lei 2.895, de 20.03.98, do Estado do Rio de Janeiro, ao autorizar e disciplinar a realização de competições entre “galos combatentes”, autoriza e disciplina a submissão desses animais a tratamento cruel, o que a Constituição Federal não permite: CF, art. 225, §1º, VII. II. Cautelar a deferida, suspendendo-se a eficácia da Lei 2.895, de 20.03.98, do Estado do Rio de Janeiro.

24 Inconstitucionalidade. Ação Direta. Lei nº 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves de raças combatentes. “Rinhas” ou “Brigas de Galo”. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio Ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, §1º, VII. Ação Julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regule, sob o título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas “rinhas” ou “brigas de galos”.

25 Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 11.366/2000 do Estado de Santa Catarina. Ato normativo que autoriza e regulamenta a criação e a exposição de aves de raça e a realização de “brigas de galo”. A sujeição da vida animal a exposição de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.

26 GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 36.



Vianna²⁷, a decisão judicial “exige de seu intérprete e aplicador uma série de processos mentais, que passam pela investigação exaustiva dos fatos e, na sequência, a seu cotejamento com as normas que compõe o ordenamento jurídico, de maneira a formular a solução razoável”.

4 VAQUEJADA: O QUE SE EXTRAI DO VOTO VISTA DO MINISTRO LUIS ROBERTO BARROSO: *RATIO DECIDENDI* OU *OBTER DICTUM*?

Destaca-se, em nota de rodapé, a ementa do voto vista do Ministro Luis Roberto Barroso na ADI n° 4.983/CE²⁸, para análise do presente es-

27 VIANNA, José Ricardo Alvarez. A “única resposta correta”, a quadratura do círculo e a razoabilidade da decisão judicial. **Revista da Escola da Magistratura do Paraná**, Edição Especial 30 anos. Curitiba: Ledze, 2013, p. 101.

28 Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. COLISÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS: PROTEÇÃO DE MANIFESTAÇÕES CULTURAIS VERSUS VEDAÇÃO DE CRUELDADE CONTRA ANIMAIS. 1. A Constituição veda expressamente práticas que submetam animais a crueldade. O avanço do processo civilizatório e da ética animal elevou o resguardo dos seres sencientes (i.e., capazes de sentir dor) contra atos cruéis a um valor constitucional autônomo, a ser tutelado independentemente de haver consequências para o meio ambiente, para a função ecológica da fauna ou para a preservação das espécies. 2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos casos de colisão entre as normas envolvendo, de um lado, a proteção de manifestações culturais (art. 215, caput e § 1º) e, de outro, a proteção dos animais contra o tratamento cruel (art. 225, § 1º, VII), tem sido firme no sentido de interditar manifestações culturais que impliquem crueldade contra animais. Nessa linha: RE 153.531, [...] ADI 2.514 [...] ADI 3.776 ADI 1.856 [...] 3. Na vaquejada, a torção brusca da cauda do animal em alta velocidade e sua derrubada, necessariamente com as quatro patas para cima como exige a regra, é inerentemente cruel e lesiva para o animal. Mesmo nas situações em que os danos físicos e mentais não sejam visíveis de imediato, a olho nu, há probabilidade de sequelas graves que se manifestam após o evento. De todo modo, a simples potencialidade relevante da lesão já é apta a deflagrar a incidência do princípio da precaução. 4. É permitida a regulamentação de manifestações culturais com características de entretenimento que envolvam animais, desde que ela seja capaz de evitar práticas cruéis, danos e riscos sérios. No caso da vaquejada, torna-se impossível a regulamentação de modo a evitar a crueldade sem a descaracterização da própria prática. 5. Pedido em ação direta de inconstitucionalidade julgado procedente para declarar inconstitucional lei estadual que regulamenta a vaquejada como prática esportiva e cultural.

tudo. De forma diversa das ementas citadas nos julgados da farra do boi e da briga de galo, houve na análise do Ministro em tela, o cotejo e sopesamento entre os direitos envolvidos. Embora o estudo seja sobre uma minuta de voto, e que a questão não se encontre julgada em definitivo, observa-se que no estado atual, os Ministros Luis Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello julgaram procedente o pedido formulado na ADI e, o julgaram improcedente, os Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux.

O voto do Ministro Luis Roberto Barroso foi estruturado em partes distintas e contextualizam os fatos e todas as questões conexas, considerando de forma conjunta, os aspectos jurídicos, fáticos e éticos abrangidos pela questão. A questão que se insere é estabelecer se as decisões acerca da farra do boi e da briga de galo, considerando as ementas, os relatórios e os votos propriamente ditos, podem ser considerados como precedentes a justificar o voto vista do Ministro Luis Roberto Barroso ou, se os argumentos utilizados por ele, superaram a justificação utilizada nas decisões anteriores.

Como alertam os estudiosos Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “nem toda decisão judicial é um precedente e nem todo material exposto na justificação tem força vinculante”²⁹. Para os autores citados, a aplicação de precedentes “não dispensa a interpretação do significado do caso e das razões empregadas para sua solução, o que exige juízes sensíveis e atentos às particularidades dos casos, e capazes de empreender sofisticados processos de apreensão e universalização de razões e comparação entre casos”. E concluem que “[...] o que vincula nas decisões judiciais capazes de gerar

29 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 873.



é aproveitado para a formação do precedente”³⁰. Ou seja, o que está dito em uma decisão, “não constitui proposição necessária para a sua solução”.

A entrada em vigor do novo Código de Processo Civil acirrou os debates em torno da questão dos precedentes judiciais e, demonstrou que, em realidade, está se aproximando muito mais do modelo do *Common Law*. Marinoni, Arenhart e Mitidiero³¹ enfatizam que “a necessidade de desenvolver o direito a fim de mantê-lo sempre fiel à necessidade de sua congruência social e coerência sistêmica, um sistema de precedentes, precisa prever técnicas para a superação”.

O voto vista do Ministro Luis Roberto Barroso, que sopesou os direitos e questões envoltas acerca da vaquejada, assim considerado no item 63, está parcialmente gravado em nota de rodapé³².

Trazendo a questão para o que foi proposto neste trabalho, o voto vista analisado gerou a razão de decidir, no que tange aos casos de exposição de animais a crueldade, já julgados pelo STF. Os demais acórdãos analisados, apesar de proibirem as práticas guerreadas nas ADIs, em que se discutia o mesmo objeto, e de decidirem pela proibição, o fizeram a partir de argumentos não justificados.

30 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 873-874.

31 Ibid., p. 873-874

32 Portanto, estamos diante de uma prática que só poderia ser regulamentada descaracterizando-a de tal modo a sacrificar a sua própria existência. Por essa razão, embora a lei questionada obrigue a organização da vaquejada a adotar medidas de proteção à saúde dos animais ou estabeleça punição ao vaqueiro que “se exceder no trato com o animal, ferindo-o ou maltratando-o de forma intencional”, entre outras questões, a regulamentação feita por ela é nitidamente insuficiente. E isso por uma simples razão: é impossível regulamentar essa prática de modo a evitar que os animais envolvidos, especialmente bois, sejam submetidos à crueldade.

Considerando e emergência da teoria dos precedentes, em especial com a edição do novo Código de Processo Civil, exige-se do julgador muito mais em matéria de fundamentação, pois a decisão há de ser racional. Nesse contexto, cita-se a menção do Ministro Luiz Fux no Agravo de Instrumento de nº 835.442, para o qual duas regras de hermenêutica jurídica devem ser lembradas: “*Ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir)”.

O voto vista analisado preservou o direito dos animais, construindo, porém, um fundamento robusto e racional, fazendo prevalecer a congruência social e a coerência sistêmica, como requer a dimensão objetiva de uma razão de decidir, que dá a unidade pretendida do direito. Agora aguarda-se como a Corte vai se posicionar quando for enfrentada pela ótica dos Ministros, que ainda não votaram a questão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal, diante de uma análise, ainda que, provisória demonstrou que a proibição da crueldade com animais, por exemplo: a farra do boi e a briga de galo foram determinantes para o resultado dos julgamentos.

Com base nos casos concretos analisados, não se pode afirmar a existência de uma *ratio decidendi* comum que sirva para formar jurisprudência, uma vez que os argumentos utilizados não foram baseados na ponderação dos direitos envolvidos. Critério diverso foi utilizado na mi-



nuta do Voto Vista do Ministro Luis Roberto Barroso que pondera entre o direito à cultura e a vedação de crueldade dos animais, para daí extrair a norma mais adequada e coerente ao sistema.

Foi objeto de análise, para formar a *ratio decidendi* pelo Ministro Luis Roberto Barroso, os fatores culturais da vaquejada. E, só a partir do enfrentamento de todas as questões é que se vislumbrou a impossibilidade de regulamentação da Lei questionada na ADI. Porquanto, essa regulamentação demandaria a completa descaracterização da prática como ela é em realidade. Ou seja, a partir do voto objeto do estudo, pode-se afirmar (considerando que ainda não há decisão definitiva na ADI) que em matéria de exposição de animais à crueldade, tem-se um precedente compatível com a unidade do direito e, por isso, caso seja acompanhado pela maioria no julgamento final, deverá ter efeito *erga omnes*, dada a sua congruência social e coerência sistêmica.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto; ALBERTO, Sabrina Santana Figueiredo Pinto. Decisões estruturais e argumentação. *In*: IOCOHAMA, Celso Hiroshi; ORSINI, Adriana Goulart de Sena (coord.). **XXIII Encontro Nacional do CONPEDI de Santa Catarina**. Processo e jurisdição I. 2014, p. 213-237. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fa36dd3f38345315>. Acesso em: 08 jul. 2016.

AYALA, Patryck de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental do Brasil. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 395-459.

Ir para o índice

BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e a ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes Canotilho; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77-150.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Recurso Extraordinário nº 153531-SC**. Publicado no DJ em:13.03.1998. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+153531%2ENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+153531%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ars7e4h>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em ADI 2514 - SC**. Publicado no DJ em 09. 12.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266833>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em ADI 3776-RN**. Publicado no DJ em 29. 06.2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469712>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em ADI 1856 MC-RJ**. Publicado no DJ em 22. 09.2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347302>. Acesso em: 04 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Agravo de Instrumento nº 835.442/RJ**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=835442&classe=AI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 10 jun. 2016.



CARMO, Valter Moura do; MARTINS, Natália Luiza Alves. Mediação de conflitos socioambientais: uma alternativa à efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. **Revista Catalana de Dret Ambiental**, v. 6, n. 2, 2015, p. 1-38. Disponível em: <http://www.raco.cat/index.php/rcda/article/view/307934/397902>. Acesso em 18 nov. 2017.

CAÚLA. Bleine Queiroz; ARRAIS, Aline Frota Parente. O direito à moradia sustentável: um estudo na perspectiva dos agentes sociais em Fortaleza. In: **XXII Encontro Nacional do CONPEDI**. Curitiba, 2013, p. 92-110. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=16437d40c29a1a7b>. Acesso em: 18 nov. 2017.

ESCOBAR, Marco Lunardi; AGUIAR, José Otávio; ZAGUI, Paula Apolinário. Galos em combate na Paraíba: descumprimento da legislação ambiental. **Revista Direitos Humanos e Democracia**, v. 2, n. 4, jul./dez. 2014, p. 143-165. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/2988/3437>. Acesso em: 18 nov. 2017.

GOMES, Carla Amado. Direito dos animais: um ramo emergente? In: GOMES, Carla Amado; DUARTE, Maria Luísa (coord.). **Animais: Deveres e direitos**. Conferência promovida pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito: Universidade de Lisboa, em 11. 12. 2014. Maio 2015, p. 48-67.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. 6 reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

Ir para o índice

LEFF, Enrique. **Saber ambiental**: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder. Tradução de Lúcia Mathil de Endlich Orth. Petrópolis-RJ: Vozes, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Uma nova realidade diante do projeto de CPC: a ratio decidendi ou os fundamentos determinantes da decisão. **Revista dos Tribunais online**, v. 918/2012, Abr, 2012. DTR, 2012-2621.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA, Alexandra Reis. Perspectivas quanto à aplicação da nova legislação. *In*: GOMES, Carla Amado; DUARTE, Maria Luísa (coord.). **Ani-mais**: Deveres e direitos. Conferência promovida pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Faculdade de Direito: Universidade de Lisboa, em 11. 12. 2014. Maio 2015.

RANGEL, Helano Márcio Vieira. Proteção da cultura ou proteção da fauna? Uma análise da farra do boi à luz da ponderação e jurisprudência do STF. **NOMOS**: revista do mestrado em Direito da UFC, v. 30, n. 1, p. 87-110, jan./jun. 2010.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.



SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. A “única resposta correta”, a quadratura do círculo e a razoabilidade da decisão judicial. **Revista da Escola da Magistratura do Paraná**. Edição Especial 30 anos. Curitiba: Ledze, 2013.

[Ir para o índice](#)

O licenciamento ambiental como instrumento da política nacional de meio ambiente: uma análise dos retrocessos da pec nº 65/2012, no Brasil e a legislação espanhola

The environmental licensing as an instrument of national policy on the environment: an analysis of the regresses of the brazilian constitutional amendment 65/2012, in Brazil and the spanish legislation

KARIN KÄSSMAYER
ANGELA CASSIA COSTALDELLO

Resumo

O artigo objetiva analisar o licenciamento ambiental, instrumento criado pela Lei nº 6.938, de 31 de Agosto de 1981, sob a perspectiva das mudanças introduzidas pela Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 65, de 2012, caso seja aprovada. Em razão da sua aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, acentua-se uma forte

[Ir para o índice](#)



tendência e pressão do Congresso Nacional brasileiro quanto a propostas de alteração legislativa para flexibilizar o licenciamento ambiental, tornando-o menos rígido e burocrático. Diante da polêmica gerada pela PEC, a análise do conteúdo é feita com ênfase em sua constitucionalidade, ao final, realiza-se uma análise comparativa com a legislação espanhola, sobre o licenciamento ambiental.

Palavras-chave: Licenciamento ambiental; PEC nº 65/2012; flexibilização do licenciamento; legislação espanhola.

Abstract

This article aims to analyze the environmental licensing, instrument created by Law nº. 6,938, August 31, 1981, from the perspective of the changes introduced by the Proposal for Amendment to the Constitution (PEC) No. 65, of 2012, if it is approved. Due to its approval by the Constitution and Justice Committee of the Brazilian Senate, there is a strong tendency and pressure of the Brazilian National Congress on proposals for legislative changes to flexibilize the environmental licensing, making it less rigid and bureaucratic. In the face of the controversy generated by the PEC, the article analyzes its content, with emphasis on its constitutionality, in order to, in the end, carry out a comparative analysis with the Spanish legislation on environmental licensing.

Keywords: Environmental licensing; PEC N. 65/2012; flexibility of licensing; Spanish legislation.

[Ir para o índice](#)

INTRODUÇÃO

O licenciamento ambiental é um dos instrumentos essenciais para a implantação da Política Nacional do Meio Ambiente do Brasil, criado pela Lei nº 6.938, de 1981, no que tange a gestão de riscos e controle de atividades, potencialmente, poluidoras do Poder Público. Todavia, há uma forte tendência e pressão, sobretudo, pelo Congresso Nacional brasileiro (o que tem gerado polêmicas), quanto a propostas de alteração legislativa para flexibilizar o licenciamento ambiental, tornando-o menos rígido e burocrático.

O licenciamento ambiental, como uma das manifestações da política administrativa incidente sobre a propriedade privada e a liberdade econômica dos particulares, é objeto de constante preocupação e de dissensos nos setores governamental (legislativo e executivo) e privado¹, pois, dele dependem várias atividades que interferem, de modo profundo, no meio ambiente.

Nesse contexto, ao ter a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal aprovado a Proposta de Emenda (PEC) nº 65, de 2012, que visa a alterar o artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), e cujo conteúdo desmantela por completo a função preventiva do licenciamento ambiental do Brasil, surge a necessidade de refletir sobre essa questão, em que a atuação do Congresso Nacional apresenta tendências de retroceder a legislação ambiental, vigente.

1 Notícias atuais veiculadas sobre licenciamento ambiental no Jornal Folha de S. Paulo, 12/07/2016, disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/07/1790940-temer-garante-retomar-demarcacoes-indigenas-e-licenciamento-ambiental.shtml> e pelo Jornal o Globo, em 12/07/2016, disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/brasil/temer-defende-mudanca-em-regras-de-venda-de-terra-estrangeiros-de-licenciamento-ambiental-19694681.html>.



Portanto, ao ter como problemática o risco de a legislação ambiental sofrer retrocessos, tem-se como objetivo o presente artigo, analisar o conteúdo e o mérito da PEC nº 65, de 2012, bem como, a sua tramitação, a fim de cotejar as manifestações públicas contra a referida PEC, com a doutrina e legislação ambiental vigentes, para auferir os vícios de constitucionalidade da proposição e os possíveis efeitos, caso haja sua aprovação, para o sistema legal, ambiental pátrio.

Com base no estudo da PEC nº 65, de 2012, o tema do licenciamento ambiental ganhou importância e por isso merece meditação mais aprofundada, razão pela qual, este artigo, também, analisará esse instrumento essencial da polícia ambiental brasileira, sob a perspectiva da legislação espanhola.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como fonte de pesquisa, material bibliográfico, com doutrina nacional especializada no tema e as notas técnicas recém editadas que comentam o conteúdo da PEC nº 65, de 2012, especialmente a Nota Técnica do Ministério Público Federal, além de bibliografia estrangeira, para a analisar o licenciamento ambiental na Espanha. O método utilizado foi o empírico, segundo o qual “perquire-se sobre as condições de eficácia das normas constitucionais e o modo como o legislador, juízes e administração os observam e aplicam nos vários contextos práticos [...]”; segundo Peter da Silva².

2 PETER DA SILVA, Christiane de Oliveira. A pesquisa científica na graduação em Direito. **Universitas Jus**: Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília. Brasília: ano. 06, n.11, p. 25-43, dez. 2004, p. 7. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/pesquisagraduacaochristinepeter.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2016.

1. A PEC Nº 65, DE 2012: A INSERÇÃO DO DESVALOR DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO NO DIREITO BRASILEIRO

A PEC nº 65, de 2012, que “acrescenta o § 7º ao artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88) para assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental”, foi recentemente aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Federal e encaminhada para deliberação do Plenário da Casa. Porém, ela retornou à CCJ, pois houve aceitação de um Requerimento para tramitar em conjunto com a PEC nº 153, de 2015³.

A PEC nº 65/2012 recebeu a seguinte redação original⁴:

Artigo 1º

O artigo 225 da Constituição passa a vigorar acrescido do seguinte § 7º.

Artigo 225. [...]

§7º A apresentação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental importa autorização para a execução da obra, que não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente. (NR)

3 Altera o artigo 225 da CF/88 para incluir, entre as incumbências do poder público, a promoção de práticas e a adoção de critérios de sustentabilidade em seus planos, programas, projetos e processos de trabalho. (Disponível em: [file:///C:/Users/AngelaCassia/Downloads/sf-sistema-sedol2-id-documento-composto-48558%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/AngelaCassia/Downloads/sf-sistema-sedol2-id-documento-composto-48558%20(1).pdf). Acesso em: 17 jul. 2016).

4 SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 65**, de 2012. Acrescenta o § 7º ao artigo 225 da Constituição, para assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109736>. Acesso em: 13 jul. 2016.



Em 27 de abril de 2016, data da primeira deliberação na CCJ, a PEC nº 65, de 2012, tornou-se objeto de inúmeras críticas e ganhou repercussão nacional. Houve manifestação do Ministério Público Federal⁵ através de Nota Técnica, do Grupo de Trabalho Intercameral (4ª Câmara de Coordenação e Revisão; 6.ª Câmara de Coordenação e Revisão e Procuradoria Federal do Direito do Cidadão) datada de 3 de maio de 2016, com fundamentos robustos, pela inconstitucionalidade da proposta.

O pronunciamento do MPF, contido na citada Nota Técnica, trata de aspectos de constitucionalidade da PEC, e preconiza:

- i) o cabimento irrefutável de controle jurisdicional da atuação do constituinte derivado;
- ii) a ofensa às cláusulas pétreas da CF/88, em especial a separação de poderes, direitos e garantias fundamentais;
- iii) o enquadramento do direito ao meio ambiente, ecologicamente, equilibrado como direito humano, com fundamento no princípio da solidariedade; -
- iv) fulminar a estrutura técnico-jurídica em que se fundamenta o devido processo de licenciamento ambiental, porque o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) não substitui o regime das licenças ambientais;
- v) violar os princípios constitucionais da participação popular, da informação e da precaução;

5 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Nota Técnica - A PEC 65/2012 e as Cláusulas Pétreas**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgj/documentos/nota-tecnica-pec-65-2012/>. Acesso em: 16 maio 2016.

vi) ofender o postulado da separação dos poderes e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, expresso no artigo 5º, XXXV, da CF/88.

No mesmo sentido, o Instituto “O Direito por um Planeta Verde” lançou uma nota de repúdio à PEC nº 65, de 2012,⁶ cujo conteúdo registra que a inconstitucionalidade é fundamentada na flagrante relativização do licenciamento ambiental e do próprio Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto ao Meio Ambiente (EIA/RIMA), prerrogativas do poder público em suas atividades de controle ambiental. A proposta da PEC, segundo a nota, “fere diretamente a Administração Pública e a moralidade pública”, e envilece a cláusula pétrea contida no núcleo do artigo 225, da CF/88. Ademais, viola o princípio da vedação do retrocesso socioambiental, “pois atinge o mínimo essencial de proteção que abarca a gestão antecipatória, precaucional e prudente de riscos e impactos ambientais”. Ainda, refreia o acesso à Justiça, afrontando o princípio do devido processo legal.

Importante salientar que a PEC visa autorizar o início da execução de obras, desrespeitando-se, por completo, o procedimento do licenciamento ambiental. A sociedade civil organizada, o Ministério Público e a coletividade em geral, após a notícia da aprovação da PEC, pela CCJ do Senado Federal, repreenderam, enfaticamente, a proposição da PEC, conforme notas técnicas acima mencionadas, o que acabou por resultar na apresentação de novo parecer, por parte da CCJ.

Apesar da apresentação de novo parecer, as controvérsias acerca do licenciamento ambiental, no Brasil, reacendeu nos últimos meses, a pon-

6 Disponível em: <http://www.planetaverde.org/noticia/instituto/2904/planeta-verde-lanca-carta-de-repudio-a-pec652012>. Acesso em: 16 maio 2016.



to de inúmeros projetos de lei visarem a regulação da matéria, inclusive desconstruindo a sua finalidade principal, que é a proteção ambiental⁷.

Inicialmente, é preciso esclarecer que, apesar de a ementa da PEC nº 65/2012 informar que “acrescenta o § 7º ao artigo 225 da Constituição para assegurar a continuidade de obras públicas, após a concessão da licença ambiental”, a redação de seu conteúdo é controverso a ementa, ao pretender incluir o dispositivo constitucional, cuja redação é a seguinte: “A apresentação do estudo prévio de impacto ambiental importa autorização para a execução da obra que não poderá ser suspensa ou cancelada, pelas mesmas razões, a não ser em face de fato superveniente.” A primeira afirmação que sobressai do texto é a de que a proposta objetiva assegurar a execução da obra mediante a apresentação do Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Essa previsão colide, frontalmente, com o disposto no *caput* e no inciso IV do § 1º do artigo 225 da CF/88, que se estabelece como condição para a execução da obra pretendida a elementar apresentação do EIA, prescindindo de qualquer apreciação pelos órgãos competentes.

Por sua vez, o artigo 225 da CR/88 institui, no *caput*, o direito a todos ao meio ambiente, ecologicamente, equilibrado, considerado bem de uso comum e essencial à sadia qualidade de vida. Tal direito, embora não inserido no rol do artigo 5º da CF/88, é consagrado como direito fundamental pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e se insere no rol de direitos humanos. Nesse mesmo sentido, a doutrina, endossada por Paulo Affonso Leme Machado⁸, considera que o Direito Ambie-

7 Vide, a exemplo, o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 654, de 2015.

8 MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 23. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 321.

nal como direito fundamental resulta da necessidade de ser repensada a condição do indivíduo e do Estado, além de a condição dos direitos humanos transcender a individualidade, passando a ser tarefa do Estado.

Ainda sobre o EIA, a CR/88 determina, no inciso IV do § 1º artigo 225, que esta modalidade de avaliação de impacto será exigida para obras ou atividades causadoras de *significativa degradação do meio ambiente*, não se confundindo com o licenciamento, pois é considerado um dos instrumentos de avaliação de impacto ambiental que pode ser exigido no processo do licenciamento ambiental⁹.

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que criou a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), no Brasil, estabeleceu como instrumentos, dessa política, a avaliação de impactos ambientais, o licenciamento e a revisão de atividades efetivas ou potencialmente poluidoras (incisos III e IV do seu artigo 9º). Tanto o EIA, como um dos instrumentos de avaliação de impacto ambiental, quanto o licenciamento, instrumento de planejamento ambiental, foram regulamentados pelas Resoluções nºs 1, de 23 de janeiro de 1986, e 237, de 19 de dezembro de 1997, respectivamente. Além disso, o artigo 10 da PNMA, condiciona a execução da obra à concessão de licença ambiental.

O EIA, por sua vez, é submetido a verificação do órgão ambiental, exigido no licenciamento de atividades com significativo potencial poluidor. Dado seu caráter preventivo, deve ser elaborado antes do licenciamento da obra ou atividade, de modo a subsidiar e orientar os gestores públicos na tomada de decisão, conforme preveem os incisos I e II do artigo 10 da

9 FARIAS, Talden. Da licença ambiental e sua natureza jurídica. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 9, p. 3-5, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-9-JANEIRO-2007-TALDEN%20FARIAS.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2016.



Resolução Conama nº 237, de 1997. Esse estudo objetiva antever não só os riscos e os impactos ambientais negativos a serem prevenidos, corrigidos ou minimizados, como também, apresentar alternativas locais e tecnológicas ao empreendimento, ou, no limite – no caso de altos custos sociais e ambientais envolvidos – recomendar a sua não realização.

Vale ressaltar que a elaboração do EIA, pelo interessado, não é garantia de que a obra ou a atividade poderá ser instalada ou iniciada, e nem poderia ser diferente, dado o caráter preventivo do instrumento. E, no caso de deferimento da implantação do projeto, ou seja, da concessão da licença, deve ser assegurada a adoção das medidas e das condicionantes exigidas pelo órgão licenciador, para a necessária salvaguarda ambiental. Desse modo, as medidas e condicionantes ambientais, ou seja, o controle ambiental propriamente dito, decorrem da expedição da licença ambiental e não da apresentação do EIA.

Portanto, o controle das atividades, potencialmente, poluidoras, decorrente do exercício do poder de polícia estatal, legítima e autorizada, ainda que precariamente, a construção, instalação e operação das atividades poluidoras. As obras e empreendimentos públicos, também, estão sujeitos ao licenciamento ambiental. Todavia, a doutrina questiona a ocorrência do autolicensing de obras públicas, ao violarem os princípios da moralidade e impessoalidade. Para Daniel Roberto Fink¹⁰, o autolicensing, que é a prática de o ente federativo, responsável pelo empreendimento, realizar o próprio licenciamento, é perigoso, eis que é sujeito a interferências, além de restar desacreditado e falhar como mecanismo de controle.

¹⁰ FINK, Daniel Roberto *et al.* **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 57.

Posto isso, a PEC, ora analisada, além de ir na contramão dos movimentos mundiais de contenção, prevenção de riscos e danos ambientais, é, de fato, antijurídica ao não admitir que condiciona a autorização para a execução da obra pretendida, tão-só à apresentação de um Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Propõe-se, destarte, a total ausência de controle pelo Poder Público, do empreendimento causador de impacto ambiental.

Portanto, caso fosse aprovada pelo Senado – e isso chegou a ser aventado, mas a opinião pública teve uma forte participação para frear essa tendência- e posterior sanção pela Presidência da República, significaria o desmonte da legislação que rege o licenciamento ambiental de obras ou atividades que possam causar significativa degradação ambiental e, por consequência, poria em risco o direito intergeracional ao meio ambiente, ecologicamente, equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida e mandamento constitucional¹¹.

No entanto, como dito, em razão de inexistir uma lei federal que regre o procedimento do licenciamento ambiental no Brasil, mas apenas normas infralegais, como é o caso da Resolução Conama nº 237, de 1997, discute-se, primeiramente, a necessidade de uma lei que detalhe o procedimento do licenciamento, uma vez que a sua previsão legal já está garantida no art. 9º da Lei nº6.938, de 1981.

Apesar de o Brasil ter recentemente editado a Lei Complementar nº 140, de 2011¹², que regulamenta o parágrafo único do artigo 23 da

11 Segundo SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 56, não se trata de um bem de domínio público, mas de interesse público, independentemente de sua dominialidade.

12 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2016.



CR/88¹³ e disciplina as competências dos entes federados, para a realização do licenciamento ambiental, há inúmeros gargalos que tornaram o licenciamento ambiental um instrumento objeto de muitas críticas, por atrasar a realização de grandes obras de infraestrutura do País. A ausência de um marco legal que defina o procedimento do licenciamento ambiental é identificada como um dos problemas, em meio a tantos outros, como a judicialização constante, a falta de técnicos suficientes nos órgãos ambientais, a necessária anuência de outros órgãos como a Funai e o IPHAN¹⁴.

Muitas propostas partem de uma ideia de licenciamento ambiental, em uma única etapa, para que ocorra de forma mais célere. A propósito, e expondo as razões da inadequação do licenciamento único, Machado¹⁵ aponta que existe “a valorização da rapidez em empreender-se no País, valorizando somente a geração presente, obedecendo ao ‘capitalismo voraz’ e não levando em conta o ‘capitalismo equilibrado”.

Não fosse isso suficiente, atinge-se o âmago do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, alije-se os princípios da prevenção e da precaução, por não exigir o devido licenciamento ambiental, em etapas sucessivas de análise do impacto dos empreendimen-

13 Artigo 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

14 A respeito deste tema, vide HOFFMANN, Rose, **Gargalos do licenciamento ambiental federal no Brasil**. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema14/2015_1868_licenciamentoambiental_rose-hofmann. Acesso em: 14 jul. 2016.

15 MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 23. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 322.

tos, potencialmente poluidores. E assim, como outras questões sensíveis, cuja tentativa de alteração constitucional ou legislativa desvirtua princípios que dizem respeito a direitos fundamentais, a possibilidade de judicialização é outra consequência concreta.

Outra problemática da PEC nº 65, de 2012, e dos debates envolvendo o licenciamento ambiental é a contradição ao poder-dever, instituído pelo legislador constituinte, da atuação do Poder Público na proteção ao meio ambiente, conforme estabelece o artigo 23, VI e VII, da CF/88, que foram regulamentados pela Lei Complementar nº 140, de 2011. Com efeito, ao definir que uma simples apresentação de Estudo Prévio de Impacto Ambiental autoriza a execução da obra e dispensa a aprovação pelas instâncias estatais competentes, está elidindo-todo o sistema jurídico administrativo que rege a atuação da Administração Pública, bem como, como as competências específicas na matéria.

2. AS INCONSISTÊNCIAS CONSTITUCIONAIS MATERIAIS DA PEC Nº 65, DE 2012, E OS MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS EM MATÉRIA AMBIENTAL

Em decorrência dessas evidentes inconstitucionalidades de cunho procedimental, a PEC, em crivo, nos termos como se encontra redigida, incorre em inconstitucionalidade material, por ofensa ao direito fundamental da cidadania a um meio ambiente, ecologicamente, equilibrado. Além dos vícios de constitucionalidade, alguns questionamentos realizados embasam-se na contradição em sua redação. De fato, possui ementa com conteúdo distinto do dispositivo que se pretende acrescentar.



Com efeito, da ementa extrai-se que o acréscimo do § 7º ao artigo 225 visa a assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental. Ocorre que o conteúdo do dispositivo é discrepante com a ementa, ao condicionar o prosseguimento de *qualquer* obra à apresentação, apenas, do EIA.

Não obstante, a parte final do parágrafo: “[a obra] não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente”¹⁶ revela imprecisão jurídica e conduz à interpretação – saliente-se, desde logo, incorreta e reducionista – de que haveria subtração da possibilidade de revisão, pelo Poder Público, em caso de ilegalidade, desconsiderando o princípio da autotutela. Por igual, estaria, ainda, violando os princípios da inafastabilidade de apreciação do Poder Judiciário, em caso de lesão ou ameaça de direito, insculpido no artigo 5º, inciso XXXV, da CR/88.

Por fim, vislumbrar obstáculos ao questionamento de vícios ou falhas no licenciamento ambiental ou na apresentação do EIA, por meio de medidas administrativas e judiciais, elide o direito constitucional ao acesso à justiça e as atribuições constitucionais de órgãos, como o Ministério Público, de ajuizarem ações civis públicas para a proteção de um direito difuso da sociedade, conforme bem fundamentado na Nota Técnica no MPF e na Nota de Repúdio do Planeta Verde, acima mencionadas.

Com base na tramitação urgente da PEC nº 65, de 2012, e na aprovação, sorrateira, pela CCJ do Senado, do parecer, constata-se que há interesses econômicos e políticos de significativa monta que permeiam o regramento do licenciamento ambiental. O País caminha para uma

16 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 jul. 2016.

alteração legislativa próxima, com possíveis retrocessos e arguições de inconstitucionalidade futuras. O Ministro de Meio Ambiente, José Sarney Filho, parece ter se apercebido de que o tema é urgente, com a divulgação de que o Ministério estuda a apresentação de um novo marco legal, geral, do licenciamento ambiental, para o Brasil. Por ora, o lado positivo é o de que o Executivo está dialogando com os agentes interessados¹⁷.

3. O TRATAMENTO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL E OS INS- TITUTOS CORRELATOS NO DIREITO ESPANHOL

A Constituição espanhola de 1978, a exemplo da brasileira, prevê no seu artigo 45, que¹⁸:

Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva¹⁹.

17 Segundo informações do site do Ministério do Meio Ambiente: Disponível em <http://www.mma.gov.br/index.php/comunicacao/agencia-informma?view=blog&id=1687>. Acesso em: 15 jul. 2016.

18 ESPANHA. Constituição de 1978. Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2016.

19 A mesma previsão constitucional no idioma catalão: “*Articla 45. 1. Tothom té dret a disposar d’un medi ambient adequat per al desenvolupament de la persona, i el deure de conservar-lo. 2. Els poders públics vetilaran per la utilització racional de tots els recursos naturals, a fi de protegir i millorar la qualitat de la vida i defensar i restaurar al medi ambient, amb el suport de la indispensable solidaritat col·lectiva.*”



Observa-se que o texto constitucional espanhol coloca à salvaguarda, o meio ambiente adequado, impõe o dever aos Poder Público, de promover e tutelar o meio ambiente, e ainda consagra o princípio da solidariedade, adotando os mesmos princípios do Direito Ambiental da Constituição Brasileira, estabelecidos no seu artigo 225. No plano infraconstitucional, a Ley de Evaluación Ambiental (LEA) nº 21, de 2013, a par de incorporação de Convenções Internacionais, de colaboração, das quais a Espanha é signatária, e normativas vigentes na União Europeia²⁰ prevê, nos artigos 1 e 2, o instrumento de “evaluación ambiental” que deve integrar os planos, programas e projetos estratégicos que sejam, potencialmente, impactantes para o meio ambiente, visando garantir a proteção ambiental, em harmonia com o desenvolvimento sustentável.

Na Exposição de Motivos da LEA consta, expressamente, que a avaliação ambiental (evaluación ambiental) inclui a *evaluación ambiental estratégica* e a *evaluación de impacto ambiental* e são considerados procedimentos instrumentais, e que em ambas são previstas as espécies simplificada e ordinária. Logo, por via legislativa, fica assentada a natureza procedimental desses instrumentos.

A declaração ambiental estratégica, decisão administrativa proferida ao final do procedimento que habilita a realização da obra ou do em-

20 No Preâmbulo da Lei consta que “*En el ámbito internacional, mediante el Convenio sobre evaluación del impacto en el medio ambiente, en un contexto transfronterizo, de 25 de febrero de 1991, conocido como Convenio de Espoo y ratificado por nuestro país el 1 de septiembre de 1992 y su Protocolo sobre evaluación ambiental estratégica, ratificado el 24 de junio de 2009. En el derecho comunitario, por la Directiva 2001/42/CE, de 27 de junio, sobre evaluación de las repercusiones de determinados planes y programas en el medio ambiente, y por la Directiva 2011/92/UE, de 13 de diciembre, de evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, que la presente ley transpone al ordenamiento interno*”. (Disponível em: <https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/11/pdfs/BOE-A-2013-12913.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2016).

preendimento, consiste no “pronunciamento del órgano ambiental que, “tiene la naturaleza jurídica de un informe preceptivo y determinante”.

Após tramitar por todos os órgãos competentes e instâncias, que analisam as peculiaridades dos projetos, no que tange às consequências e interferências a serem provocados no meio ambiente, com a rigidez que a lei exige, tomam-se decisões quanto ao estudo de impacto ambiental e até mesmo que seja considerada a ‘alternativa zero’ (ou de não realização do projeto)”, constante do artigo 35.2.a, da LEA, conforme ressalta URETA²¹.

No Brasil, a legislação trata somente da necessária avaliação de impacto ambiental, que poderá ocorrer atendendo a um dos estudos ambientais regulamentados pelo órgão ambiental licenciador. A Resolução Conama nº 237, de 2007, define, no inciso III do artigo 1º estudos ambientais, como²²:

[...] todos e quaisquer estudos relativos aos aspectos ambientais relacionados à localização, instalação, operação e ampliação de uma atividade ou empreendimento, apresentado como subsídio para a análise da licença requerida, tais como: relatório ambiental, plano e projeto de controle ambiental, relatório ambiental preliminar, diagnóstico ambiental, plano de manejo, plano de recuperação de área degradada e análise preliminar de risco.

21 URETA, Agustín García. Comentarios sobre la Ley 21/2013, de evaluación ambiental. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 194, p.317-371, mayo/ago. 2014, p. 346.

22 MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Resolução Conama nº 237, de 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>. Acesso em: 13 jul. 2016.



Nota-se que o sistema espanhol contém legislação acerca da avaliação ambiental estratégica, sendo essa uma das lacunas da legislação brasileira. Segundo Rose Hoffmann²³, ao citar estudo publicado pela Harvard²⁴ sobre o licenciamento ambiental no Brasil,

Na Administração Pública brasileira, os impactos ambientais provocados pelo empreendimento são aferidos e levados em consideração, com a profundidade devida, em momento posterior ao planejamento de ações, à realização de estudos específicos e mesmo à formulação dos projetos básicos. Não há planejamento ambiental, e o meio ambiente é frequentemente visto como mais uma das etapas no árduo e longo caminho para se concretizar um empreendimento de infraestrutura. Não existe no país um foro, em nível nacional, que debata e defina as prioridades de investimento em infraestrutura e de preservação ambiental. Na prática, os ministérios travam embate dentro do governo, no Congresso e na mídia, para fazer valer, em cada caso e pontualmente, suas prioridades. A avaliação ambiental estratégica é um mecanismo que insere a variável ambiental precisamente no momento de planejamento de políticas de construção de infraestrutura. A sua adoção por um país ou por uma instituição decisória denota maturidade política, na

23 HOFFMANN, Rose. **Gargalos do licenciamento ambiental federal no Brasil**. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnot-tec/areas-da-conle/tema14/2015_1868_licenciamentoambiental_rose-hofmann. Acesso em: 14 jul. 2016.

24 THE WORK OF ROBERTO MANGABEIRA UNGER. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/portuguese/pdfs/11_Licenciamento_ambiental1.pdf. Acesso em: 14 jul. 2016.

medida em que é um passo essencial para o desenvolvimento sustentável. Isso requer, todavia, leve alteração nos processos de tomada de decisão do Poder Executivo.

Na Espanha, o atendimento de todos os requisitos legais e técnicos se consubstanciam no fato de que os órgãos responsáveis pela emissão da declaração ambiental se encontram na condição de garantidos da qualidade necessária que a avaliação ambiental deve ter, e que é densificada pelas consultas públicas e informações fornecidas, pelos entes atingidos pelos projetos e plano.

Pródiga em detalhes, a regulamentação legal do tema, materializada na Ley 21, de 2013, busca a segurança, a confiabilidade e a diminuição dos riscos e impactos ao meio ambiente, e se vale dos melhores e mais amplos conhecimentos científicos que, como alude URETA²⁵, *“no es un desiderátum, sino un requisito jurídicamente exigible”*.

Adverte-se, ainda, sem exame de pormenores, que a existência de uma lei geral e de instrumentos de planejamento ambiental territorial são efetivos para a garantia da segurança jurídica e maior efetividade da proteção ambiental.

CONCLUSÃO

Os diagnósticos da tramitação e do conteúdo da PEC nº 65, de 2012, que propõe alterações negativas à promoção da garantia do direito ambiental brasileiro, levam inevitavelmente a reflexão sobre as causas que levam o

25 URETA, Agustín García. Comentarios sobre la Ley 21/2013, de evaluación ambiental. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 194, p.317-371, mayo/ago. 2014, p. 350.



Congresso Nacional brasileiro a propor e aprovar propostas que alteram, substancialmente, o procedimento do licenciamento ambiental no Brasil.

De todos os argumentos possíveis, o primeiro deles é o de que o licenciamento ambiental, apesar de ser um dos principais instrumentos da política ambiental brasileira, amparado por princípios constitucionais, possui omissões e falhas, dentre os quais, a ausência de um marco geral que o regulamente. Nesse exato momento, o Brasil, ávido por enfrentar a crise econômica e política, e esperançoso em avançar grandes obras de infraestrutura, depara-se com a necessidade de rediscutir o licenciamento ambiental, muitas vezes moroso e considerado um dos entraves ao desenvolvimento social e econômico.

Não há, no momento, sinais de que o Congresso Nacional aprecie e vote, em breve, tanto da PEC nº 65, de 2012, quanto outros projetos de lei que tramitam ou que ainda podem vir a ser apresentados pelo Poder Executivo, como anunciado pelo Ministro de Meio Ambiente.

Por tais razões, este estudo e a aferição da realidade de outros países, como a Espanha, conduzem a certeza de que a normatização do procedimento gera segurança jurídica e evita a judicialização da matéria, além de se obter, na experiência comparada, instrumentos de planejamento territorial ambiental, como a avaliação ambiental estratégica, que podem ser utilizados e implementados pelo Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 jul. 2016.

Ir para o índice

BRASIL. **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 14 jul. 2016.

BRASIL. **Lei Complementar nº 140**, de 8 de dezembro de 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2016.

ESPAÑA. **Constituição de 1978**. Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2016.

ESPAÑA. Jefatura Del Estado. **Boletín Oficial del Estado**, n. 296, 2013. Disponível em: <https://www.boe.es/boe/dias/2013/12/11/pdfs/BOE-A-2013-12913.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2016.

FARIAS, Talden. Da licença ambiental e sua natureza jurídica. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 9, p. 3-5, 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-9-JANEIRO-2007-TALDEN%20FARIAS.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2016.

FINK, Daniel Roberto *et al.* **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

HOFFMANN, Rose. **Gargalos do licenciamento ambiental federal no Brasil**. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema14/2015_1868_licenciamentoambiental_rose-hofmann. Acesso em: 14 jul. 2016.

INSTITUTO O DIREITO POR UM PLANETA VERDE. **Planeta Verde lança carta de repúdio à PEC65/2012**. Disponível em: <http://www.planetaverde.org/noticia/instituto/2904/planeta-verde-lanca-carta-de-repudio-a-pec652012>. Acesso em: 16 maio 2016.



MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 23. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **MMA e agricultura discutem licenciamento**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/index.php/comunicacao/agencia-informma?view=blog&id=1687> Acesso em: 15 jul. 2016.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Resolução Conama nº 237, de 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/co-nama/res/res97/res23797.html>. Acesso em: 13 jul. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Nota Técnica - A PEC 65/2012 e as Cláusulas Pétreas**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota-tecnica-pec-65-2012/>. Acesso em: 16 maio 2016.

PARAGUASSU, Lisandra. Temer defende mudança em regras de venda de terra a estrangeiros e de licenciamento ambiental. **Jornal O Globo**, 12 jul. 2016. Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/brasil/temer-defende-mudanca-em-regras-de-venda-de-terra-estrangeiros-de-licenciamento-ambiental-19694681.html>. Acesso em: 14 julho 2016.

PETER DA SILVA, Christiane de Oliveira. A pesquisa científica na graduação em Direito. **Universitas Jus**: Revista da Faculdade de Ciências Jurídicas e de Ciências Sociais do Centro Universitário de Brasília. Brasília: ano. 06, n.11, p. 25-43, dez. 2004. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/pesquisagraduacaochristinepeter.pdf> Acesso em: 20 jul. 2016.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado nº 654**, de 2015. Dispõe sobre o procedimento de licenciamento ambiental especial para empreendimentos de infraestrutura considerados estratégicos e de interesse nacional. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/123372>. Acesso em: 15 jul. 2016.

Ir para o índice

SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 65**, de 2012. Acrescenta o § 7º ao artigo 225 da Constituição, para assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/109736>. Acesso em: 13 jul. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

THE WORK OF ROBERTO MANGABEIRA UNGER. Disponível em: http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/portuguese/pdfs/11_Licenciamento_ambiental1.pdf. Acesso em: 14 jul. 2016.

URETA, Agustín García. Comentarios sobre la Ley 21/2013, de evaluación ambiental. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 194, p.317-371, mayo/ago. 2014.

URIBE, Gustavo. Temer garante retomar demarcações indígenas e licenciamento ambiental. **Folha de S. Paulo**, 14 jul. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/07/1790940-temer-garante-retomar-demarcacoes-indigenas-e-licenciamento-ambiental.shtml>. Acesso em: 14 jul. 2016.



O rompimento da barragem de Fundão no contexto da crise do capitalismo e as epistemologias do sul como forma de proteção aos Direitos Humanos

The breaking of fundão dam in the context of the crisis of capitalism and the south epistemologies as a form of protection to human rights

MARINA DE MACÊDO CARVALHO
NATÁLIA DE SOUZA LISBÔA

Resumo

A partir da análise do caso do rompimento da Barragem de Fundão, tem-se por objetivo, realizar o estudo das dimensões do desastre ambiental e os danos causados, diretamente nos Rios Gualaxo do Norte, Carmo e Doce, a violação dos direitos humanos dos atingidos e a possibilidade de utilização do Direito Internacional por intermédio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Vê-se que modelo de *commodities* adotado pelos governos brasileiros, ao longo de sua história, cuja explo-

[Ir para o índice](#)

ração rápida de produtos *in natura* com pouca industrialização voltada para exportação, continua demonstrando a subjugação nacional frente às grandes corporações. Ainda, tem-se como apresentação de uma abertura ao pensamento crítico da crise do capitalismo e do modo de produção, especificamente, da mineração no Brasil e as Epistemologias do Sul, por meio do diálogo intercultural, representados, também, pela mudança de conceitos para desmercantilizar, democratizar e descolonizar.

Palavras-chave: Barragem de fundão; Capitalismo; Epistemologias do Sul; Direito Internacional; Direitos Humanos.

Abstract

Based on the analysis of the case of the dam of the Fundão Dam, the objective is to study the dimensions of the environmental disaster and the damages caused directly in the Gualaxo do Norte, Carmo and Doce rivers, the violation of the human rights of those affected and the possibility of using international law through the Inter-American Commission on Human Rights. It is seen that the commodity model adopted by the Brazilian governments throughout its history, whose rapid exploitation of in natura products with little industrialization focused on export, continues to demonstrate the national subjugation in front of the big corporations. Also, it is presented as an opening to the critical thinking of the crisis of capitalism and the mode of production, specifically of mining in Brazil, the Epistemologies of the South, through intercultural dialogue, also represented by the change of concepts to decommodify, democratize and decolonize.

Keywords: Fundão dam; Capitalism; Epistemologies of the South; International Law; Human Rights.



INTRODUÇÃO

*O sertão vai virar mar
É o mar virando lama
Gosto amargo do rio Doce
De Regência a Mariana*

(Cacimba de Mágoa
Tato/Falamansa e Gabriel o Pensador)

O rompimento da Barragem de Fundão serviu de ponto referencial para o estudo das dimensões do desastre ambiental e dos danos causados nos Rios Gualaxo do Norte, Carmo e Doce. Partindo do método de análise de caso para verificar as evidências empíricas, a modalidade de pesquisa qualitativa foi utilizada de forma descritiva e explanatória.

Para o desenvolvimento deste objetivo, são apresentados um breve histórico da Samarco S/A e uma construção dos acontecimentos a partir do rompimento da barragem e suas consequências para o meio ambiente. Após, são analisadas as violações aos direitos humanos dos atingidos, especialmente à luz do Direito Internacional e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, são demonstradas a crise do capitalismo e dos modos de produção, apresentando as epistemologias do Sul como alternativa para a construção um pensamento anticapitalista, anticolonial e antiimperialista.

1 A SAMARCO S/A E O ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO

1.1 A Samarco S/A – Breve apresentação

A Samarco Mineração S/A é uma empresa brasileira de mineração, fundada em 1977, de capital fechado, controlada em partes iguais por dois acio-

[Ir para o índice](#)

nistas: BHP Billiton Brasil Ltda. e Vale S.A.¹. Inicialmente, ela foi constituída pela Samitri e pela *Marcona Internacional*, em 1973, iniciando suas operações de extração de minério de ferro, transporte dutoviário, pelotização e transporte transoceânico em 1977². Em 1984, o grupo anglo-australiano BHP Billiton adquiriu a Utah Internacional, controladora da *Marcona Internacional*, no esteio de recordes de produção e venda da Samarco e já em 1986, a empresa iniciava a distribuição de dividendos aos seus acionistas.

A empresa Samarco S/A é uma *joint venture* das empresas Vale e BHP Biliton. Esse modelo estratégico de parceria empresarial é muito comum no cenário econômico recente e é uma figura jurídica que contempla as associações e as alianças estratégicas entre empresas. Sua aplicação estende-se desde um simples contrato de colaboração, até a união total de sociedades numa única empresa³. Esse tipo de constituição é entendida como uma forma de minimizar reponsabilidades civis, penais e ambientais, por existir uma empresa constituída, mas, algumas decisões administrativas são tomadas pelas empresas constituintes.

1.2 O rompimento da Barragem de Fundão

No dia 05 de novembro de 2015, a barragem de rejeitos de Fundão, pertencente a empresa Samarco Mineração S/A rompeu-se provocando o derramamento de cerca de 6,2 milhões de metros cúbicos de rejeito inerte da mineração de minério de ferro, no rio do Carmo, um importante afluente do Rio Doce. A tragédia que aconteceu por volta das 16h20min soterrou o distrito de Bento Rodrigues, pertencente a cidade de Mariana, causando

1 SAMARCO MINERAÇÃO. (2008). **Relatório Anual 2007**. Belo Horizonte, 2008.

2 Ibdem, 2008.

3 MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Parcerias empresarias “joint ventures”**. 2015. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6843. Acesso em: 05 jul. 2016.



20 mortes e enormes prejuízos a diversas comunidades, ao longo da micro bacia do Rio do Carmo, chegando a Bacia do Rio Doce, onde continuou seu rastro de lama e destruição até chegar ao oceano Atlântico.

A lama de rejeitos devastou 663 km nos rios Gualaxo do Norte, Carmo e Doce, percorrendo 879 km até chegar ao Oceano Atlântico, onde adentrou 80 km² ao mar. Distritos e povoados foram completamente devastados pela lama. Depois de destruir o Distrito de Bento Rodrigues, a enxurrada de lama de rejeitos das barragens atingiu as seguintes localidades: Camargos, Cláudio Manuel, Paracatu de Cima, Paracatu de Baixo, Pedras, Barretos, Gesteira, Barra Longa, Santa Cruz do Escalvado, Belo Oriente, Periquito, Pedra Corrida, Alpercata, Governador Valadares, Tumiritinga, Galileia, Resplendor, Quatituba, Itueta, Aimorés, Baixo Guandu, Colatina, Marilândia, Linhares, Regência e Povoação, conforme pode ser observado na Figura 1.



Figura 1: Percurso da lama de rejeitos de mineração, a partir da barragem de Fundão até o oceano Atlântico. Extraído de: ONB, 2015.

Ir para o índice

O saldo é de 20 pessoas mortas, mais de 1.200 pessoas desabrigadas, mais de 1500 hectares de terras destruídas, incluindo parques estaduais e unidades de conservação (Parque Estadual do Rio Doce, Parque Estadual Sete Salões, Floresta Nacional Goytacazes e o Corredor da Biodiversidade Sete Salões-Aymoré). Pescadores, ribeirinhos, agricultores, assentados da reforma agrária e populações tradicionais, como o povo indígena Krenak e moradores das cidades, ao longo dos rios atingidos, foram imensamente lesados⁴.

O rompimento da barragem de Fundão é a maior tragédia ambiental do Brasil, podendo ser considerada um marco no fim do megaciclo das *commodities* no país, começado por volta dos anos 2000⁵, acentuando de forma concreta a grave crise mundial provocada pelo capitalismo. Esse megaciclo pode ser associado ao período entre 2003 e 2013, quando as importações globais de minérios saltaram de US\$ 38 bilhões para US\$ 277 bilhões. De acordo com *Trade Maps*, em 2013, apenas cinco países foram responsáveis por dois terços das exportações globais de minérios, tendo o Brasil se destacado em segundo lugar, e respondendo por 14,3% das exportações de minério no mundo⁶.

Relatórios de várias entidades não governamentais e diversos grupos de pesquisas, em universidades brasileiras, indicam que existe uma rela-

4 Poemas. **Antes fosse mais leve a carga**: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG). Mimeo. 2015. Disponível em: <http://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/PoEMAS-2015-Antes-fose-mais-leve-a-carga-vers%C3%A3o-final.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2016.

5 Poemas. **Antes fosse mais leve a carga**: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG). Mimeo. 2015. Disponível em: <http://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/PoEMAS-2015-Antes-fose-mais-leve-a-carga-vers%C3%A3o-final.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2016.

6 ITC. **Trade Map**: trade statistics for international business development. 2015. Disponível em: <http://www.trademap.org/>. Acesso em: 05 jul. 2016.



ção estrutural entre eventos de rompimento de barragens de rejeitos e os ciclos econômicos da mineração. Análises mais profundas indicam que existe um aumento do risco de rompimento de barragens, nos ciclos pós aumento do preço do minério de ferro: “[...] Essa relação estaria associada a aceleração dos processos de licenciamento ambiental e a pressão sobre os órgãos licenciadores, na fase de preços elevados, bem como, a intensificação da produção e pressão por redução de custos, no período de redução dos preços.”⁷. O modelo de desenvolvimento adotado no país, ao longo do tempo, determina de forma cruel o papel do Brasil no mundo, sendo que essa herança de uma política *diktat* semicolonial não agrega valor aos produtos, gerando riqueza para os países “compradores” que beneficiam os produtos e os fazem retornar com suas altíssimas taxas de lucro, subsumidas.

Nesse ínterim, podem ser relacionadas as demandas do mercado capitalista, com uma busca pela alta produção e afrouxamento das fiscalizações, legislação e despreocupação das empresas com o meio ambiente. Tal situação demonstra claramente que o atual modelo econômico, ao criar demandas que não satisfazem de forma equitativa a população mundial, deixa rastros de degradação ambiental, principalmente, nos países fornecedores de matéria-prima.

1.3 As bacias do Rio do Carmo e Rio Doce

O rio do Carmo corre por uma extensão de 134 km e, junto à cabeceira, tem como principais formadores: o ribeirão do Funil e o córrego do

7 Poemas. **Antes fosse mais leve a carga**: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG). Mimeo. 2015. Disponível em: <http://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/PoEMAS-2015-Antes-fose-mais-leve-a-carga-vers%C3%A3o-final.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2016.

Tripuí, que nascem no município de Ouro Preto, na Serra do Veloso. Essa serra é um divisor de águas de dois principais rios do estado, o Doce e o rio das Velhas. Sua foz está no município de Rio Doce, na confluência com o rio Piranga, quando formam o rio Doce. Entre seus afluentes, destacam-se, pelo porte, os rios Gualaxo do Norte, pela margem esquerda e Gualaxo do Sul, pela margem direita. (fig. 2).



Figura 2: Mapa da Bacia do Rio Doce, com destaque à bacia do Rio do Carmo. Extraído de BARBOSA, 2004.

A bacia hidrográfica do rio Doce compreende uma área de drenagem de 83.000 km², dos quais 86% pertencem ao Estado de Minas Gerais e 14% ao Estado do Espírito Santo. A bacia do rio Doce abrange, atualmen-



te, 230 municípios, que têm cerca de 3100000 habitantes, sendo que a população urbana representa 68,7% do total⁸.

O rompimento da barragem de rejeitos afetou um total de 679 km de rios, sendo 114 km entre a barragem de Bento Rodrigues até a represa da Usina Condonga, e outros 564 km entre a usina e a foz do Rio Doce no oceano, em Linhares, no Espírito Santo⁹.

Os dados sobre a qualidade da água nos rios afetados, após o rompimento da Barragem de Fundão, ainda são preliminares e, tanto empresas contratadas pela Samarco, pelos órgãos governamentais, pelos grupos independentes e universidades já emitiram relatórios parciais que indicam aumento significativo de turbidez, e alguns afirmam a presença de metais pesados, ao longo de toda a bacia do Rio Doce.

1.4 O Direito Internacional e as violações dos Direitos Humanos

O caso do rompimento da Barragem de Fundão foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, juntamente com outros doze casos emblemáticos da recorrência de violações de direitos humanos, em projetos de mineração no Brasil, sendo que a solicitação de audiência temática “Afetações aos Direitos Humanos devido à Mineração no Brasil” fora assinada por oito entidades de pesquisa e defesa dos direitos humanos, tendo sido concedida e realizada no dia 08/06/2016, em Santiago, no Chile.

8 IBGE. **Censo Demográfico 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

9 SOS MATA ATLÂNTICA. **Análise do impacto sobre áreas de Mata Atlântica do rompimento da barragem localizada no subdistrito de Bento Rodrigues, no município de Mariana-MG**. 2015. Disponível em: https://www.dropbox.com/s/blpifrcox1bp-g3e/091215_Atlas-Rio-Doce_Relatorio_final.pdf?dl=0. Acesso em: 08 jul. 2016.

As principais violações indicadas são em relação a omissão do Estado brasileiro, quando do licenciamento ambiental e a fiscalização das atividades minerárias, chamando a atenção para a regulação insatisfatória e a fiscalização insuficiente que garantem às megacorporações mineradoras, lucros altíssimos, incluindo, também, o pagamento de poucos tributos. A utilização do Direito Internacional é primordial para garantir que os Estados possam continuar sua existência autônoma, e ao mesmo tempo participar das relações internacionais, principalmente para proteção dos direitos humanos, que demandam cada vez mais, amparo na perspectiva da globalização dos mercados.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, determinou em seu artigo 225, um meio ambiente, ecologicamente, equilibrado, como mais um dos direitos e garantias fundamentais que integra o rol do artigo 5º, do mesmo documento legal. Dessa forma, é evidente o contato entre direitos fundamentais do ser humano e as normas de proteção ao meio ambiente.

Partindo do aporte teórico de Carla Amado Gomes, observando que a atenção ao risco ambiental vem crescendo, a partir da década de setenta do século passado, os exemplos de acidentes com petroleiros e explosões em instalações industriais trouxeram à discussão, na comunidade internacional, novas questões. Assim, entendendo-se que o risco ambiental “[...] traduz-se, para nós, numa ameaça de degradação ou destruição, grave ou irreversível, de bens ambientais naturais”¹⁰, é necessário que os

10 GOMES, Carla Amado. Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, São Leopoldo, v. 3, n. 2, p. 140-149 jul./dez. 2011, p. 143-144.



Estados revejam suas posições sobre os atos autorizativos de certas atividades, que podem, potencialmente, causar danos ao meio ambiente.

No entanto, verifica-se que o caso do rompimento da Barragem de Fundão não é um caso isolado, sendo apresentado como um reflexo do modelo desenvolvimentista e agroexportador brasileiro, baseados, exclusivamente, na ótica do capital. Com isso, a atividade mineradora da forma que é realizada, hoje, no Brasil, viola, principalmente, os direitos humanos à moradia, ao trabalho digno, à integridade cultural, à vida, ao território e à consulta livre, prévia e informada, das populações indígenas.

2. A CRISE DO CAPITALISMO E DESASTRES AMBIENTAIS

Um fator determinante para entender o capitalismo, de forma geral, principalmente sob o ponto de vista dos países explorados por grandes corporações, é a contradição: produção x apropriação de riqueza. Nesse aspecto, destaca-se a não redistribuição do excedente-valor entre os não trabalhadores e afetados, direto, pela exploração de recursos naturais, e as diversas formas do capital. Os lucros são de poucos, e/mas, os riscos e prejuízos são suportados por quem não colhe os benefícios dos empreendimentos. Nesse sentido, é possível caracterizar a atual etapa capitalista, como especulativa e parasitária, presidida pela insuficiente capacidade do capital produtivo, em atender as necessidades reais dos envolvidos. Robert Kurz¹¹ em sua análise da crise do sistema capitalista, assevera:

11 KURZ, Robert. **Crise e crítica**. O limite interno do capital e as fases do definimento do marxismo. 2013. Disponível em: <http://www.obeco-online.org/rkurz410.htm>. Acesso em: 07 jul. 2016.

[...] A crise, segundo o seu conceito, é completamente determinada pelo lado objetivado e determinado da relação social, o qual produz um agir dos seres humanos que é comandado por uma forma cega e apriorística da sua vontade, cujo contexto global, inconsciente se apresenta à superfície como o curso de um processo natural ou até de uma máquina.

No caso analisado, decisões administrativas tomadas por poucos dirigentes, geraram um prejuízo a toda nação brasileira. O conceito de crise, descrito acima, demonstra que ações humanas tomadas de forma maniqueísta, influenciadas por um modelo voltado ao capital, têm gerado consequências cruéis aos países explorados. Kurz¹² é taxativo ao afirmar:

[...] facto de o capitalismo não ter por objectivo o aumento do bem-estar, mas apenas a valorização do valor; ou seja, a produção de uma mera “riqueza abstracta” (Marx) como fim em si, enquanto a satisfação das necessidades materiais e sociais poderá ser na melhor das hipóteses um subproduto da lógica da valorização e também por isso é repetidamente negada na prática – e de modo nenhum apenas na crise.

Assim, é possível compreender como o atual momento do modelo capitalista visa apenas a exploração, cujo motivo maior é o excedente de capital, não tendo como objetivo o bem-estar social.

12 KURZ, Robert. **Crise e crítica**. O limite interno do capital e as fases do definimento do marxismo. 2013. Disponível em: <http://www.obeco-online.org/rkurz410.htm>. Acesso em: 07 jul. 2016.



3. AS EPISTEMOLOGIAS DO SUL E AS POSSIBILIDADES DE AMPLIAR A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O jusfilósofo português Boaventura de Sousa Santos, ao construir uma teoria baseada nas epistemologias do Sul, verificando o impacto do colonialismo e do capitalismo moderno na construção das epistemologias dominantes, também trata, a partir dos conceitos de Aníbal Quijano¹³ sobre colonialidade do poder, da ecologia de saberes como uma necessidade de dialogar de forma horizontal, entre os diversos tipos de conhecimento. Tal diálogo deve romper com o pensamento jurídico tradicional, que ainda está arraigado no processo histórico imperial, para buscar através do diálogo intercultural, resolver o dilema entre o universalismo e o relativismo, a universalidade e a particularidade.

É necessário deixar evidente que o conceito de sul, utilizado por Boaventura de Sousa Santos, não é unicamente geográfico, ainda que a maioria dessas populações vivam em países do hemisfério sul, mas sim, uma “[...] metáfora do sofrimento humano causado pelo capitalismo e colonialismo, em escala global e da resistência para superá-lo ou minimizá-lo. É por isso um sul anticapitalista, anticolonial e anti-imperialista¹⁴” (Tradução das autoras)¹⁵, utilizando-se das premissas que a compreensão do mundo é muito maior do que a visão ocidental e que a diversidade do

13 QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. In SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

14 “una metáfora del sufrimiento humano causado por el capitalismo y el colonialismo a escala global y de la resistencia para superarlo o minimizarlo. Es por eso un Sur anticapitalista, anticolonial y antiimperialista”. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación Del Estado en América Latina** – perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad; Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

15 Ibidem, 2010.

mundo é infinita, compreendendo diversos modos de ser, pensar, sentir, conceber o tempo, organizar coletivamente a vida, a produção de bens e serviços, olhar o passado e o futuro etc., uma vez que:

[...] Esses limites são agora mais visíveis no continente latino-americano em um momento em que as lutas sociais estão orientadas a ressemantizar velhos conceitos e, ao mesmo tempo, a introduzir substantivos novos que não tem precedentes na teoria crítica eurocêntrica, que não são expressos em nenhuma das línguas coloniais em que fora construída. Essa é a primeira razão para tomar distância da teoria crítica eurocêntrica¹⁶. (Tradução das autoras)

Ao abandonar a concepção linear de tempo, Boaventura de Sousa Santos¹⁷ desenvolve a ecologia de saberes como uma contraepistemologia, que tem como consequências uma globalização contra-hegemônica, com uma nova visão política e de resistência ao capitalismo, bem como, vê surgir a proliferação de alternativas, a partir de um pensamento pluralista e propositivo.

A construção de uma epistemologia do Sul requer uma desconstrução do pensamento de uma naturalização do capitalismo, da democracia representativa liberal e do racismo, que resume as mudanças em três

16 “Estos límites son ahora más visibles en el continente latinoamericano en un momento en que las luchas sociales están orientadas a ressemantizar viejos conceptos y, al mismo tiempo, a introducir sustantivos nuevos que no tienen precedentes en la teoría crítica eurocéntrica, tanto más que no se expresan en ninguna de las lenguas coloniales en que fue construida. He ahí la primera razón para tomar distancia de la teoría crítica eurocéntrica”.

17 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación Del Estado en América Latina – perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad; Programa Democracia y Transformación Global, 2010.



conceitos: desmercantilizar, democratizar e descolonizar¹⁸. Isso significa, então, refundar os conceitos de justiça, incluindo os conceitos de igualdade e liberdade, a partir do reconhecimento da diversidade. Dessa maneira, as epistemologias do Sul estão além do relativismo ou do universalismo, para a reconstrução da justiça cognitiva para a ecologia do conhecimento e da justiça histórica, para a luta conta o colonialismo estrangeiro, bem como, o interno.

Essa teoria fica mais consistente, com o aporte teórico trazido por Walter D. Mignolo,¹⁹ quando afirma que os seres humanos nascem iguais e vão perdendo sua igualdade, uma vez que, assim, os humanistas do ocidente se sentiram autorizados a falar pelo homem e pelo humano, de todo o mundo. Desse modo, quando se trata de direitos humanos, tem que contextualizar o “humano” não como uma invenção do império ocidental, herdado da fundação histórica do colonialismo moderno, mas, pela perspectiva de colonial, afastando-se do padrão de humano, humanidade e ideal de civilização moderna.

CONCLUSÃO

As discussões teóricas sobre a necessidade do reconhecimento das relações entre os espaços de poder e as hierarquias, consolidadas pela tradição epistêmica ocidental, proveniente do colonialismo, demonstram que a lei e o direito ocupam um lugar especial nesse debate epistemo-

18 Ibidem, 2010, p.130.

19 MIGNOLO, Walter D. **Epistemic Disobedience, Independent Thought and Decolonial Freedom**. Theory, Culture & Society. (SAGE, Los Angeles, London, New Delhi, and Singapore), v. 26, (7–8), 2009.

lógico, uma vez que devem servir como uma forma de conhecer, as realidades multiculturais de um povo, devendo assim romper as cadeias de dominação e exploração impostas pela globalização e pelo modelo de capitalismo ocidental, que não reconhece outras formas de economia, consumo e trabalho, além daquelas impostas por eles.

Para garantir os níveis de lucratividade e, principalmente, retorno a seus acionistas, a empresa optou por intensificar investimentos baseados em uma demanda superestimada, de continuidade da alta do preço do minério de ferro, aumentando, deliberadamente, a exploração do recurso²⁰. A repercussão dessas decisões administrativas, nas medidas de segurança relacionadas ao rompimento da barragem será apurada pelos devidos órgãos investigatórios, sendo que a maior parte dos danos ambientais são irreparáveis e incalculáveis. Apesar do grande esforço de pesquisadores, especialistas e técnicos, em diversas frentes, para conhecer e tentar mitigar os impactos negativos, novos danos surgem a cada dia.

Além dos danos, diretamente, causados pelo rompimento da Barragem de Fundão, ainda houve consequências graves e violações posteriores, como omissão de assistência emergencial, prestação de informações confusas pela empresa acerca da causa e da extensão do dano, além de problemas no abastecimento de água e os reflexos dos danos nos direitos econômicos, sociais e culturais dos atingidos. E mais, ainda, a tentativa de imposição de um acordo, intermediada pelo Estado brasileiro, demonstra que a opção não foi a de ouvir, atentamente, os clamores dos atingidos, deixando perguntas sem respostas, sobre a iminência de outros desastres.

20 Poemas. **Antes fosse mais leve a carga**: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG). Mimeo. 2015. Disponível em: <http://www.ufjf.br/poemas/files/2014/07/PoEMAS-2015-Antes-fosse-mais-leve-a-carga-vers%C3%A3o-final.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2016.



Sob a perspectiva dos agentes econômicos, é decisivo discutir os níveis de responsabilidade envolvidos nas estratégias corporativas e formatos organizacionais dos grupos Vale e BHP Billiton, controladores da Samarco. De fato, estruturas acionárias complexas e financeirizadas são racionalmente utilizadas como formas de desresponsabilização. No caso do grupo anglo-australiano, o formato jurídico de *non operated joint venture* da Samarco é decisivo, mas, suas práticas ambientais, em diferentes localidades, demonstram um padrão de ação profundamente contestável, o que demonstra a crise do sistema econômico.

A omissão, após análises mais profundas e a convivência dos governos com a atuação dessas empresas demonstram que as práticas voltadas à dependência do capital, estão em crise. Com isso, faz-se premente que o caso seja analisado com toda a atenção pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos para que, juntamente, com as demais afetações causadas, pelas mineradoras, aos direitos humanos, para todos os atingidos, sejam devidamente reparados e que o risco ambiental seja melhor avaliado de forma a ser minorado como uma condicionante, nas próximas concessões de exploração em mineração.

Dessa forma, o rompimento da Barragem de Fundão demonstra a omissão estatal do Brasil e a irresponsabilidade empresarial da Samarco, que deve ser estendida aos seus acionistas, inclusive, no âmbito do Direito Internacional. Para isso, os Estados e a comunidade internacional devem repensar soluções alternativas, a partir das Epistemologias do Sul que reconheçam a importância do diálogo intercultural e que garantam uma nova perspectiva, a partir de um pensamento anticapitalista, anticolonial e antiimperialista.

[Ir para o índice](#)

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Sylvio Elvis da Silva. **Análise dos dados hidrológicos e regionalização de vazões da Bacia do rio do Carmo**. Ouro Preto: UFOP, 2004.

GOMES, Carla Amado. Subsídios para um quadro principiológico dos procedimentos de avaliação e gestão do risco ambiental. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**. v. 3, n. 2, p. 140-149. jul./dez. 2011.

IBGE. **Censo Demográfico 2010**. Rio de Janeiro: IBGE, 2015.

ITC. **Trade Map: trade statistics for international business development**. 2015. Disponível em: <http://www.trademap.org/>. Acesso em: 05 jul. 2016.

KURZ, Robert. **Crise e crítica**. O limite interno do capital e as fases do definhamento do marxismo. 2013. Disponível em: <http://www.obeco-online.org/rkurz410.htm>. Acesso em: 07 jul. 2016.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Parcerias empresarias “joint ventures”**. 2015. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6843. Acesso em: 05 jul. 2016.

MIGNOLO, Walter. **Epistemic Disobedience, Independent Thought and Decolonial Freedom. Theory, Culture & Society**. v. 26. SAGE, Los Angeles, London, New Delhi, and Singapore), 2009, p. 7-8.

POEMAS. **Antes fosse mais leve a carga**: avaliação dos aspectos econômicos, políticos e sociais do desastre da Samarco/Vale/BHP em Mariana (MG). Mimeo. 2015. Disponível em: <http://www.ufjf.br/>



[poemas/files/2014/07/PoEMAS-2015-Antes-fosse-mais-leve-a-carga-vers%C3%A3o-final.pdf](#). Acesso em: 07 jul. 2016.

ONB. Organics News Brasil. **Lama que sufoca o Rio Doce será tema na COP-21**. Disponível em: <http://www.organicsnewsbrasil.com.br/meio-ambiente/barragem-mg/lama-que-agoniza-o-rio-doce-sera-tema-na-cop-21/>. Acesso em: 07 jul. 2016.

ONB. **Who Speaks for the “Human” in Human Rights?** Human Rights in Latin American and Iberian Cultures. HispanicIssuesOnLine. v. 5.1, 2009.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina, 2009.

SAMARCO MINERAÇÃO. Relatório Anual 2007. Belo Horizonte: Samarco, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación Del Estado en América Latina –perspectivas desde una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad; Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

SOS MATA ATLÂNTICA. **Análise do impacto sobre áreas de Mata Atlântica do rompimento da barragem localizada no subdistrito de Bento Rodrigues, no município de Mariana-MG**. 2015. Disponível em: https://www.dropbox.com/s/blpifrcox1bpg3e/091215 Atlas-Rio-Doce Relatorio_final.pdf?dl=0. Acesso em: 08 jul. 2016.

Ir para o índice



II. CONSTITUCIONAL



Sanção de perda de mandato por infidelidade partidária e separação de poderes: questão de hermenêutica constitucional? Breves notas com fito em Heidegger

Punishment to loss of office in partisan
infidelity and separation of powers:
constitutional hermeneutics matter?
Curt notes based on Heidegger

JÚLIA MAIA DE MENESES COUTINHO
MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA
NEWTON DE MENESES ALBUQUERQUE

Resumo

Aborda-se a infidelidade partidária ante as vicissitudes de instituir sanção de perda de mandato, que se comporta ora como condição imprescindível para a manutenção da atividade política, ora como instrumento de exorbitância ao princípio da separação de poderes. Investiga-se esse comportamento tendo por alvo o critério interpretativo propos-

[Ir para o índice](#)

to por Martin Heidegger, de acordo com a noção de que a identidade interpretativa tem como base a própria história, em perene elaboração. Esse aspecto permite “desocultizar” a Resolução nº 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e revela melhor compreensão daquilo não explícito na literalidade da norma. Utiliza-se dois veículos de *marketing*, como a análise SWOT e a matriz de BCG para facilitar o entendimento da resolução e sanar a problemática central deste escrito, qual seja, se a sanção de perda de mandato é um instrumento de violação ao princípio da separação de poderes, com fito nas lições de Heidegger.

Palavras-chave: Infidelidade Partidária. Separação de Poderes. Hermenêutica Constitucional. Martin Heidegger.

Abstract:

It addresses partisan infidelity in the face of the vicissitudes of instituting a sanction of loss of mandate, which acts as an indispensable condition for the maintenance of political activity, and sometimes as an instrument of exorbitance to the principle of separation of powers. This behavior is investigated with the objective of interpreting Martin Heidegger, according to the notion that the interpretative identity is based on the history itself, in perennial elaboration. This aspect allows for the “unoccupying” of Resolution nº 22.610 / 2007 of the Superior Electoral Court (TSE) and reveals a better understanding of what is not explicit in the literality of the standard. Two marketing vehicles, such as the SWOT analysis and the BCG matrix, are used to facilitate understanding of the resolution and to address the central issue of this brief, namely whether the sanction of loss of mandate is an instrument of violation of the Principle of the separation of powers, according to the lessons of Heidegger.



Keywords: *Partisan Infidelity. Separation of Powers. Constitutional Hermeneutics. Martin Heidegger.*

INTRODUÇÃO

O tema em escopo mostra-se relevante, pois questiona, em linhas preliminares, se o Supremo Tribunal Federal (STF) poderia atribuir ao TSE a competência regulamentadora da perda de mandato, criando a sanção e as hipóteses de justa causa da desfiliação partidária, como ocorreu nos termos do artigo 1º, *caput*, e § 1º da Resolução nº 22.610/2007 do TSE¹.

Secundariamente, por meio do critério hermenêutico extraído das lições de Heidegger, em *Ser e Tempo – parte I*, em que a identidade interpretativa tem como base a própria história, em constante elaboração, pautada na tríade da situação original em consonância com a compreensão e a discursividade, permite-se “desocultizar” a Resolução nº 22.610/2007 do TSE, e resvala-se melhor entendimento e revelação daquilo não explícito na literalidade da norma, ou seja, demanda-se o que há transposto às palavras manifestas. Por conseguinte, foram empregados meios de *marketing* análise SWOT e matriz de BCG para facilitar a interpretação da tomada de decisão no pertinente à Resolução.

Com efeito, são objetivos deste artigo, analisar se a infidelidade partidária, perante a vicissitude de criar da sanção de perda de mandato se

1 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.610. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 25 outubro 2007b.

2 HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** – parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

comporta como condição imprescindível da eficácia da atividade política ou como instrumento de exorbitância ao princípio da separação de poderes, investigar o comportamento do instituto, com vistas ao critério interpretativo proposto por Martin Heidegger, conforme a noção de identidade interpretativa histórica, em perene formulação, de modo a permitir a desocultização da Res. nº 22.610/2007 do TSE, e, por fim, utilizar dois instrumentos do planejamento de *marketing*: a análise SWOT e a matriz de BCG, para permitir melhor identificação dos elementos facilitadores do entendimento.

Como critério metodológico propõe-se uma pesquisa bibliográfica, realizada com suporte na análise de obras e artigos especializados. Em seguida, denotou-se o método da interdisciplinaridade do Direito Constitucional, da Hermenêutica Constitucional e do Planejamento de Marketing, por meio de expedientes como a análise SWOT e a matriz de BCG, para que fosse possível a proposta do artigo de investigar se a sanção de perda de mandato é um instrumento de exorbitância e violação ao princípio da separação de poderes, com suporte nas lições de Heidegger.

1. PERDA DE MANDATO POR INFIDELIDADE PARTIDÁRIA E SEPARAÇÃO DE PODERES

O movimento proveniente da redemocratização brasileira teve bastante influência na Constituição Federal de 1988, haja vista o cuidado em tornar e reconhecer o homem como cidadão, malgrado a força defesa de atuação eleitoral e política no Brasil.

Desta feita, observou-se, ao longo dos tempos, o empenho por uma democracia baseada no direito de voto e participação em cargo público,



cuja eleição fosse direta e livre. Adita-se a isso a noção de que a democracia se robusteceu com o advento primordial das bases populares, ilustrado pela soberania popular, haja vista a possibilidade de promover a organização democrática e a luta social; ou seja, o aumento da participação popular é um fator, sobremaneira, de promoção de equilíbrio entre a semelhança política e a igualdade social, de modo que a soberania popular é havida como robusta força em prol da liberdade política. Assim, tal elemento conduziu a importantes avanços democráticos, a exemplo das competições eleitorais amplas, da extensão do direito de voto e, principalmente, no que diz respeito à independência e harmonia entre os três poderes.

Como consequência desse último fato, a separação de poderes surge como efigie de legitimação do poder em meio aos constantes devaneios do sistema político. Importa destacar, também, que os princípios da soberania popular e da representação, ambos positivados constitucionalmente, influenciam o complexo político-eleitoral brasileiro.

Nessa linha de orientação, a fidelidade partidária é cotejada com a democracia, em virtude das inúmeras iniciativas em tramitação no Congresso Nacional. No tocante ao tema, por ser um dos elementos de constituição da reforma política, que, nos termos de Benevides³, deve “[...] buscar sempre a maximização da expressão da vontade popular nos processos eleitorais e o aumento da transparência e eficácia dos instrumentos de combate à corrupção”. Nesse sentido, oportuno é prescrever a ideia de que o instituto irrompe para garantir maior equilíbrio ao tripé: partido, eleitores e eleitos.

3 BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. Nós, o povo: reformas políticas para radicalizar a democracia. In: BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita; M. V. Kerche; F., Van-nuchi (org.). **Reforma política e cidadania**. São Paulo: Perseu Abramo, 2003, p. 85.

Destarte, a fidelidade partidária promove o condicionamento legislativo, por meio da ponderação entre a autonomia da vontade pessoal do detentor do mandato eletivo e a vontade dos membros partidários, isto é, “[...] parece certo que a permanência do parlamentar na legenda pela qual foi eleito torna-se condição imprescindível para a manutenção do próprio mandato”⁴. De outra sorte, importa prescrever a ideia de que o instituto “[...] não poderá violentar a consciência e nem a liberdade de convicção do pensamento do parlamentar”⁵.

Entretantes, aloja-se o gravame da problemática aclarada pela Resolução nº 22.610/2007 do TSE (a dicotomia resultante da fidelidade partidária em detrimento da liberdade do parlamentar) que teve exórdio na Consulta nº 1.398⁶, elaborada pelo Partido da Frente Liberal (PFL), atual Democratas (DEM). Com essa Resolução, o TSE designou que a titularidade do mandato eletivo pertence ao partido político do qual o representante eleito conquistou o mandato, em virtude do sistema eleitoral proporcional e da fidelidade partidária como condição primordial de elegibilidade.

A compreensão concebida pelo TSE foi amparada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), dando ensejo para o ativismo judicial, que na lição de Capelletti⁷ é fundamentado “[...] pela necessidade da busca do Poder Judiciário, como forma de equilíbrio aos demais poderes”. Assim, im-

4 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2009, p. 821.

5 CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Fidelidade Partidária e impeachment** – Estudo de Caso. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 79.

6 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.398. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 08 maio 2007a.

7 CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 52.



porta destacar a colocação de Streck⁸, quando indica que “Não se pode confundir, entretanto, a adequada e necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte dos juízes e tribunais que seria antidemocrático”. Esse fato significa que a separação de poderes é elemento-chave para evitar que os tribunais se apropriem da Constituição.

É indubitável, portanto, que o ativismo judicial protagonizado pelo TSE e acolhido pelo STF deu azo aos limites da fidelidade partidária, bem como, promoveu a criação da hipótese de perda de mandato eletivo, não prevista no ordenamento constitucional do País, ainda que sob o argumento de interpretação sistemática dos princípios constitucionais relacionados aos partidos políticos e ao sistema eleitoral.

Questiona-se, nesse sentido, se o STF poderia atribuir ao TSE a competência regulamentadora da perda de mandato, criando a sanção e as hipóteses de justa causa da desfiliação partidária, consoante ocorreu nos termos do artigo 1º, *caput*, e § 1º da Resolução nº 22.610/2007 do TSE. Mezzaroba⁹, é claro, ao alertar a noção de que a perda de mandato eletivo por infidelidade partidária não encontra esteio em previsão constitucional e, com isso, argumenta que “[...] o representante só poderá ser punido com, no máximo, a expulsão da agremiação, sem, no entanto, acarretar qualquer prejuízo em relação ao mandato”.

Tal fundamento desponta da iniciativa constitucional de garantir aos partidos políticos a natureza de pessoas jurídicas de direito privado que,

8 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica ao Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 141.

9 MEZZAROBA, Orides. **Introdução ao Direito Partidário brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 278.

na perspectiva de Knoerr¹⁰, permite aos partidos que não sejam objetos de controle estatal e garante uma lacuna na afirmação de que os “[...] sujeitos da política eram os indivíduos e não os partidos”. Leitão¹¹, em diagnóstico complementar, exprime que:

O Texto Constitucional que trata dos partidos políticos garante uma autonomia relativa, ao permitir que sejam criados e até extintos livremente, sem a interferência do Estado, mas essa liberdade de criação é balizada por quatro princípios constitucionais: soberania nacional, regime democrático, pluripartidarismo e direitos fundamentais da pessoa humana [...].

Empós tais colocações, critica-se a resolução no tocante a competência para a sua edição, já que o ativismo em foco viola o princípio da separação de poderes, cuja previsão constitucional está disposta no artigo 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88)¹², efetivamente, pois, a alegação de que o TSE realizou apenas o seu poder normativo, sem qualquer interferência na separação de poderes é insustentável, por motivo de flagrante violação ao artigo 22, I, da CF/88¹³, de acordo com

10 KNOERR, Fernando Gustavo. **Bases e perspectivas da reforma política brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 141.

11 LEITÃO, Rômulo Guilherme. **Partidos Políticos e a estabilidade política brasileira após 1988**: por uma teoria do pluripartidarismo na consolidação democrática brasileira. 2013. 272p. Tese (Doutorado em Direito Constitucional Público e Teoria Política. Universidade de Fortaleza, 2013, p. 14.

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

13 Ibidem. Brasil, 1988.



a crítica de Cerqueira e Cerqueira¹⁴, quando salientam que “O TSE não pode ser legislador positivo, pois fere a CF/88, só podendo assim ‘legislar’ se se tratar de matéria infraconstitucional reservada a lei ordinária”.

Tempestivamente, ressalta-se que a matéria regulamentada pela Resolução foi remetida ao STF por meio do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade (ADI’s) nºs 3999¹⁵ e 4086¹⁶. O entendimento foi revelado no sentido de que a Resolução é constitucional até que o Congresso Nacional exerça a competência legislativa cabível. Assim, em se tratando, especificamente, da ADI nº 3999, oportuno é trazer à baila o alerta do ministro Joaquim Barbosa acerca da importância da compreensão correta do sistema representativo e da gravidade que representa a destituição do parlamentar do mandato outorgado pelo povo, fora da previsão constitucional. Ademais, essa perspectiva revela a preocupação com a afronta ao princípio da soberania popular (artigo 1º, parágrafo único da CF/88)¹⁷ e da separação de poderes (artigo 2º da CF/88)¹⁸, ao se estabelecer a sanção de perda de mandato eletivo para o trânsito, porquanto o TSE disciplinou uma matéria adstrita à competência privativa da União (artigo 22, I, da CF/88)¹⁹. Assim, infringir tal

14 CERQUEIRA, Tales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. **Fidelidade partidária & perda do mandato no Brasil:** temas complexos. São Paulo: Premier Máxima, 2008, p. 284.

15 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3999. **Diário da Justiça nº 221**, Brasília, DF, 20 nov. 2008a.

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4086. **Diário da Justiça nº 221**, Brasília, DF, 20 nov. 2008b.

17 Ibidem. Brasil, 1988.

18 Ibidem. Brasil, 1988.

19 Ibidem. Brasil, 1988.

competência reporta a um gesto de desrespeito à vontade soberana do povo e à separação de poderes, pois não se trata de uma fidelidade exclusiva do partido, mas, especialmente, do eleitor²⁰.

Nessa acepção, o desprendimento de uma análise interpretativa que verifique a realidade dos partidos pode acarretar uma ditadura partidária, cuja camisa de força ludibria o livre convencimento do parlamentar, reconhecendo apenas os deveres e não os direitos. Assim, a vigilância no intuito de evitar o desvirtuamento partidário deve ser constante, para que a fidelidade partidária não se torne um “[...] odioso instrumento de opressão dos filiados”²¹.

A linha de orientação deste artigo promove a noção de que o povo é pedra de toque imóvel da soberania popular e que a separação de poderes é elemento de vitalidade para um espaço imune de interferências²². Tal premissa é arrematada pela noção de que “[...] o governo do povo [...] exige que o corpo do povo seja reconhecido como soberano”²³. Ademais, é pertinente acrescentar que “O que está em jogo não é apenas o poder

20 COUTINHO, Júlia Maia de Meneses. (In)fidelidade partidária e Tribunal Regional Eleitoral do Ceará: tendências e descompassos – estudo de caso de Parlamentar Municipal. In: RODRIGUES, Francisco Lisboa; CUNHA, Jânio Pereira da; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses (org.). **Pautas constitucionais contemporâneas**. Fortaleza: Pouchain Ramos, 2013. p.133; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; MELO, Silvana Paula Martins de. Sufrágio-direito e sufrágio-função: diálogo entre Rousseau e Sieyès para debater o voto como direito ou obrigação. In: MIRANDA, Jorge (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima de; et al (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 4. p. 107-124.

21 CARDOSO, José Carlos. **Fidelidade Partidária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 62.

22 ACKERMAN, Bruce. **La nueva división de poderes**. México: FCE, 2007.

23 GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 117-118.



de decisão, de modificação da legislação, mas a própria legitimidade consagrada ao processo legislativo pelos eleitores nas urnas”²⁴.

É imprescindível acrescentar, em circunstâncias filosófico-políticas, que a separação de poderes encontrou assento em Políbio, Aristóteles e outros filósofos ao longo dos tempos, mas foi em Locke que se teve maior noção do princípio como pedra angular do Estado Democrático de Direito de forma vertical, haja vista que o Legislativo, para ele estava acima dos demais poderes e estes se subordinariam a ele. Entrementes, Montesquieu, em um momento mais afamado, promoveu a divisão dos poderes em funções executiva, legislativa e jurisdicional, de modo horizontalizado, sem sobrepor qualquer um aos demais, garantindo apenas que um limitaria o outro²⁵. Tal sistema, resvalado por Montesquieu é uma forma de “[...] assegurar a liberdade dos indivíduos”²⁶.

Tais precedentes levam à observação de que o constituinte originário buscou a harmonização dos poderes de modo coordenado, para que não houvesse luta entre eles. Conforme o lapidar discursivo de Mendes, Coelho e Branco²⁷, a separação de poderes:

24 SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo Judicial no Brasil: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política**. 2010. 193p. Tese (Doutorado em Ciência Política com área de concentração em Instituições). Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2010, p. 87-88.

25 MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

26 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 216.

27 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2009, p. 116.

[...] tem por finalidade orientar os intérpretes da Constituição no sentido de que, instituindo a norma fundamental de um sistema coerente e previamente ponderado de repartição de competências, não podem os seus aplicadores chegar a resultados que perturbem o esquema organizatório-funcional nela estabelecido, como é o caso da separação de poderes, cuja observância é consubstancial à própria ideia de Estado de Direito.

Salienta-se que a procedência do TSE e do STF, numa perspectiva legal, é questionável, porque representa um risco para o princípio da separação de poderes, um mecanismo eficaz de limitação do poder político com suporte nos alumes de Montesquieu²⁸, quando aduz que a liberdade política “[...] só existe quando não se abusa do poder; mas trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado à dele abusar; ele vai até onde encontra limites”.

Kant²⁹ não deixa dúvidas a respeito da necessidade de superpor o Legislativo sobre o Judiciário, já que “[...] o poder legislativo deve ser superior porque somente ele representa a vontade coletiva”³⁰. Rousseau³¹ acolita essas alegações por meio da célere passagem, nesta ilustração:

O princípio da vida política repousa na autoridade soberana. O poder legislativo é o coração do Estado; o poder

28 MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 166.

29 KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.

30 BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000, p. 227.

31 ROUSSEAU, J. J. **O contrato social**: princípios do direito político. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 107.



executivo, o cérebro, que dá movimento a todas as partes. O cérebro pode paralisar-se e o indivíduo continuar a viver. Um indivíduo torna-se imbecil e vive, mas, tão logo o coração deixar de funcionar, o animal morre.

Os diagnósticos compactuados pelos grandes filósofos políticos já mencionados traduzem a pertinente noção de que, à luz da separação de poderes, o ato de criar sanção de perda de mandato por infidelidade partidária exorbitou a esfera de competência funcional do Judiciário. Em sendo assim, a sanção jurídica de destituição é matéria de cunho legislativo por meio de emenda constitucional. Nesse sentido, traz-se à baila o posicionamento de Rousseau³², ao diagnosticar a ideia de que “[...] não é pela lei que o estado subsiste, mas pelo poder legislativo”.

Nesse tino, a supressão de cargo eletivo, ao não passar pelo filtro de constitucionalidade, feriu a separação de poderes, por ser “[...] inadmissível que um órgão sem ligações com a vontade popular seja encarregado de traduzir, exprimir, compreender e dar significado a essa vontade [...]”³³. Ademais, é de sabença comezinha que o ativismo judicial encontra limites na própria CF/88, conforme aborda Cittadino³⁴, ao relatar que:

Não se pode negar que as Constituições das democracias contemporâneas exigem uma interpretação construtiva das normas e dos princípios que as integram, e, neste sentido, as decisões dos tribunais – especialmente em

32 Ibidem. Rousseau, 2003, p. 96.

33 ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 80.

34 CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, Ativismo Judiciário e Democracia. **Alceu**, Brasília, v. 5, nº 9, p. 105-113, dez. 2004, p. 108.

face de conflitos entre direitos fundamentais – Têm necessariamente o caráter de “decisões de princípio”. No entanto, a despeito do fato da dimensão inevitavelmente “criativa” da interpretação constitucional – dimensão presente em qualquer processo hermenêutico, o que, por isso mesmo, não coloca em risco, a lógica da separação de poderes -, os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassem o direito escrito, devem proferir “decisões corretas” e não se envolver na tarefa de “criação do direito”, a partir de valores preferencialmente aceitos.

De acordo com as expressões, é notória a conduta exorbitante do Poder Judiciário, que ocasionou a usurpação de poderes do Legislativo, quando prolatou decisões judiciais sem legitimidade democrática para torná-las aptas à substituição de leis, no tocante ao posicionamento de Carvalho Netto³⁵, quando exprime a proporção do ativismo judicial no caso em apreço:

[...] no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.

35 CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *In*: CATTONI, Marcelo (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004. p. 38.



É notório o fato de que o ativismo é capaz de promover a efetivação dos direitos fundamentais, por um lado, é necessário perceber que existem limites substanciais e formais para efetivação prática deste meio que, no dizer de Tate e Vallinder³⁶ e Hirschl³⁷ é um evento mundial que cresce todo dia, mas que precisa de limites para cada poder, visando a não ocorrência de atuação ilegítima e inconstitucional por parte do Judiciário, pois “[...] a atividade controladora do Judiciário no âmbito da ampliação excessiva de sua competência em questões políticas é fator decisivo para uma crise de funcionalidade e de legitimidade do Estado Democrático de Direito”³⁸.

Tal contexto é compactuado por Dahl³⁹, ao evidenciar que “[...] quanto mais os quase guardiães [juízes] estendem sua autoridade às questões substantivas, mais eles reduzem o escopo do processo democrático”. Nesse sentido, faz-se pertinente acrescentar que estaríamos, portanto, “[...] diante de uma ‘supremocracia’; termo que se refere à autoridade do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação às demais instâncias do Judiciário, bem como à expansão de sua autoridade em detrimento dos demais poderes”⁴⁰.

Outro questionamento a ser encarado é o artigo 55, da CF/88⁴¹, ao disciplinar situações em que deputados e senadores estão sujeitos a perda

36 TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. *The global expansion of judicial power*. New York and London: New York University Press, 1995.

37 HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Harvard University Press, 2007.

38 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 235-236.

39 DAHL, Roberto A. *A democracia e seus críticos*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 304.

40 POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou representação?* Política, Direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 5.

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

de mandato, mas que, em momento algum, se refere a desfiliação com ou sem justa causa como motivo para efetivação da perda, limitando-se apenas à exclusão do parlamentar da condição de filiado, em caos de oposição às diretrizes político-partidárias, desde que haja previsão expressa no estatuto do partido. Com isso, é conhecido o fato de que “[...] A Constituição não permite a perda do mandato eletivo por infidelidade partidária”⁴².

Por fim, cabe aqui a indagação de Bercovici⁴³: “Em quem o cidadão deve confiar: no representante eleito ou no juiz constitucional? Se o legislador não pode fugir à tentação do arbítrio, por que o juiz poderia”? Destarte, não haverá de prosperar o argumento de que o TSE editou a Resolução em exercício de seu poder normativo sem que houvesse afronta à separação de poderes, já que este feito causou o surgimento dos novos direitos eleitoral e processual, invadindo a esfera de competência privativa da União.

2. BREVES NOTAS COM FITO EM HEIDEGGER

Heidegger⁴⁴ aportava-se do método fenomenológico e hermenêutico para a edificação da sua teoria. Essa estratégia buscava direcionar luz para o que era oculto, ou seja, permitir uma visão ampla, que vai além do que se manifesta.

42 SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 234.

43 BERCOVICI, Gilberto. O impasse da democracia representativa. In: Fernando Luiz Ximenes Rocha; Filomeno Moraes (org.). **Direito Constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 297.

44 HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** – parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.



A metodologia que comporta os ensinamentos de Heidegger floresce em meio ao modelo de desvio do foco do *Dasein* (a identidade do homem é uma elaboração, que passa a vida sendo edificado) para a condição intrínseca da própria história. Tal método permite o *desconstrucionismo*, ou seja, a exploração dos significados implícitos no modo de operação do texto, capaz de relevar contradições internas que vão além do pretendido pelo autor.

Nessa linha de orientação, Heidegger⁴⁵, ao levantar a bandeira do *Lebenswelt* (mundo da vida) em *Ser e Tempo – parte I* permitiu que historicidade fundamentasse a recolocação do ser-no-mundo. Assim, o *Dasein* é um elemento de caráter aberto, já que se faz necessário à confabulação de uma pirâmide composta por três pilares: 1) a situação geral revelada tanto pelo sentimento, quando pelo espírito; 2) compreensão do que significa estar diante de algo; 3) a discursividade, pois permite que o homem se apodere da linguagem no intuito de articular o ser-no-mundo e a consequente compreensão. Nessa linha de orientação, Heidegger parte do homem para determinar o ser de todos e das coisas.

Assim, a hermenêutica heideggeriana é baseada na busca mais ampla de uma ontologia fundamental, mergulhada cada vez mais no problema da historicidade⁴⁶. Ou seja, nessa perspectiva, não é o ser humano que indica as coisas, são as coisas que são capazes de lhe revelar.

A ontologia, nessa linha de direção, permite uma melhor orientação para os processos de compreensão e interpretação pelos quais as coisas

45 HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** – parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

46 PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa/Portugal: Edições 70, 1969, p.130.

aparecem⁴⁷. Nesse sentido, a Hermenêutica permite que as coisas saiam do seu esconderijo. A compreensão, portanto, é a captação das possibilidades que cada pessoa tem de elaborar um contexto no mundo em que existe. Com isso, resta claro que o mundo e a compreensão constituem meios indivisíveis da constituição ontológica de existência do *Dasein*.

É notório, entretanto, que as palavras e a linguagem exercem um papel fundamental na existência das coisas, comportando-se como protagonistas do ser. Tal fundamento permite a alusão de que a Hermenêutica, como teoria da compreensão, deve unir subjetividade, historicidade e compreensão. Salienta-se, nesses termos, a ideia de que a compreensão deve denotar as características da temporalidade (não definitiva), intencionalidade (sentido) e historicidade (homem como ser histórico) garantidas por meio da linguagem. Essas características permitem melhor compreensão e consequente revelação do ser, promovendo até a “desocultização” de algo não explícito, por meio de um critério interrogativo capaz de levar as respostas que possibilitam melhor interpretação. No dizer de Palmer⁴⁸ “A interrogação é, pois algo com que o homem se defronta obrigando o ser a mostrar-se [...]. Através da interrogação, o ser torna-se então história”.

Consequentemente, para Heidegger⁴⁹, a Hermenêutica permite descobrir um significado até então escondido e a interrogação deve se reportar ao que não está expresso no escrito. Tal premissa permite a violentação do texto, indo além do que ele exprime, chegando a ser uma compreensão ainda melhor do que a do próprio autor do texto, entendendo-o de maneira diferente.

47 Ibidem. Palmer, p. 139.

48 PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa/Portugal: Edições 70, 1969, p.154.

49 HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** – parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.



Faz-se pertinente aduzir a noção de que, nessa contextura, a linguagem é a revelação do ser e a força motriz da compreensão e da interpretação por meio de três fases: 1) rastreamento da ideia que dá azo ao texto; 2) restrição ao contexto; 3) aprofundamento ao que está escondido. Aqui, o processo hermenêutico desvenda o que não está explícito por meio do diálogo pensante e violentação do texto.

Heidegger expressa, na obra *Ser e Tempo – parte I⁵⁰*, a ideia de que a identidade interpretativa tem como base a própria história, em constante elaboração com pauta na tríade da situação original em consonância com a compreensão e a discursividade. Esses aspectos permitem “desocultizar” a Resolução nº 22.610/2007 do TSE, e resvala para uma melhor compreensão do que não é explícito na literalidade da norma, ou seja, busca-se o que há além das palavras manifestas. Com isso, impende crescer a diferenciação de que trata Barroso⁵¹, quando aduz que:

A hermenêutica jurídica é um domínio teórico, especulativo, voltado para a identificação, desenvolvimento e sistematização dos princípios de interpretação do direito. A interpretação jurídica consiste na atividade de revelar ou atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos (como princípios implícitos, costumes, precedentes), notadamente para o fim de solucionar problemas.

50 Ibidem. Heidegger, 2005.

51 BARROSO, Luís Roberto. Interpretação Constitucional como interpretação específica. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 91.

Assim, o artigo ora sob escólio, mediante o estudo do instituto da fidelidade partidária em paralelo à teoria da hermenêutica heideggeriana, promoveu o recorte do preâmbulo da Resolução e do artigo 1º, *caput* e § 1º, para traçar as linhas interpretativas a seguir. Inicialmente, o preâmbulo da Resolução nº 22.610/2007⁵² do TSE exprime que:

O TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 23, XVIII, do Código Eleitoral, e na observância do que decidiu o Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, **resolve disciplinar o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária**, nos termos seguintes; (grifou-se).

Ainda que sob a desculpa de inércia do Legislativo quanto às questões de cunho político-partidário, é notório que o TSE usurpou uma competência legislativa que não lhe é própria para tratar do tema. Nessa direção, Streck⁵³ expressa tal preocupação no sentido de que:

[...] a partir dos avanços e dos recuos das diversas teorias preocupadas em buscar justificativas para o discurso – a preocupação da teoria do direito continuou e continua sendo, com o controle da interpretação do direito, problemática agravada pelo crescimento da jurisdição em relação à legislação [...].

52 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.610. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 25 outubro 2007b.

53 STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e princípios da interpretação Constitucional*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 89.



Assim, Streck⁵⁴ remete, ainda, a pertinente informação de que “[...] a discussão contemporânea sobre a hermenêutica jurídica passa pelo enfrentamento do problema que envolve o papel dos Tribunais no contexto de um Estado Democrático de Direito”.

Partindo-se de uma perspectiva de identidade interpretativa com base na própria história, percebe-se que, do momento da implantação da Resolução até os dias atuais, houve um crescimento da atuação jurisdicional em prol de efetivação do Estado Democrático de Direito, permitindo a observação de que a inércia do Poder Legiferante, em relação aos inúmeros requisitos da reforma político-partidária, dentre eles, a fidelidade partidária e a consequente perda de mandato, é fato gerador da atuação desenfreada do TSE, acolitada pelo STF, que causou transtornos quanto à exorbitância de princípios constitucionais basilares, como a separação de poderes e a soberania popular. Esse fato gerador foi desencadeado, conforme mencionado, pela não atuação do Poder Legislativo, que causou no Tribunal o entendimento de que a atuação, ainda que exorbitante, salvaguardaria o Estado Democrático de Direito, ainda que a discursividade da Resolução promovesse a interrogação de que vários preceitos constitucionais seriam atacados com esse feito.

Entrementes, registra-se que as normas constitucionais devem ser compreendidas como parte de um todo e não de maneira isolada, formando um círculo hermenêutico⁵⁵. Härbele⁵⁶, quando permite a abertu-

54 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 52.

55 SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Petrópolis: Vozes, 1999.

56 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição - contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 18.

ra da sociedade aos intérpretes da Constituição, com o objetivo de inserir as pessoas no processo interpretativo constitucional, para dar azo à democracia, permite o amparo não apenas da efetividade da separação de poderes, como também, da soberania popular.

“Desocultizar” a Resolução nº 22.620/2007 do TSE⁵⁷ é ato deveras compreendido com o disposto no artigo 1º, *caput* e § 1º, transcritos agora:

Artigo 1º - O partido político interessado pode pedir, perante a Justiça Eleitoral, a decretação da perda de cargo eletivo em decorrência de desfiliação partidária sem justa causa. § 1º- Considera-se justa causa:

- I) incorporação ou fusão do partido;
- II) criação de novo partido;
- III) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário;
- IV) grave discriminação pessoal.

A observância desse dispositivo permite a revelação daquilo que não está explícito na literalidade da norma, pois foi além da regulamentação do instituto da fidelidade partidária, criando, de modo ilegitimamente democrático, a sanção de perda de mandato por infidelidade partidária, além de quatro possíveis justas causas de desfiliação, o que permite dizer, de

57 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.610. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 25 outubro 2007b.



acordo com a teoria interpretativa heideggeriana, que diversas regras do jogo político foram remetidas à resolução além das palavras manifestas.

3. ANÁLISE INTERPRETATIVA COM SUBSÍDIO NOS EXPEDIENTES DE MARKETING SWOT E BCG

A análise SWOT possibilita melhor interpretação das decisões, permitindo súpero diagnóstico, haja vista promover a análise das forças e fraquezas (ambiente interno) e das oportunidades e ameaças (ambiente externo). A isso se acresce a noção de que as forças somadas as oportunidades viabilizam maior auxílio na tomada de decisão, e que as fraquezas, em somatório com as ameaças, representam o conhecimento das dificuldades a serem enfrentadas no mercado⁵⁸. Poderá, pois, ser utilizada em produtos e serviços disponibilizados no mercado.

Ao aplicar a análise SWOT, relativamente a Resolução nº 22.610/2007 do TSE⁵⁹, mais especificamente, no pertinente ao preâmbulo e ao artigo 1º, *caput* e § 1º, a sistemática de atuação seria semelhante. Oportuno acrescentar apenas que as forças e oportunidades representariam um auxílio argumentativo-jurídico aos resultados da Resolução, e também que as fraquezas e ameaças revelariam os pontos de conflito. Nesse sentido, o resultado é o que se vê no quadro abaixo:

58 KOTLER, Philip; KELLER, Kevin Lane. **Administração de Marketing**. Tradução de Mônica Rosenberg, Cláudia Freire e Brasil Ramos Fernandes. 12. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006, p. 52.

59 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.610. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 25 outubro 2007b.

Quadro 1: Análise SWOT aplicada a Resolução nº 22.610/2007 do TSE.

FATORES	AJUDAM NO RESULTADO DA DECISÃO	ATRAPALHAM NO RESULTADO DA DECISÃO
FATOR INTERNO (ORGANIZAÇÃO)	<p>*FORÇAS (STRENGTHS):</p> <p>→ Atuar jurisdicional com base na inércia do Legislativo em prol da efetividade do Estado Democrático de Direito.</p>	<p>*FRAQUEZAS (WEAKNESSES):</p> <p>→ Exorbita o princípio da separação de poderes.</p> <p>→ Fere o princípio da soberania popular, pedra de toque do Estado Democrático de Direito.</p>
FATOR EXTERNO (AMBIENTE)	<p>*OPORTUNIDADES (OPPORTUNITIES):</p> <p>→ Evolução dos direitos políticos num momento histórico de necessária reforma política partidária.</p>	<p>*AMEAÇAS (THREATS):</p> <p>→ Elevado grau de interferência do supremo em decisões que não gravitam a orbita da sua seara de competência.</p>

Fonte: subjetividade dos autores do artigo em paralelo com a análise de SILVA; TENCA; SCHENINI; FERNANDES⁶⁰.

Ademais, outro meio a ser empregado para compor o critério interpretativo da resolução é a matriz de BCG, consoante a qual, para se ter sucesso de mercado, é necessário compreender todos os elementos de composição do processo a fim de garantir o equilíbrio na tomada de decisões.

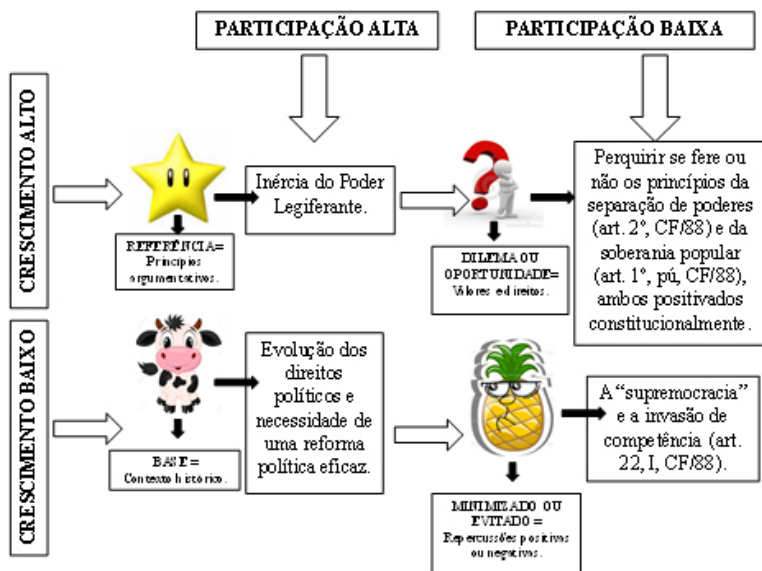
Nessa matriz, existem quatro variáveis importantes para a sua formação- a *estrela*, que funciona como referência, a *vaca leiteira*, atuante como base, a *interrogação*, ao permitir o reconhecimento de um dilema ou oportunidade e o *abacaxi*, ilustrativo de pontos que devem ser minimizados ou evitados. Esses critérios funcionam tanto para produtos como para serviços inseridos em um mercado consumidor.

60 SILVA, Helton Haddad; TENCA, Evandro César; SCHENINI, Paulo Henrique; FERNANDES, Sandra. **Planejamento estratégico de Marketing**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 46.



Ao contextualizar a matriz a Resolução nº 22.610/2007 do TSE, sobra evidente observar que a *estrela* representa os princípios argumentativos e interpretativos da decisão, a *vaca leiteira* é o contexto histórico em que ela se deu, a *interrogação* auferre os valores ou direitos ínsitos a ela e o *abacaxi* constitui as repercussões positivas ou negativas em relação ao caso. Observe-se, a seguir, o resultado dessa estratégia metodológica de interdisciplinaridade:

Quadro 2: Matriz de BCG aplicada à Resolução 22.610/2007 do TSE.



Fonte: subjetividade dos autores do artigo em paralelo com a análise de SILVA; TENCA; SCHENINI; FERNANDES⁶¹.

61 SILVA, Helton Haddad; TENCA, Evandro César; SCHENINI, Paulo Henrique; FERNANDES, Sandra. **Planejamento estratégico de Marketing**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 52.

CONCLUSÃO

Denota-se que a sanção de perda de mandato por infidelidade partidária é um tema cercado de polêmicas. A principal delas foi resvalada pela punição, que ora foi cerceada pelo TSE, acolhida pelo STF e recaiu sobre os trânsfugas.

Nesse sentido, o modo de atuar do TSE descumpriu a Constituição e aplicou um entendimento restrito aos comandos constitucionais⁶² representados pelos princípios da separação de poderes e da soberania popular.

Com a observância do preâmbulo e do artigo 1º, *caput* e § 1º, da Resolução nº 22.610/2007 do TSE⁶³, há de se mencionar que a Constituição, em momento algum, previu em seu artigo 17 forma de sanção relativa aos trânsfugas, e acrescentou que ela deveria contar com o seu estabelecimento nos estatutos dos partidos, ou seja, a sua disciplina e normatização; e isso foi criado por parte do ativismo do TSE, refletindo de maneira que “[...] o poder legislativo é limitado por um poder jurisdicional que não dispõe da mesma legitimidade democrática que o primeiro”⁶⁴.

Nesse sentido, a perda de mandato em consequência da migração partidária não encontra subsídio em nenhuma regra geral constitucional,

62 LIMA, Matonio Mont’Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia política. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 220.

63 BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.610. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 25 outubro 2007b.

64 PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989, p. 262.



nem mesmo quando se reporta ao artigo 55, da CF/88⁶⁵, o qual traça uma prescrição relativamente aos deputados e senadores. No entanto, nem assim, é notada a inclusão da desfiliação em apreço.

Empós realizada a análise do instituto, pode-se mencionar que a identidade interpretativa de Heidegger promoveu a “desocultização” da Resolução em ultrapasse as palavras manifestas, o que resultou na perfeita utilização dos meios de *marketing* análise SWOT e matriz de BCG, com o intuito de auxiliar na compreensão da cadeia interpretativa.

Assim, com esteio na lição de Piçarra⁶⁶ (1990, p 13), no sentido de que a separação de poderes é um dos “mecanismos de coordenação e interdependência”, vê-se como inverossímil a atuação jurisdicional pragmática, em prol de um rompimento jurídico- constitucional, ainda que com a desculpa de zelar pela eficiência do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, defende-se a ideia de não poder existir qualquer instituição que se sobreponha ao legado constitucional.

Destarte, não se engendra a intenção de que os tribunais atuem como legisladores positivos criando comandos, como ocorreu com a sanção de perda de mandato por ferir a separação de poderes e a segurança jurídica.

Por fim, alvitra-se o endereçamento de uma emenda constitucional ao Congresso Nacional, que possui a competência para instituir esse fato, com o intuito de promover uma reforma no artigo 17, § 1º, da CF/88⁶⁷,

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

66 Ibidem. Piçarra, 1990, p. 13.

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

bem como, a inclusão de um inciso no artigo 55⁶⁸, também, para que a infidelidade partidária seja ensejada como justificativa para a perda do mandato eletivo. Assim, será garantido o fortalecimento das instituições político-partidárias e do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. *La nueva división de poderes*. México: FCE, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação Constitucional como interpretação específica. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 91-96.

BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. Nós, o povo: reformas políticas para radicalizar a democracia. *In*: BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita; M. V., Kerche; F., Vannuchi (org.). **Reforma política e cidadania**. São Paulo: Perseu Abramo, 2003. p. 91-119.

BERCOVICI, Gilberto. O impasse da democracia representativa. *In*: Fernando LuizXimenes Rocha; Filomeno Moraes (org.). **Direito Constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 281-303.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emmanuel Kant**. São Paulo: Mandarim, 2000.

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

68 Ibidem. BRASIL, 1988.



BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 1.398. **Diário da Justiça**, Brasília, DF, 08 maio 2007a.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 22.610. **Diário de Justiça**, Brasília, DF, 25 outubro 2007b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3999. **Diário da Justiça nº 221**, Brasília, DF, 20 nov. 2008a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4086. **Diário da Justiça nº 221**, Brasília, DF, 20 nov. 2008b.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CARDOSO, José Carlos. **Fidelidade Partidária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *In*: CATTONI, Marcelo (coord.). **Jurisdição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004. p. 281-311.

CERQUEIRA, Tales Tácito Pontes Luz de Pádua; CERQUEIRA, Camila Medeiros de Albuquerque Pontes Luz de Pádua. **Fidelidade partidária & perda do mandato no Brasil**: temas complexos. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Alceu**, Brasília, v. 5, nº 9, p. 105-113, dez. 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Fidelidade Partidária e impeachment** – Estudo de Caso. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012

[Ir para o índice](#)

COUTINHO, Júlia Maia de Meneses. (In) fidelidade partidária e Tribunal Regional Eleitoral do Ceará: tendências e descompassos – estudo de caso de Parlamentar Municipal. *In*: RODRIGUES, Francisco Lisboa; CUNHA, Jânio Pereira da; COUTINHO, Júlia Maia de Meneses (org.). **Pautas constitucionais contemporâneas**. Fortaleza: Pouchain Ramos, 2013. p. 119-137.

COUTINHO, Júlia Maia de Meneses; MELO, Silvana Paula Martins de. Sufrágio-direito e sufrágio-função: diálogo entre Rousseau e Sieyès para debater o voto como direito ou obrigação. *In*: MIRANDA, Jorge (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz; OLIVEIRA, Frederico Antônio Lima de; et al (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. v. 4. p. 107-124.

DAHL, Roberto A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição - contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** – parte I. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Harvard University Press, 2007.



KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.

KOTLER, Philip; KELLER, Kevin Lane. **Administração de Marketing**. Tradução de Mônica Rosenberg, Cláudia Freire e Brasil Ramos Fernandes. 12. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

KNOERR, Fernando Gustavo. **Bases e perspectivas da reforma política brasileira**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LEITÃO, Rômulo Guilherme. **Partidos Políticos e a estabilidade política brasileira após 1988**: por uma teoria do pluripartidarismo na consolidação democrática brasileira. 2013. 272p. Tese (Doutorado em Direito Constitucional Público e Teoria Política) – Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGD, Universidade de Fortaleza, 2013.

LIMA, Matonio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição Constitucional: um problema da teoria da democracia política. *In*: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; MORAES FILHO, José Filomeno de; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 199-251.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo. Saraiva, 2009.

MEZZAROBBA, Orides. **Introdução ao Direito Partidário brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

[Ir para o índice](#)

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PALMER, Richard E. **Hermenêutica**. Lisboa/Portugal: Edições 70, 1969, p.129-165.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Lisboa: Coimbra Editora, 1989.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, Direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o Poder Judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROUSSEAU, J. J. **O contrato social**: princípios do direito político. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Petrópolis: Vozes, 1999.

SILVA, Helton Haddad; TENCA, Evandro César; SCHENINI, Paulo Henrique; FERNANDES, Sandra. **Planejamento estratégico de marketing**. 3. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **Ativismo judicial no Brasil**: o Supremo Tribunal Federal como arena de deliberação política. 2010. 193p. Tese (Doutorado em Ciência Política com área de concentração em Instituições) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do



Instituto de Estudos Sociais e Políticos – IESP, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica ao Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação Constitucional. *In*: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 75-90.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York and London: New York University Press, 1995.

O impacto da crise global no Brasil ante às regularizações das terras de comunidades Quilombolas

The influence of the global crisis in Brazil
on lands regularizations of the Quilombola
communities

JÉSSICA PAINKOW ROSA CAVALCANTE
MAURIDES MACÊDO
LEONARDO MATHEUS BARNABÉ BATISTA

Resumo

O presente artigo tem como objetivo relacionar o contexto da crise econômica global, que assola o Brasil atualmente, com o procedimento de titulação dos territórios quilombolas, analisando o corte orçamentário na verba destinada ao INCRA, no ano de 2016, que reflete na necessidade de indenização aos posseiros não quilombos para que se efetive o direito de escrituração da terra dessas comunidades e na efetivação de outras políticas públicas direcionadas aos quilombos. Este tema tem relevância ao tratar do desrespeito aos direitos fundamentais dos quilombos, que estão previstos na Constituição Federal de 1988, e os objetivos pretendi-



dos do governo atual, que prioriza outras áreas. Este artigo trilha por um caminho exploratório e investigativo, partindo de pesquisa bibliográfica e legislativa, explorando a estrutura do sistema financeiro atual do País que é marcado por aspectos políticos orgânico e estrutural, demonstrando as falhas no sistema de políticas públicas e o descaso do governo atual com as comunidades quilombolas.

Palavras-chave: Crise econômica brasileira. Titulação de territórios. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Quilombolas.

Abstract

The present study aims to relate the context of the global economic crisis, which currently affects Brazil, with the titling of Quilombo lands, analyzing the cut on Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) [National Institute of Colonization and Agrarian Reform] budget, in 2016, which reflects on the need for pension to squatters non-quilombo, so that the right of land bookkeeping and the effectiveness of other Quilombos public policies. This issue has relevance when dealing with the disrespect to the fundamental rights of Quilombos, established in the Federal Constitution, and the objectives of the current government by prioritizing other areas. However, has a qualitative character, since it traces an exploratory and investigative path, starting from a bibliographical and legislative research, exploring the structure of the current Country financial system that is marked by organic and structural political aspects, responsible for demonstrating the failures in the system of public policy and the neglect of the government with the quilombolas communities.

Keywords: Brazilian economic crisis. Land titling. Human rights. Fundamental rights. Quilombolas.

[Ir para o índice](#)

INTRODUÇÃO

As premissas lastreadas nos direitos fundamentais que torneiam as discussões sobre minorias, direitos culturais e sociais têm grande importância na história dos direitos dos humanos. Porém, somente na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88)¹, no artigo 68 do Ato das Disposições Transitórias (ADCT) é que foi fixado, constitucionalmente, o direito à terra ocupada pelos quilombos remanescentes, resguardando na Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais a garantia do controle de seus costumes, formas de vida e desenvolvimento econômico.

Apesar de todo esse aparato legislativo que assegura os direitos fundamentais das comunidades tradicionais, ao se efetivar as normas que garantem, de fato, o território dos povos quilombolas, o Estado encontra dificuldades reais, oriundas de um sistema falho, que quando analisada, no contexto da crise econômica do Brasil se torna, praticamente, impossível de se ver essas garantias sendo realmente efetivadas.

O tema Direitos Humanos nos tempos atuais é utilizado como linguagem de política progressista, que segundo Boaventura Santos²: “as forças progressistas preferiram a linguagem da revolução e do socialismo para formular uma política emancipatória”, e com a crise aparente dos projetos de emancipação as “forças progressistas recorrem hoje aos direitos humanos para reinventar a linguagem da emancipação”, o que dá a ideia de que os direitos humanos somente são utilizados para preencher o vazio do socialismo.

1 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 7 abr. 2016.

2 SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 1, n. 48, jun. 1997, p.11-32.



Assim, ao encarar o contexto iminente de crise econômica, pode-se concluir que não se está em fase de atrair ou de repudiar os riscos, e sim, na fase dos modos de produção de globalização que geram riscos sociais de forma inevitável, afetando de forma direta e cruel a classe baixa³.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL DE RECONHECIMENTO DOS TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS

O desenvolvimento e formação do Estado moderno constitucional e a adoção de Constituições democráticas deram início a criação e reconhecimento dos direitos fundamentais. E, com o advento do Mercantilismo iniciou-se a formação dos Estados Modernos, que teve como influenciadores os ideais de Bodin (teoria da soberania), de Montesquieu (divisão de poderes), de Hobbes (Leviathan) e de Rousseau (contrato social)⁴.

Com isso, as Revoluções Francesa e Americana trouxeram a concretização de novas ideias às Constituições e Leis, e, conforme Flávia Piovesan (2003)⁵ salienta, os direitos humanos surgiram como reação e respostas aos excessos absolutistas da época. Nesse sentido, Nelson Saldanha⁶ observa:

O Estado Liberal, teoricamente, nascido do consentimento dos indivíduos, tinha por finalidade fazer valerem os direi-

3 SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Globalização e as ciências sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

4 GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

5 PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

6 SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.

tos destes. Daí a necessidade de estabelecer limites do poder, mais as relações entre este poder e aqueles direitos. Ou seja, o Estado existiria para garantir tais direitos. No entendimento liberal ortodoxo, portanto, o Estado deveria ter por núcleo um sistema de garantias, e a primeira garantia seria a própria separação dos poderes. Daí a fundamental e primacial relevância do “princípio” da separação dos poderes, um tema já legível em Aristóteles, retomado por Locke e reformulado com maior eficácia por Montesquieu. Para fixar, verbal e institucionalmente, a divisão do poder, ou, por outra, a separação dos poderes, o Estado Liberal precisou de um instrumento jurídico, a Constituição, que o converteu em Estado constitucional.

Os direitos humanos se desenvolveram, com o passar dos anos, com vários dispositivos. Dentre eles, o mais importante foi a Declaração dos direitos humanos de 1948 que, segundo Newton de Menezes Albuquerque⁷:

A Declaração dos Direitos Humanos de 1948 funcionou como o primeiro degrau do processo “evolutivo” de desenvolvimento da teoria dos Direitos Humanos na modernidade tardia, que foi sendo alterada/acrescentada de novos conteúdos geracionais de direitos na medida em que houver expansões civilizatórias das lutas “dos de baixo”, já que vivemos em um momento histórico que Milton Santos denominou de tempo “demográfico”.

7 ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. O direito constitucional internacional e os desafios a sua construção na contemporaneidade *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz et al (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 1. 2013, p. 368.



Conforme Cançado Trindade (1997)⁸:

A assimilação de uma série de direitos qualitativamente diversos da ótica atomizadora do individualismo metodológico pode ser flagrada da leitura de muitos de seus artigos, onde a socialização da cultura, do trabalho, da saúde, dos mecanismos protetivos das maiorias estão normativamente distribuídos na Declaração dos Direitos Humanos. Acrescente-se, ainda, a agregação posterior de outros documentos e tratados apositivos de novos direitos e prerrogativas como se dá no caso dos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas em 1966 e das respectivas Conferências Mundiais sobre a matéria realizadas em Teerã em 1968 e Viena em 1993, entre outros.

Com o surgimento dos “Estados constitucionais” houve a previsão da tripartição de governo e dos direitos fundamentais. Assim, as normas constitucionais obtiveram maiores aplicabilidades, combatendo as normas infraconstitucionais incompatíveis⁹. Tais normas começaram a ser aplicadas nas resoluções de conflitos interpessoais, possibilitando o surgimento de uma indagação acerca da superioridade de alguns dispositivos contidos nas constituições, apesar da doutrina majoritária entender pela igual hierarquia entre as normas constitucionais¹⁰. Porém, excepcionalmente, haverá a possibilidade de sobreposição de normas

8 CANÇADO TRINDADE, Antônio. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

9 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

10 LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001.

constitucionais, quando aplicadas a um caso concreto, sem que haja interpretação de superioridade de normas.

Analisando a CF/88, constata-se que os direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata de eficácia plena e status de cláusula pétrea (artigos 5º, §2º e 60, §4º). Assim, defende-se a ideia de que resguarda ao quilombo a posse de suas terras, tradicionalmente, ocupadas, fazendo frente ao direito fundamental individual dos não quilombos da propriedade civil¹¹. Tal concepção objetiva o resguardo da identidade cultural dos diversos grupos étnicos que compõe os povos brasileiros, mantendo o direito de continuidade existencial e de ser minoria.

Nesse contexto, Jürgen Habermas¹² critica as formas de soluções obtidas pelo liberalismo ao preservar os direitos das minorias, tendo em vista que o seu conteúdo genérico e egoísta não é adequado para a solução justa dos conflitos existentes na realidade, assim:

O pensamento liberal tem por objetivo proteger a liberdade do indivíduo enquanto cidadão da sociedade (liberdades subjetivas iguais para todos). Essa visão, porém, permite o surgimento de uma interpretação egoísta da liberdade. [...] A liberdade ética igual para todos cai em contradição consigo mesma no decorrer da execução do programa liberal, pois uma Constituição liberal garante a todos os cidadãos a igual liberdade de configurar sua vida seguindo os ditames de sua própria concepção do bom.

11 FREITAS JÚNIOR, Luís de. **O direito fundamental dos índios à posse das suas terras**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo-o-direito-fundamental-dos-indios-a-posse-das-suas-terras,44739.html>. Acesso em: 04 jul. 2016.

12 HABERMANS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: Estudos filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2007.



[...]. Daí a retomada pelo republicanismo, de uma ideia de liberdade ampliada intersubjetivamente e ligada ao papel de cidadão democrático (solidário participativo). [...]. Mesmo assim, a fusão entre cidadania do Estado e cultura nacional gera uma interpretação dos direitos dos cidadãos insensível às diferenças culturais. Por isso, no âmbito de sociedades pluralistas, quando se atribui precedência política a um bem comum impregnado politicamente em detrimento da garantia efetiva de liberdades éticas iguais, gera-se discriminação de modos de vida divergentes. [...] Direitos culturais decorrem da proteção à dignidade humana, pois deve-se assegurar ao homem igual acesso aos padrões de comunicação, às relações sociais, às tradições e condições de reconhecimento, os quais são necessários ou desejáveis para o desenvolvimento, a reprodução e a renovação de sua identidade pessoal. Daí assegura-se direitos coletivos (direitos de certos ‘grupos de identidade’). [...] Direitos coletivos autorizam grupos culturais a manter recursos e a disponibilizá-los para que seus membros possam lançar mão deles a fim de formar e estabilizar sua própria identidade pessoal. [...]. Assim, uma vez que o procedimento democrático faz a legitimidade das decisões depender das formas discursivas de uma formação inclusiva da opinião e da vontade, as normas destinadas a garantir iguais direitos só podem surgir quando se tem conhecimento dos fardos diferenciados que implicam e após a avaliação desses fardos. [...]. Apenas o universalismo igualitário que, exige iguais direitos, sem deixar de ser sensível às diferenças, tem condições de satisfazer as exigências individualistas que consistem em garantir, equitativamente, a integridade vulnerável do indivíduo que é insubstituível e cuja biografia é inconfundível.

[Ir para o índice](#)

Assim, os direitos das minorias devem ser tratados com cautela, dando uma maior abertura na interpretação legislativa, a fim de que se alcance a justiça material¹³. Ainda, ao infringir tais direitos com o não reconhecimento de posse sobre as terras ocupadas por comunidades tradicionais, pode ter-se uma dispersão de seus costumes e culturas, considerando que o reconhecimento territorial é o meio mais eficiente da convivência harmoniosa com a coletividade.

O Estado brasileiro resguarda na CF/88 a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com objetivo de que se promova o bem para todos, livre de preconceitos de origem e raça, trazendo no seu inciso III do artigo 3º, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a erradicação da/de pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais. Desse modo, a lei federal brasileira reconhece a necessidade de valorização das culturas afro-brasileiras e indígenas, concedendo o direito as suas terras, como garantia de reprodução social, física e cultural, desses povos.

2. A CRISE NO BRASIL E OS REFLEXOS DESENCADEADOS NA TITULAÇÃO DE TERRAS OCUPADAS PELAS COMUNIDADES QUILOMBOLAS

As economias mundiais, mais que nunca, estão interligadas, significando que uma crise econômica desencadeada em um país desenvolvido é capaz de espalhar temor e desequilíbrio afetando as demais nações.

13 KRELL, Andreas. Controle judicial dos servidores públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolkfgang. **A constituição concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 30-40



Em 1994, com o Plano Real, surgiu uma Economia no Brasil que engatinhou até 1999, abrindo caminhos para o consumo e investimento. Nessa época, segundo Felipe Miranda¹⁴:

Para manter a inflação sob controle, usamos a tal âncora cambial. A taxa de câmbio era fixa, forçando um dólar muito barato. Claro, cedo ou tarde, haveria problemas com as contas externas. Dado o câmbio artificialmente apreciado, as importações aumentariam muito, tornando-nos frágeis do ponto de vista de reservas. Ao primeiro choque externo mais violento, teríamos de abandonar o regime de câmbio fixo. Conforme esperado, foi exatamente o que aconteceu em 1999, quando tivemos de soltar o câmbio. Para conter a crise cambial do início do segundo mandato FHC, Armínio Fraga, ao assumir a presidência do Banco Central, adota o clássico tripé macroeconômico. Atingimos a maturidade deste novo Brasil, com a política econômica rigorosamente alinhada ao estado da arte da ortodoxia em nível mundial. Tínhamos uma nova diretriz macroeconômica, marcada por câmbio flutuante, sistema de metas de inflação e perseguição da austeridade fiscal. Grosso modo, esse é o regime macro de 1999 até 2008. Passamos o segundo mandato FHC e boa parte dos governos Lula com o tripé preservado, sem alteração de rota. Tudo muda a partir da quebra do banco Lehman Brothers, em setembro de 2008, quando a economia mundial entra num grande buraco. Tentando mitigar os efeitos da crise, o Governo brasileiro abandona

14 MIRANDA, Felipe. **O Fim do Brasil**: o segundo mandato. Disponível em: <http://dinehrama.com/blog/2014/12/03/fim-do-brasil-segundo-mandato/>. Acesso em: 05 jul. 2016.

a ortodoxia na política econômica e migra em direção à chamada nova matriz econômica, um conjunto de medidas heterodoxas de orientação desenvolvimentista. [...] se, metaforicamente, nasce um novo País em 1994, com a estabilização da economia, podemos dizer que a nova matriz econômica e suas consequências representam o falecimento desse Brasil.

Assim, em breve análise, a crise econômica em que o Brasil se encontra resulta em alguns prejuízos, realmente inevitáveis, como a alta taxa de desemprego com demissões em massa, arrocho salarial, inflação em disparada e até o congelamento de preços¹⁵. Nesse contexto, em mensagem declarada no Dia Mundial da Justiça Social, do Diretor Geral da OIT, Guy Ryder¹⁶ entendeu que antes mesmo da crise mundial, em 2008, a metade da população já sofria desamparada, gerando uma profunda crise social, que também é uma crise de justiça social.

Sendo assim, como tal crise poderia afetar a titulação de terras de comunidades quilombolas? No ano de 2016 o Governo Federal cortou em 80% a verba destinada para titulação de territórios, destinando nesse ano, apenas 5 milhões de reais, que em contraposição ao ano de 2015 forneceu verba de 25 milhões de reais, sendo considerado o corte orçamentário mais profundo, no Brasil. Tal fato, ensejou a queda no processo de titulação dos territórios quilombolas¹⁷.

15 MIRANDA, Felipe. **O Fim do Brasil**: a crise da economia, os bastidores da censura, a proteção do seu patrimônio. São Paulo Escrituras, 2014.

16 RYDER, Guy. **Enfrentamos uma crise social, uma crise de justiça social**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/enfrentamos-uma-crise-social-uma-crise-de-justica-social>. Acesso em: 02 abr. 2016.

17 PRIOSTE, Fernando G. V. **A lentidão na titulação de terras**: quilombos não são prioridade no governo federal. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/2014/02/lentidao-na-titulacao-de-terras-quilombos-nao-sao-prioridade-no-governo-federal/>. Acesso em: 5 maio 2016.



Sabe-se que por força do Decreto n.º 4.887/2003¹⁸, o órgão competente, na esfera federal, para a titulação dos territórios quilombolas é o INCRA. Esse Decreto regulamenta o Artigo 68 do ADCT e traz os procedimentos para a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes de comunidades quilombolas.

De acordo com o Decreto Lei supracitado, em síntese, o reconhecimento do território quilombola se dá pelo seguinte procedimento: a comunidade envia uma declaração se autointitulando remanescente de quilombo à Fundação Cultural Palmares, que expede uma Certidão de Autorreconhecimento que será enviada ao INCRA. As comunidades quilombolas enviam à Superintendência Regional do INCRA do seu Estado uma solicitação para abertura do procedimento administrativo de regularização do território, que somente é instaurado após uma Certidão de Registro no Cadastro Geral de Remanescente de Comunidades Quilombolas emitida pela Fundação Cultural Palmares. Com isso, se dá início a elaboração de um estudo de área com a realização de um relatório Técnico de Identificação e delimitação (RTID), que se aprovado, será emitida uma portaria de reconhecimento declarando os limites do território quilombola.

Assim, tal processo de titulação do território, segue com a regularização fundiária e desintração dos ocupantes não quilombos, com a desapropriação ou o pagamento de indenização, realizando assim a demarcação do território. Em seguida é concedido o título de propriedade à comunidade que é coletivo e pró-indiviso, em nome da associação de moradores da área, registrado no cartório local, sem ônus financeiro para a comunidade beneficiária.

18 BRASIL. **Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm. Acesso em: 7 abr. 2016.

Nesse sentido, o grande problema aqui se dá na efetivação das desapropriações no contexto atual de crise no Brasil, pois há uma necessidade de pagamento de indenizações aos não quilombos que ocupam os territórios que foram reconhecidos como quilombolas, sendo que, somente cumprindo tal requisito é que esses ocupantes deixariam o local, efetivando o direito à propriedade que é assegurado, constitucionalmente, para as comunidades quilombolas. Com isso, o Governo convive com a situação que diz respeito ao financeiro: o pagamento de indenizações nos processos de desintrusão dos não quilombos frente ao corte orçamentário realizado pelo Governo Federal, o que praticamente inviabiliza o trabalho do INCRA.

Já não bastasse a pequena verba disponível no ano de 2016, outras duas ameaças se fazem presentes ao direito dos quilombos: a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n.º215¹⁹ e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 3.239²⁰ que podem coibir a base jurídica que sustenta a titulação dos territórios das comunidades quilombolas. Tais fatos explicitam a falta de priorização política do Governo Federal, que somada a bancada ruralista presente no Judiciário e Legislativo, formam um cenário desanimador para a política pública de titulação dos territórios quilombolas. Segundo Fernando Prioste²¹:

19 BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça. **Proposta a Emenda Constitucional n. 215/2000**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>. Acesso em: 7 maio 2016.

20 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anelxo/ADI3239RW.pdf>. Acesso em: 9 abr. 2016.

21 PRIOSTE, Fernando G. V. **Corte na carne negra**: política de titulação de territórios quilombolas tem encolhimento orçamentário de 80% para 2016. Disponível em: <http://terrade-direitos.org.br/acervo/artigos/corte-na-carne-negra-politica-de-titulacao-de-territorios-quilombolas-tem-encolhimento-orcamentario-de-80-em-2016/19749>. Acesso em: 03 abr. 2016.



Para Isabela da Cruz, jovem liderança da comunidade quilombola Paiol de Telha, “o corte no orçamento do INCRA vai afetar diretamente o andamento dos processos de titulação que já estão em fase final de desapropriação. Com isso, apesar da luta quilombola e do fortalecimento do movimento social, a presente geração do povo quilombola pode não viver para ver o resultado”. No ano de 2015 faleceu a liderança quilombola Domingos Gonçalves dos Santos, aos 86 anos. Após lutar por mais de quarenta anos pela titulação de seu território e ver, em outubro de 2014, o INCRA assinar a portaria de reconhecimento das terras da comunidade Paiol de Telha, não viveu para ver a titulação do território, que até hoje não se efetivou.

Assim, pode-se concluir que o projeto político do Governo Federal não tem como prioridade resolver os conflitos dos históricos de concentração excessiva fundiária no Brasil, e muito menos de viabilizar as condições de reprodução social, cultural e econômica das comunidades quilombolas, apagando totalmente o direito de acesso à terra como ação social e política do combate à desigualdade.

CONCLUSÃO

Ao se deparar com o estado atual da crise financeira do Brasil e com as políticas públicas desenvolvidas para os quilombos, percebe-se que tal sistema é falho, tendo em vista que o atual governo prioriza outras áreas, refletindo de forma cruel na vida dessas comunidades, contribuindo ainda mais para as desigualdades sociais.

[Ir para o índice](#)

Na maioria dos países do mundo a desigualdade material prevalece de forma crescente e dramática, o que contribui para o desenvolvimento de uma teoria *crítica* do reconhecimento²², que combina de forma coerente política social da igualdade com as versões de política cultural e da diferença.

Assim, frente à crise social e de justiça social que assola o Brasil é preciso incentivar um objetivo em comum entre os responsáveis pela elaboração das políticas públicas, que é o de a recuperação socioeconômica, de forma que beneficie a todos e não só a minoria dominante, de modo que os benefícios consigam alcançar as comunidades quilombolas, até mesmo no procedimento de reconhecimento territorial, que é o maior problema por elas enfrentado. A decisão de adoção das políticas que promovem o crescimento e a inclusão da população está em nossas mãos.

Sabe-se que o Brasil é um País com ampla diversidade cultural e com grande índice de desigualdade social. Os diferentes grupos étnicos têm direitos relacionados com a cultura e com seu território, que são compreendidos com base nos núcleos formadores de sua subsistência, como as artes, a memória coletiva, o fluxo dos saberes, a terra cultivada e principalmente, a manutenção da sua cultura passada de gerações²³.

Entretantes, no momento de crise no País, no ano de 2016, de acordo com a Lei Orçamentária Anual (LOA), foi disponibilizado a menor verba dos últimos sete anos, tendo o seu ápice em 2012, com 51 milhões de verba destinada, tendo como justificativa política para esse rebaixa-

22 Para mais acerca do conceito de teoria *crítica* aqui utilizado, ver: FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. **Cadernos De Campo**, v. 15, n. 14/15, São Paulo: jan./dez. 2006, p. 231-239.

23 Recomendação de leitura sobre o tema: CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na constituição federal de 1988**: a representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.



mento de destinação de recursos a diminuição do valor destinado para desapropriação de terras de Comunidades Quilombolas.

Contudo, apesar do baixo orçamento fornecido ao INCRA, este não é o principal motivo da queda de titulação de territórios quilombolas, e sim, o descaso do governo atual, que é gerado pela falta do apoio político para essas comunidades, ficando desamparadas e sofrendo, ainda mais, no momento de crise global, tendo em vista que os recursos destinados à assistência delas são cortados e utilizados em outras áreas.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. O direito constitucional internacional e os desafios a sua construção na contemporaneidade *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz et al (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 1. Fortaleza: Premium, 2013, p. 351-372. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.1.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 7 abr. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm. Acesso em: 7 abr. 2016.

BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça. **Proposta a Emenda Constitucional n. 215/2000**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562>. Acesso em: 7 maio 2016.

Ir para o índice

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.239 DF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3239RW.pdf>. Acesso em: 9 abr. de 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CANÇADO TRINDADE, Antônio. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e democracia na constituição federal de 1988**: a representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

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.

FREITAS JÚNIOR, Luís de. **O direito fundamental dos índios à posse das suas terras**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-fundamental-dos-indios-a-posse-das-suas-terras,44739.html>. Acesso em: 04 jul. 2016.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

HABERMANS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião**: estudos filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 2007.

KRELL, Andreas. Controle judicial dos servidores públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **A**



constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 25-60.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. **Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar.** Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, ano 41, n. 164, out./dez. 2004, p. 7-15.

MIRANDA, Felipe. **O Fim do Brasil:** a crise da economia, os bastidores da censura, a proteção do seu patrimônio. São Paulo Escrituras, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** São Paulo: Max Limonad, 2003.

PRIOSTE, Fernando G. V. **Corte na carne negra:** política de titulação de territórios quilombolas tem encolhimento orçamentário de 80% para 2016. Disponível em: <http://terradedireitos.org.br/acervo/artigos/corte-na-carne-negra-politica-de-titulacao-de-territorios-quilombolas-tem-encolhimento-orcamentario-de-80-em-2016/19749>. Acesso em: 03 abr. 2016.

PRIOSTE, Fernando G. V. **A lentidão na titulação de terras:** quilombos não são prioridade no governo federal. Disponível em: <http://reporter-brasil.org.br/2014/02/lentidao-na-titulacao-de-terras-quilombos-nao-sao-prioridade-no-governo-federal/>. Acesso em: 05 maio 2016.

RYDER, Guy. **Enfrentamos uma crise social, uma crise de justiça social.** Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/content/enfrentamos-uma-crise-social-uma-crise-de-justica-social>. Acesso em: 02 abr. 2016.

SALDANHA, Nelson. **O Estado moderno e a separação dos poderes.** São Paulo: Saraiva, 1987.

Ir para o índice

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Globalização e as ciências sociais**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, v. 1, n. 48, p.11-32, jun. 1997.



A ação civil de extinção de domínio como instrumento de luta contra os delitos de corrupção e o Direito Fundamental à Propriedade

Civil forfeiture as an instrument in the fight against corruption and the Fundamental Right to Property

REGINA CELLI MARCHESINI BERARDI

Resumo

A América Latina tem sido palco de escândalos de corrupção e com a globalização as autoridades competentes de vários países em diversas esferas intensificaram seus esforços para recuperar o patrimônio adquirido em atividades delitivas. Com o propósito de dirimir a corrupção e o enriquecimento ilícito, o legislador brasileiro e o Ministério Público Federal com base nas diretrizes da Estratégia Nacional de Combate a Corrupção e a Lavagem de Ativos pretendem criar a figura da Ação Civil de Extinção de Domínio. Discutem-se novos parâmetros para o combate da corrupção que produza uma reparação social dos prejuízos advindos dessa ação criminosa, atenda a função social da propriedade e restabeleça o direito.

[Ir para o índice](#)

Reflete-se se o perdimento de bens decorrentes das condutas ilícitas por meio dessa nova ação viola o direito fundamental à propriedade.

Palavras-chave: Ação Civil de extinção de domínio. Direito de propriedade. Corrupção. Função social da propriedade.

Abstract

Latin America has been the scene of corruption scandals and with globalization the competent authorities of several countries have intensified their efforts to be able to recover from the offenders the capital they have obtained with their illegal activities. With the goal of seeking solutions to the corruption and unjust enrichment problem, the Brazilian legislators and the Federal Public Prosecutor Office, based on the directives from the National Strategy of Fight Against Corruption and Money Laundering, intend to create the concept of Civil Forfeiture. New parameters are being discussed for the fight against corruption, which entail social redress of the losses arising from this type of crime, fulfill the social function of ownership and reestablish the law. The question is posed, of whether the loss of assets arisen from the illegal acts, through this new action, violates the fundamental right to property.

Keywords: Civil forfeiture. Right to property. Corruption. Social function of property.



INTRODUÇÃO

A corrupção política tornou-se ponto central nos debates políticos da atualidade, no mundo globalizado, em que se percebe um aumento, significativo, de preocupação com a preservação da integridade dos sistemas financeiros e com a viabilidade da atuação soberana dos países, considerando que uma das características principais da criminalidade atual é sua capacidade de gerar elevados proventos econômicos, para os envolvidos.

Dessa forma, o confisco de bens oriundos da corrupção é tema recorrente na agenda das diversas convenções internacionais, dos fóruns e seminários internacionais que discutem sobre a criminalidade organizada e a lavagem de capitais¹. Assim, o estabelecimento de regimes eficazes de apreensão e confisco ou perda de bens tem sido uma constante nos principais instrumentos internacionais² produzidos no âmbito da O.N.U e

1 Durante o IV Fórum Global de Combate à Corrupção realizado em Brasília entre os dias 7 e 9 de junho de 2005, o tema foi discutido por várias oficinas de trabalho, especialmente, na de Lavagem de Dinheiro e Recuperação de Ativos.

2 Sobre essas questões é o disposto nas Recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (FATF/GAFI): *“Recomendación 3 (Medidas provisionales y decomiso). Los países deberían adoptar medidas similares a las previstas en las Convenciones de Viena y de Palermo, incluyendo medidas legales, para que sus autoridades competentes puedan decomisar los activos lavados, el producto del lavado de activos o de delitos subyacentes, los instrumentos utilizados o destinados al uso en la comisión de estos delitos, o bienes por un valor equivalente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. Estas medidas deberían incluir la facultad de: 1) identificar, localizar y valorar los activos objeto del decomiso; 2) implementar medidas provisionales, tales como el congelamiento y el embargo, para impedir cualquier comercialización, transferencia o disposición de dichos bienes, 3) adoptar medidas que impidan o eviten actos que perjudiquen la capacidad del Estado para recuperar bienes sujetos a decomiso; y 4) tomar medidas de investigación apropiadas. Los países también pueden considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera una condena penal, o que requieran que el imputado demuestre el origen lícito de los activos eventualmente sujetos a decomiso, en la medida en que ese requisito sea compatible con los principios de sus respectivas legislaciones nacionales”* (GAFI, 2012. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Spanish.pdf>. Acesso em: 8 jun. 2016).

nas mais recentes produções do direito, na América Latina e Europa³. Entre esses documentos, a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção⁴ recomenda que os Estados analisem a possibilidade de incorporar o instituto da Ação Civil de Extinção de Domínio⁵ aos seus ordenamentos internos⁶.

O direito de propriedade é um dos direitos mais tratados nos ordenamentos jurídicos, previsto na grande maioria das legislações do mundo,

3 A recuperação de ativos sem condenação (“non-conviction based confiscation”-NCBC) tem amparo legal no artº 4º, nº 2, da Diretiva 2014/42/UE, que trata do congelamento e da perda dos instrumentos do crime na União Europeia, bem como no artº 54º, nº 1, c) da Convenção de Mérida. Cita-se ainda a “*actio in rem*” com previsão na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que incentiva os Países Membros a estudarem a opção de medidas que permitam confiscar instrumentos e produtos do crime sem exigência de uma condenação penal, ou que obriguem o infrator a comprovar a origem lícita dos bens passíveis de perda ou confisco. Da mesma maneira, tem-se o parecer do Grupo de Trabalho Roma-Lyon, do G8, que possuem o apoio dos peritos da Rede CARIN sobre recuperação de ativos. (SIMÕES, Euclides Dâmaso e TRINDADE, José Luís. **Recuperação de Ativos – Confisco sem ação penal - A “actio in rem” na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos**. Julgar *online*, Maio de 2016. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/03/20160328-ARTIGO-JULGAR-Recupera%C3%A7%C3%A3o-de-ativos-actio-in-rem-TEDH-Euclides-Sim%C3%B5es-J-L-Trindade.pdf>. Acesso em: 02 maio 2016).

4 Artigo 54. Mecanismos de recuperação de bens mediante a cooperação internacional para fins de confisco: 1. Cada Estado Parte, a fim de prestar assistência judicial recíproca conforme o disposto no Artigo 55 da presente Convenção relativa a bens adquiridos mediante a prática de um dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção ou relacionados a esse delito, em conformidade com sua legislação interna: [...]; c) Considerará a possibilidade de adotar as medidas que sejam necessárias para permitir o confisco desses bens sem que envolva uma pena, nos casos nos quais o criminoso não possa ser indiciado por motivo de falecimento, fuga ou ausência, ou em outros casos apropriados. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*. Mérida, 2003. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/lpo_brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em 20 abr. 2016).

5 A título informativo, em países de colonização britânica a Ação Civil de Extinção de Domínio corresponde ao instituto denominado de Civil Forfeiture.

6 SIMÕES, Euclides Dâmaso e outros. **Recuperação de activos: da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)**. Julgar *online* – 2009. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf>. Acesso em: 06 maio 2016.



a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Convenção Americana de Direitos Humanos⁷. Outrossim, a implementação dessa ação ganha guarida no cenário internacional diante da ideia de que a razão de ser dos crimes de corrupção está intimamente relacionada ao desejo de acumulação de riquezas patrimoniais, ambição e cobiça. Assim, consolida-se uma noção de superação da ideia da prisão como “fulcro da reação penal em favor de soluções que viabilizem o asfíxiamento econômico do agente do crime, isto é, que facilitem a apreensão dos bens, produtos e instrumentos da sua atividade criminosa, atual ou pregressa, e a sua perda ou confisco”⁸.

Ocorre que, embora seja primordial a criação de mecanismos efetivos para modificar a concepção do velho adágio de que o “crime compensa” e, embora em muitos países, nomeadamente, na América Latina, já tenham adotado tal medida, ela enseja discussão sobre a efetividade e a constitucionalidade de alguns dispositivos. Nesse sentido, por se tratar de uma ação nova, sem antecedentes próximos no contexto normativo dos países latinoamericanos, “*se ha especulado mucho sobre su validez, legitimidad e incluso aplicabilidad. Generalmente es descalificada o sobrevalorada por sus críticos dependiendo de la orilla en la que se ubiquen*”⁹.

7 CORDERO, Blanco Isidoro. Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). In: CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. **El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción**. Universidad de Salamanca, 2012.

8 SIMÕES, Euclides Dâmaso e outros. **Recuperação de activos**: da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves). *Julgare online* – 2009. Disponível em: <http://julgar.pt/wpcontent/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosdaperdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf>. Acesso em: 06 maio 2016.

9 PIERRE, Mayda Goite. Las Leyes de Extinción de dominio un instrumento para el enfrentamiento a la corrupción y a la criminalidad organizada: La justificación entre la “necesidad político criminal y el minimalismo penal”. In: **El derecho penal de los inicios del Siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional**. Libro Homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa. Serie Ciencias Penales y Criminológicas, Habana: Unijuris, Mayo de 2014 1, p.122. Disponível em: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/1.%20Libro%20Homenaje%20al%20Dr%20Ram%C3%B3n%20de%20la%20Cruz%20Ochoa.PDF>. Acesso em: 04 maio 2016.

No presente trabalho, o foco restringe-se aos problemas relativos ao direito fundamental à propriedade, especialmente, no tocante a sua função social. Ressalta-se que o direito de propriedade estabelecido na CF/88 se encontra intrinsecamente ligado a figura da extinção de domínio, de modo que a análise desse instituto jurídico deve levar em consideração sua incidência sobre o direito de propriedade, como tal. O tema é relevante, pois é fundamental refletir sobre novas políticas de prevenção e repressão que sejam suficientes e adequadas para fazer frente aos novos desafios no combate à corrupção, bem como, permitir a recuperação de ativos provenientes desses delitos, tendo em vista o contexto da crescente tendência internacional de valorizar os aspectos patrimoniais decorrentes da criminalidade organizada em face da necessidade de aferir sua compatibilidade com o direito fundamental à propriedade e com o ordenamento jurídico pátrio.

1. AÇÃO CIVIL DE EXTINÇÃO DE DOMÍNIO

1.1 Definição e finalidade

A Ação Civil de Extinção de Domínio não é a mesma em todos ordenamentos jurídicos, tendo inclusive, terminologias diferentes em cada legislação. Pode ser chamada, por exemplo, de comiso, perdimento de bens, comiso sem condenação penal, entre outros. Segundo a Oficina das Nações Unidas sobre Droga e Crime, que enfatiza a necessidade de criar uma lei modelo latino-americana em matéria de extinção de domínio, o conceito de extinção de domínio pode ser entendido como: *“una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado, de los bienes a que se re-*



*fiere esta ley, por sentencia de autoridad judicial, sin contraprestación, ni compensación de naturaleza alguna*¹⁰. Constitui, assim, um modelo que não corresponde a perda patrimonial “*in personam*”, ou seja, a Ação Civil funciona totalmente desvinculada de uma eventual ação criminal que apure a responsabilidade do agente, e passa a seguir uma nova perspectiva firmada em uma ação civil ajuizada “*in rem*”, isto é, em virtude da coisa, afastando-se, assim, dos preceitos que orientam um processo penal, inspirados na noção de um fato típico e ilícito¹¹. Seus objetos são, portanto, bens ou direitos e não condutas ou pessoas. Por essa razão, esses procedimentos são direcionados contra os produtos em questão e são concebidas como ações de caráter real que não perseguem a punição individual, mas permitem que a riqueza produzida por meios ilícitos forme parte dos bens que constitui o comércio legal.

No tocante a sua finalidade, de acordo com a justificativa presente no projeto de lei brasileiro do senado nº 107 sobre a Ação Civil de Extinção de Domínio, de 2016, a:

perda civil da propriedade apresenta dupla finalidade: diminuir a capacidade de ação das organizações criminosas pela retirada de seus meios materiais de atuação e ampliar a capacidade material de combate aos males gerados por essa mesma atuação por via de transferência

10 UNODC. **Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Ley Modelo Sobre Extinción de Dominio**, Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe, 2011. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf. Acesso em: 20 abr. 2016.

11 RODRIGUES, Hélio Rigor; RODRIGUES, Carlos A. Reis. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**. Viagem pelas idiossincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Editorial Minerva, p. 269, 2014.

dos produtos da ação civil de perdimento in rem à pessoa jurídica de direito público afetada pelas práticas ilícitas¹².

Sobre a questão citada acima, Torres entende que: *“la finalidad de esta acción radica en destruir el velo de aparente legalidad que recae sobre el derecho de dominio de un bien, derecho que por su origen ilegal nunca ha nacido, pero que goza de apariencia de legitimidad”*¹³. Seu fim é ainda obter o perdimento da coisa, inspirando-se na prevenção patrimonial e na periculosidade do patrimônio e fundamentando-se na suposta violação às regras de um Estado Democrático de Direito, com repercussões negativas no equilíbrio da economia de mercado. Enfim, seu fundamento consubstancia-se nos fins constitucionais do Estado que é proporcionar a efetividade de princípios, direitos e deveres, reafirmar a vigência de valores ético – sociais e da vigência de uma ordem justa.

1.1.1 Natureza Jurídica

Como ocorre com qualquer instituição processual, ao referir-se a natureza jurídica do procedimento de extinção de domínio, o que se pretende é analisar os aspectos que caracterizam esta instituição. Discute-se *“si el decomiso del producto del delito debe necesariamente ser regulado como una sanción penal in personam o si es admisible regularlo como una acción real in rem, que opere exclusivamente en relación con el origen de los bienes, con independencia de la acción penal”*¹⁴.

12 SENADO. Projeto de lei nº 107 sobre a Ação Civil de Extinção de Domínio. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=189290&tp=1>. Acesso em: 18 maio 2016.

13 TORRES, Jenner Alonso Tobar. Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia. **Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas**, v. 14, n. 26, 17-38, 2014.

14 JORGE, Guillermo et. al. **Recuperación de activos de la corrupción**. Dirigido por Guillermo Jorge. Ciudad Autónoma de Buenos Aires Del Puerto, 2008.



Segundo a Oficina das Nações Unidas sobre Droga e Crime, “*la extinción de dominio es de naturaleza jurisdiccional, de carácter real en cuanto se dirige contra bienes, y se declara a través de un procedimiento autónomo, e independiente de cualquier otro juicio o proceso*”¹⁵. É importante salientar que, originalmente, o decomiso do produto do delito foi tratado como uma sanção penal em todas as tradições jurídicas. Todavia, diversas dificuldades probatórias relativas a origem lícita, ilícita ou a titularidade, bem como, em casos de utilização de “laranjas” e em casos de veículos corporativos registrados em jurisdições *offshore*, levaram a diversos países, tanto de tradição anglo-saxônica como continental, a idealizar regimes de decomiso do produto de atividades criminosas por meio dos procedimentos *in rem*¹⁶.

Com efeito, a proposta da ação civil de extinção de domínio, no contexto brasileiro, ao contrário daquela que cria o confisco alargado, prevê uma ação de natureza civil. Isto é, não tem propriamente natureza punitiva, mas, eminentemente reparatória buscando compensar a coletividade pelos males decorrentes da prática do ilícito, com a tomada do patrimônio. Por assim o ser, a natureza jurídica dessa regra/norma conforma-se com uma compensação devida pelo proprietário ao Estado, em razão de ter aquele usado ou permitido que se usasse o bem objeto de perdimento, contrariamente ao que estabelece o ordenamento jurídico que, em última instância, autoriza, legitima e protege o próprio exercício do direito à propriedade¹⁷.

15 UNODC. **Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Ley Modelo Sobre Extinción de Dominio**, Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe, 2011 Disponível em: https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf. Acesso em: 20 abr. 2016.

16 JORGE, Guillermo et. al. **Recuperación de activos de la corrupción**. Dirigido por Guillermo Jorge. Ciudad Autónoma de Buenos Aires Del Puerto, 2008.

17 TEIXEIRA, Miro. **Projeto de lei nº 4000/2015 – Apensado ao PL-3911/2015**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1424176. Acesso em: 18 maio 2016.

Outrossim, é oportuno assinalar que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos que inicialmente considerou o decomiso¹⁸ como uma sanção penal (caso Welch), *“le niega actualmente en sus pronunciamientos el carácter punitivo, otorgándole sustancialmente la calidad de medida preventiva destinada a retirar de circulación los activos vinculados a la comisión de un delito”*¹⁹.

No Brasil, de acordo com Bechara, em resenha de anteprojeto de lei sobre a ação civil de extinção de domínio, o perdimento, nos termos da proposta de lei, provocará a transferência da propriedade ou da posse de bens, direitos ou valores, cuja conexão com a prática de uma atividade ilícita, especialmente grave, revele o não, atendimento da função social da propriedade. No seu entendimento, o perdimento é medida de finalidade dúplice, uma vez que é tanto uma medida compensatória como uma medida. Ao considerá-la como uma medida compensatória, compreende que a extinção de domínio destina-se a reduzir os danos sociais causados a partir da prática de uma atividade criminosa. E, quando a aprecia como medida preventiva, a extinção de domínio tem como destino impedir a continuação da prática de uma determinada

18 No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional alemão tem entendido *“que el decomiso de las ventajas patrimoniales procedentes del delito no persigue reprochar al acusado la realización del hecho antijurídico, sino que tiene como objetivo conseguir fines ordenadores del patrimonio y estabilizadores de la norma, a efectos de remediar una situación patrimonial ilícita consecuencia de la comisión de un delito que genera beneficios económicos y corregir la perturbación del ordenamiento jurídico que genera el incremento del patrimonio a través de la comisión de delitos”*. (CORDERO, Isidoro Blanco. Comiso ampliado y presunción de inocencia. In: ABA, Luz María Puente (directora). **Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración**. Retos contemporáneos de la Política Criminal. Granada, 2008).

19 CORDERO, Isidoro Blanco. Comiso ampliado y presunción de inocencia. In: ABA, Luz María Puente (directora). **Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración**. Retos contemporáneos de la Política Criminal. Granada, 2008.



atividade ilegal, de modo a garantir ordem e pacífica convivência social²⁰. Bechara, afirma ainda que uma ação civil:

para o fim de gerar a extinção de domínio e a transferência da propriedade é de natureza declaratória, uma vez que busca o reconhecimento da existência de liame relevante ao bem, direito ou valor, e a atividade ilícita praticada. Nesse caso, a sentença declaratória tem o valor de preceito, afirmando a existência de uma situação jurídica (vinculação de bens à atividade ilícita) que legitima, com amparo na hipótese material prevista na lei, a perda do domínio²¹.

Há quem defenda que a natureza da extinção de domínio não é um procedimento de carácter penal. É somente uma ação patrimonial. De acordo com artigo 1º, parágrafo único, da Proposta do Ministério Público Federal sobre a Ação Civil de Extinção de Domínio: “a perda civil de bens abrange a propriedade ou a posse de coisas corpóreas e incorpóreas e outros direitos, reais ou pessoais, e seus frutos”. Com o mesmo sentido, encontra-se registrado o artigo 1º do PL nº 856, de 2015 (na Câmara dos Deputados), bem como na PEC nº 10, de 2015.

Por fim, é relevante mencionar o entendimento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos sobre a natureza jurídica da presente ação e sua posição no tocante a compatibilidade desse sistema com os direitos humanos fundamentais e garantias básicas do processo penal. Ao examinar as sen-

20 MAUGERI, Anna Maria. La sanzione patrimoniale e fragaranzieed efficienza. **Rivista Trimestrale di Diritto Penal e dell’Economia**, Cedam, Anno IX. n. 3. lug./set. 1996.

21 BECHARA, Fábio Ramazzini. Anteprojeto de lei sobre a ação civil de extinção de domínio. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 1, p. 365-378, 2012.

tenças desse Tribunal, em diversas ocasiões e sob diferentes perspectivas, e, na leitura de suas sentenças, constata-se que embora exista uma dicotomia insuperável sobre a natureza do decomiso do produto dos delitos, existem determinadas características e condições em que esses procedimentos *in rem* poderiam ser compatíveis com as garantias fundamentais.

Diante do exposto, pode-se dizer que essa ação possui natureza jurídica própria e diferente de outros institutos jurídicos que afetam o domínio da propriedade de uma determinada pessoa.

2. DIREITO À PROPRIEDADE

A compreensão atual de função social da propriedade nem sempre existiu. Nas comunidades primitivas os bens eram pertencentes a todos que se apropriavam deles para sua subsistência²². Dessa maneira, aos poucos ocorreu a passagem da propriedade absoluta para a ideia de uma propriedade com função social, associada transição do Estado Individualista para o Estado Democrático de Direito. No decorrer dos séculos, o direito de propriedade ganhou variados formatos: foi entendido como um poder supremo, perpétuo, oponível contra todos; e de alguém sobre uma coisa determinada, evoluindo juntamente com a sociedade, até chegar ao interesse coletivo e ao papel social. Nos dias atuais, a importância do direito a propriedade é relatada em muitas convenções e tratados internacionais. Entre eles, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pelo princípio de proteção, a Declaração Universal de Direitos Humanos, nos seus

22 ENGELS, Federico. **El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado**. Madrid: Publicado y distribuido por Fundación Federico Engels, 1ª edición 2006.



artigos 17º e 21º, reconhece o direito à propriedade, como um direito inerente aos seres humanos, determinando que não pode ser restringido arbitrariamente, e que possui limitações da lei e do interesse social.

Em sintonia com o atual Estado Democrático de Direito, nossa Carta Magna consagra a função social da propriedade como princípio constitucional. Esse direito é considerado como fundamental de primeira dimensão. Há, inclusive, referência expressa ao direito de propriedade no rol dos direitos, liberdades e garantias na CF/88, a qual dispõe no artigo 5º, XXII que “é garantido o direito de propriedade”, assim como, o inciso XXII “assegura como direito fundamental a propriedade privada, submetendo-a ao cumprimento da função social; aspecto que determina à propriedade, para o seu exercício, a sua adequação às normas de direito público que protegem os direitos da coletividade, impondo limitações de ordem privada e de ordem pública”²³.

Nesse sentido, o artigo 170, II dispõe que: “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: [...] II- propriedade privada”. Ademais, assegura no inciso LIV do artigo 5º que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Por fim, assevera ainda que ela não poderá ser retirada de ninguém sem a justa e prévia indenização, conforme artigo 5º, XXIV da CF/88.

23 RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. A revitalização do tombamento como instrumento jurídico de preservação do patrimônio cultural a partir da regulamentação do instituto da transferência do direito de construir pelo estatuto da cidade. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et al (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**, v. 5. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p.106.

Em relação aos referidos preceitos constitucionais, observa-se que o direito a propriedade foi considerado um direito inerente à pessoa humana e que ele pode ser disposto, livremente, sempre de acordo com as limitações estabelecidas pela lei. Ocorre que, a proteção constitucional do direito de propriedade tem por escopo tutelar o seu uso adequado e não abusivo, de maneira a impedir que demais direitos possam ser lesados. No Brasil a propriedade é consagrada como um direito de matriz constitucional com características e natureza jurídica particular, com a devida tutela estabelecida na própria Carta Maior. Assim sendo, de acordo com a relevância desse direito, é primordial que ele seja analisado, cautelosamente, face ao instituto da Ação Civil de Extinção de Domínio, devido a influência e limitações que acarreta sobre o mesmo porque com a utilização da presente ação há uma afetação direta na propriedade das pessoas, no momento que se inicia essa ação.

Feitas essas considerações, um dos problemas que se coloca é se a ação de extinção de domínio, por recair sobre os bens de uma determinada pessoa, limitaria o seu direito de propriedade, o que seria vedado, constitucionalmente. Assim, faz-se necessária análise quanto à possibilidade da retirada dos bens do campo de disponibilidade do proprietário ou possuidor, anteriormente ao trânsito em julgado de sentença condenatória, em prol da preservação do interesse coletivo.

2.1 Colisão entre Direitos Fundamentais

No tocante a colisão entre direitos fundamentais, afirma-se que ela ocorre de dois modos: na ocasião de o conflito suceder entre direito fundamental de um titular face ao direito fundamental de outro titular, e quando o conflito se dá entre direito fundamental individual e a necessidade de salvaguarda de um bem coletivo, resguardado constitu-



cionalmente. Esse segundo caso, é um dos objetos deste estudo, haja vista que o artigo 5º, XXII, CF/88 protege o direito de propriedade, que poderá chocar com o direito do Estado, de interesse da coletividade, caso adote a Lei de extinção do domínio civil que corresponde, de certa forma, a uma lei restritiva de direitos.

Com efeito, salienta-se que no presente estudo existe um vínculo entre a pessoa e seus bens, e por essa razão, uma questão importante é verificar a possibilidade de violação ao direito de propriedade, pois, como foi dito, a natureza da Ação Civil de Extinção de Domínio possui um caráter patrimonial e real que se encontra intimamente ligada a propriedade. É pertinente dizer que não raro, no Brasil, surgem pessoas que enriquecem em curtíssimo espaço de tempo, por atos de corrupção e que a propriedade adquirida por meios ilegítimos, não merece a proteção Estatal, não tendo colisão entre direitos fundamentais, porque não cumpre sua função social prevista, constitucionalmente.

Em virtude disso, constata-se que após o devido processo legal, a não comprovação do lícito gerador de um enriquecimento, caso seja implementado tal instrumento no ordenamento jurídico brasileiro, poderá ensejar a extinção do domínio desses bens. Nessas circunstâncias, não se fala em colisão de leis, pois as regras do Estado de Direito não estão sendo violadas.

2.1.1 Legitimação da afetação de bens de destinação ou utilização ilícita: a função social da propriedade

Pode-se dizer que a ideia da ação civil de extinção de domínio se baseia na concretização do princípio constitucional da função social da propriedade. Ademais, o princípio da proporcionalidade, sob o prisma que proíbe a proteção insuficiente, obriga o legislador e Estado a cumprir o

[Ir para o índice](#)

dever jurídico de combater o patrimônio ilícito oriundo dos delitos de corrupção. Exige, também, o dever de operar no sentido de viabilizar a produção da concreta justiça e permitir a pacificação social, pois se trata de patrimônio com origem ilegítima, que deve ser convertido à sociedade, como medida de prevenção à própria atividade delitiva e de redução das consequências sociais, ocasionadas por esses crimes. Salienta-se que a propriedade só é legítima quando utilizada de forma a maximizar o bem-estar da coletividade. Em Estados Democráticos de Direito, o princípio da licitude é geral, segundo o qual ninguém pode se beneficiar de sua própria torpeza, agindo com dolo, culpa ou fraude.

Do mesmo modo, a ideia de atos jurídicos consagra a noção de origem lícita e justa do título. Assim, pode-se argumentar que a proteção constitucional do direito de propriedade estará sujeito a validade do ato de aquisição do direito – causa lícita, objeto lícito. Dessa maneira, a garantia de proteção constitucional do direito à propriedade tem por objetivo tutelar o seu uso adequado e não abusivo²⁴, o trabalho lícito, o desenvolvimento pela livre iniciativa, o respeito do direito alheio. Esses são preceitos para que se possa alcançar a propriedade, legitimamente. Em virtude disso, tendo em consideração que não existe ordem jurídica que tutele os direitos fundamentais de modo ilimitada, o que se vê claramente é que o direito de propriedade é relativo, de modo que apenas estará

24 Interessante ressaltar que a Colômbia, primeiro ordenamento a regulamentar a Ação Civil de Extinção de Domínio na América Latina, por meio da Lei nº 333/96, de 1996, substituída pela Lei nº 793 de 2002, tem apresentado reflexos positivos com o funcionamento da referida ação. De acordo com a legislação colombiana, a propriedade que se garante é aquela que se adquire conforme o direito. (artigo 58 da Carta Fundamental). México, Perú e Equador, também demonstram que a referida ação é capaz de golpear as organizações criminosas na medida em que as priva do usufruto a propriedade dos bens que são adquiridos de maneira ilícita. (Informação disponibilizada pela Comissão Internacional contra a impunidade da Guatemala. Disponível em: <http://www.cicig.org/index.php?page=ley-de-extincion-de-dominio>. Acesso em: 25 maio 2016.



assegurado pelo sistema jurídico quando sua aquisição se demonstrar compatível com a legalidade e a boa fé.

Com efeito, de acordo com artigo 21,1 do Pacto de São José da Costa Rica, toda pessoa tem direito a propriedade privada, ao uso e gozo de seus bens. A lei poderá subordinar tal uso e gozo ao interesse social²⁵. No tocante a Ação Civil de Extinção de Domínio em conexão com o tema do direito a propriedade, é importante mencionar que a CF/88 autorizou tanto a perda de bens como o perdimento de bens, nos incisos XLV e XLVI do artigo 5º da Carta Maior. A Constituição brasileira, inclusive, dispõe sobre a possibilidade de confisco quanto a bens alistados com o tráfico ilícito de entorpecentes²⁶, como no caso da perda de glebas de terras. Destaca-se o entendimento do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que se debruçou sobre o caso GOGITIDZE AND OTHERS V. GEORGIA, em acórdão julgado por unanimidade, em 12/05/2015, a respeito da perda alargada, mas agora, à luz do artigo 1º do Protocolo n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, nos termos do qual:

25 Nos mesmos termos, o Código Civil brasileiro também prevê explicitamente a função social da propriedade. O artigo 1.228 do Código Civil dispõe que “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. O parágrafo primeiro dispõe que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei”.

26 Artigo 243. As glebas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas serão imediatamente expropriadas e especificamente destinadas ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentosos, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins será confiscado e reverterá em benefício de instituições e pessoal especializados no tratamento e recuperação de viciados e no aparelhamento e custeio de atividades de fiscalização, controle, prevenção e repressão do crime de tráfico dessas substâncias.

A qualquer pessoa, física ou moral, é reconhecido o gozo pacífico dos seus bens. Ninguém pode ser privado desses bens exceto por razões de interesse público e sujeito às condições previstas na lei e nos princípios da lei internacional. Os direitos referidos anteriormente não poderão, contudo, de qualquer modo, impedir o direito do Estado de aplicar tais leis na medida em que seja necessário para controlo do uso dos bens segundo o interesse geral ou para assegurar o pagamento de impostos ou outras contribuições ou penalidades²⁷.

Assim sendo, tudo que for adquirido de maneira ilegal não poderá integrar o património das pessoas. Assim, evidencia-se que se o direito de propriedade continuasse sendo absoluto como foi outrora, estaria-se na presença de uma violação ao direito constitucional, limitado ao mesmo. Por sua vez, se a presente ação fosse adequada ao sistema pátrio, e se fossem respeitados os demais princípios constitucionais envolvidos, significaria não apenas a redução dos ganhos com a atividade criminosa dos delitos de corrupção, mas também, seria uma fonte de receita para as autoridades públicas incumbidas da repressão e controle de crimes. Ao menos, no tocante ao direito de propriedade, seria garantido o princípio da função social.

27 SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís. **Recuperação de Activos – Confisco sem acção penal- A “actio in rem” na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.** Julgar *online*, Maio de 2016. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/03/20160328-ARTIGO-JULGAR-Recupera%C3%A7%C3%A3o-de-activos-actio-in-rem-TEDH-Euclides-Sim%C3%B5es-J-L-Trindade.pdf>. Acesso em: 02 maio 2016.



CONCLUSÃO

As atividades ilícitas, em especial as relativas aos delitos de corrupção, afetam gravemente os direitos fundamentais e são uma ameaça para o desenvolvimento sustentável e para a convivência pacífica. Experimentar novas fórmulas, como as que oferecem a ação de extinção de domínio, deve ser objetivo estratégico que permita combater a delinquência de grande poder econômico, que ameaça os alicerces da sociedade, com a finalidade de criar alternativas paralelas nos lugares que predominam a corrupção, a violência e a insegurança. O Direito, em hipótese alguma, pode amparar as situações patrimoniais antijurídicas e permitir a existência de um direito fundamental à propriedade adquirida ilicitamente. Entende-se que a propriedade privada, adquirida legitimamente, é um direito fundamental protegido pela Constituição brasileira, pela lei e pelo direito internacional. Para tanto, seu reconhecimento deve estar sujeito ao cumprimento da sua função social, da ordem pública e do bem-estar geral.

A lei brasileira e os Tratados internacionais admitem a restrição ao direito de propriedade quando há prevalência de interesse público e social, desde que não haja arbítrio. Assim, objetivando que a propriedade exerça de fato a sua função social, a Constituição apresenta dispositivos que limitam o direito de propriedade, bem como, sanciona o proprietário que utilizou seu direito, sem o devido respeito para com os preceitos da justiça social.

A introdução da Ação Civil de Extinção de Domínio no ordenamento jurídico pátrio deverá alcançar um equilíbrio entre o respeito ao direito à propriedade privada e o interesse público. Feitas essas considerações, constata-se que a presente ação terá viés constitucional como uma limitação legítima à propriedade, sempre, e quando o Estado demonstrar fielmente, em um processo judicial dotado de todas as garantias consti-

[Ir para o índice](#)

tucionais, que determinados bens possuem origem ou estão destinados a uma atividade ilícita. Assim, a criação de medidas extrapenais de caráter sancionatório ou procedimentos de confisco “in rem” poderiam ser bem mais eficazes na luta contra o enriquecimento ilícito e bem menos prejudiciais aos direitos fundamentais do cidadão, do que o recurso, a uma intervenção jurídico-criminal²⁸.

Finalmente, a ação civil de extinção de domínio não solucionará todos os problemas referentes aos delitos de corrupção no Brasil, assim como não será panaceia para todos os males sociais. Porém, o confisco sem condenação penal, desde que se comprove que a ação de extinção de domínio observa os demais direitos fundamentais envolvidos, poderá colaborar na promoção de direitos fundamentais, bem como, melhorar o funcionamento das instituições na América Latina que hoje não funcionam de forma integral devido a impunidade e a própria corrupção.

REFERÊNCIAS

BECHARA, Fábio Ramazzini. Anteprojeto de lei sobre a ação civil de extinção de domínio. **Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**, v. 1, p. 365-378, 2012.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Resenha**: anteprojeto de lei sobre a ação civil de extinção de domínio. Disponível em: <http://www.esmp.>

28 SIMÕES, Euclides Dâmaso; TRINDADE, José Luís. **Recuperação de Activos – Confisco sem acção penal - A “actio in rem” na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos**. Julgar *online*, mar. 2016. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/03/20160328-ARTIGO-JULGAR-Recupera%C3%A7%C3%A3o-de-activos-actio-in-rem-TEDH-Euclides-Sim%C3%B5es-J-L-Trindade.pdf>. Acesso em: 02 maio 2016.



sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/viewFile/32/20.

Acesso em: 17 abr. 2016.

BLANCO, Ricardo Pérez Blanco. **Determinación de la naturaleza jurídica del decomiso**. Su incidencia sobre el alcance objetivo y subjetivo de la medida. 2011. Disponível em: http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Naturaleza%20Juridica%20del%20Decomiso.pdf. Acesso em: 24 maio 2016.

CORDERO, Blanco Isidoro. Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio). *In*: CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. **El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción**. Universidad de Salamanca, 2012, p.337-371.

CORDERO, Isidoro Blanco. Comiso ampliado y presunción de inocencia. *In*: ABA, Luz María Puente (directora). **Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración**. Retos contemporáneos de la Política Criminal. Granada, 2008, p.71-106.

ENGELS, Federico. **El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado**. Madrid: Publicado y distribuido por Fundación Federico Engels, 2006.

GAFI, Recomendaciones. **Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación**. Gafisud 11 / ii plen 1, Fevereiro, 2012.

JORGE, Guillermo [et. al.]. **Recuperación de activos de la corrupción**. Dirigido por Guillermo Jorge. Ciudad Autónoma de Buenos Aires Del Puerto, 2008.

MAUGERI, Anna Maria. La sanzione patrimoniale fragranze e deficienza. **Rivista Trimestrale di Diritto Penal e dell'Economia**, Cedam, Anno IX. n. 3, p. 817-904., lug./set. 1996.

Ir para o índice

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório contra Drogas e Crimes. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Mérida, 2003. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/lpo_brazil/Topics_corruption/Publicacoes/2007_UNCAC_Port.pdf. Acesso em: 20 abr. 2016.

PIERRE, May da Goite. Las Leyes de Extinción de dominio un instrumento para el enfrentamiento a la corrupción y a la criminalidad organizada: La justificación entre la “necesidad político criminal y el minimalismo penal”. In: **El derecho penal de los inicios del Siglo XXI en la encrucijada entre las garantías penales y el expansionismo irracional**. Libro Homenaje al Dr. Ramón de la Cruz Ochoa. Serie Ciencias Penales y Criminológicas, Habana: Unijuris, mayo de 2014, p.254-271. Disponível em: <http://www.lex.uh.cu/sites/default/files/1.%20Libro%20Homenaje%20al%20Dr%20Ram%C3%B3n%20de%20la%20Cruz%20Ochoa.PD>. Acesso em: 04 maio 2016.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. A revitalização do tombamento como instrumento jurídico de preservação do patrimônio cultural a partir da regulamentação do instituto da transferência do direito de construir pelo estatuto da cidade. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et al (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**, vol.5. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016, p.101-113.

RODRIGUES, Hélio Rigor e RODRIGUES, Carlos A. Reis. **Recuperação de activos na criminalidade económico-financeira**. Viagem pelas idiosincrasias de um regime de perda de bens em expansão. Lisboa: Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, Editorial Minerva, 2014.

SENADO. Projeto de lei nº 107 sobre a Ação Civil de Extinção de Domínio. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=189290&tp=1>. Acesso em: 18 maio 2016.



SIMÕES, Euclides Dâmaso e TRINDADE, José Luís. **Recuperação de Ativos – Confisco sem ação penal**- A “actio in rem” na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. *Julgar online*, Maio de 2016. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2016/03/20160328-ARTIGO-JULGAR-Recupera%C3%A7%C3%A3o-de-ativos-actio-in-rem-TE-DH-Euclides-Sim%C3%B5es-J-L-Trindade.pdf>. Acesso em: 02 maio 2016.

SIMÕES, Euclides Dâmaso e outros. **Recuperação de activos: da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)**. *Julgar online* – 2009. Disponível em: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Recupera%C3%A7%C3%A3odeactivosda perdaampliada%C3%A0actioinrem.pdf>. Acesso em: 06 maio 2016.

TEIXEIRA, Miro. Projeto de lei nº4000/2015 – Apensado ao PL-3911/2015. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1424176. Acesso em: 18 maio 2016.

TORRES, Jenner Alonso Tobar. **Aproximación general a la acción de extinción del dominio en Colombia**. *Revista Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, v. 14, n. 26, 17-38, 2014.

UNODC, **Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción**, Segunda edición revisada, Naciones Unidas, Nueva York, 2012. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/LegislativeGuide/UNCAC_Legislative_Guide_S.pdf. Acesso em: 25 abr. 2016.

UNODC. **Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Ley Modelo Sobre Extinción de Dominio**. Programa de Asistencia Legal en América Latina y el Caribe, 2011. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf. Acesso em: 20 abr. 2016.

Ir para o índice

Os princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência

The constitutional principles of free initiative and free competition

LUCAS ARRUDA HEZEL
PAULA BERGAMASCO

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar como se encontram dispostos, constitucionalmente, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Para isso, inicialmente faz-se uma análise do processo de constitucionalização do Direito Econômico, que teve início, principalmente, após a crise de 1929. Em continuidade, desenvolve-se a temática dos princípios constitucionais econômicos em sentido amplo e sua aplicabilidade. Posteriormente, são tratados, de maneira específica, o princípio da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência, com a apresentação das principais características de cada um.

Palavras-chave: Direito e Economia. Direito Econômico. Princípios Constitucionais. Livre Concorrência. Livre Iniciativa.

[Ir para o índice](#)



Abstract

The purpose of this article is to analyze how the principles of free enterprise and free competition are constitutionally established. For that, the process of constitutionalisation of Economic Law was first analyzed, which began mainly after the crisis of 1929. In continuity, it is developed to the theme of the constitutional economic principles in a broad sense and its applicability. Subsequently, the principle of free initiative and the principle of free competition are treated in specific ways, with the presentation of the main characteristics of each.

Keywords: *Law and Economics. Direct Economic. Constitucional Principles. Free Competition. Free Initiative.*

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objetivo analisar como se encontram dispostos, constitucionalmente, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Para isso, inicialmente, será exposto como se deu o processo de constitucionalização do Direito Econômico, que teve início, principalmente, após a crise de 1929. Depois, será desenvolvida a temática dos princípios constitucionais econômicos, em sentido amplo, abordando-se posteriormente, de maneira específica, o princípio da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência.

1. CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ECONÔMICO

Com a entrada do modelo econômico neoliberal, o Estado passou a ter uma atuação indireta, cada vez maior. Ou seja: o Estado estava ali

[Ir para o índice](#)

para fiscalizar as empresas e para averiguar a sua eficiência. Assim, a sua atuação, de forma direta, foi reduzida. Porém, para fiscalizar a atividade econômica foi necessária a criação de normas específicas, pois quanto maior a Economia, conseqüentemente maior será o desenvolvimento do Direito relacionado à temática.

Segundo o entendimento de Fabio Nusdeo¹ sobre a atuação do Estado na economia:

a ampliação da presença do Estado no sistema econômico e o seu caráter difuso, com a multiplicação de normas legais de toda a espécie para pôr em prática a política econômica, deram origem a uma mudança radical na própria forma de encarar o Direito e de aplicar as suas normas. Surge com base no capítulo constitucional dedicado à Ordem Econômica um novo direito que recebeu precisamente o nome de Direito Econômico.

Desse modo, infere-se que o Direito e a Economia são complementares, por haver uma influência visível, em ambos, de um sobre o outro. O impulso para a constituição econômica ocorreu após a primeira Guerra Mundial, quando o Estado se viu obrigado a organizar a atividade econômica, uma vez que a guerra causou um desequilíbrio no que concerne aos preços e ao consumo de produtos. Porém, o maior desenvolvimento quanto ao conceito de constituição econômica se deu após a crise de 1929, do capitalismo e a segunda Guerra Mundial. Todavia, conforme exposto por Ivo Dantas²:

1 NUSDEO, Fábio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 210.

2 DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico:** globalização & constitucionalismo. Curitiba: Juruá, 1999, p. 42.



encontra-se o atual sistema constitucional brasileiro promulgado a 05/10/88, o qual segue o modelo de constitucionalismo sócio-econômico entre nós iniciado desde a Constituição de 1934 e que esteve presente em todos aqueles que lhe foram subsequentes.

Em virtude do que aqui se expõe, André Ramos Tavares³ entende que:

a constitucionalização do Direito consiste na imposição de que os diversos operadores do direito, incluindo os juízes, promovam uma aplicação das leis e demais atos normativos secundários, a partir de uma leitura constitucionalmente atenta, quer dizer, por meio de uma interpretação sempre e constantemente imbuída das normas constitucionais.

Em vista disso, é possível dizer que a partir do momento que há uma incorporação do aspecto econômico pela Constituição, necessário se faz que as normas sempre sejam aplicadas em sintonia, independente do tema ser ou não, especificamente, econômico.

O Estado, na concepção neoliberal, deixou de ser símbolo de empresa, conforme artigo 173 da Carta Magna. Assim: “A exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou se for relevante ao interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Somando-se ao que dispõe a Constituição Federal, André Ramos Tavares⁴, comenta:

3 TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2011, p. 81.

4 Ibid., p. 235.

o postulado da livre-iniciativa, portanto, tem uma conotação normativa positivada, significando a liberdade garantida a qualquer cidadão, e uma outra conotação que assume viés negativo, impondo a não intervenção estatal, que só pode se configurar mediante atividade legislativa que, acrescente-se, há de respeitar os demais postulados constitucionais e não poderá anular ou inutilizar o conteúdo mínimo da livre-iniciativa.

Nos artigos 170 a 192 da Constituição Federal de 1988 estão as bases constitucionais do atual sistema econômico, que adota um sistema capitalista de economia descentralizada, baseando-se no mercado e não permitindo mais uma atuação direta do Estado, que não esteja prevista em lei. Dessa forma, têm-se, então, como princípios da ordem econômica: a soberania nacional, a propriedade e função social da propriedade empresarial, a livre concorrência, a livre iniciativa, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a valorização do trabalho humano, o pleno emprego e o tratamento favorecido para a micro e pequena empresa.

2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ECONÔMICOS

Etimologicamente, a palavra princípio transmite a ideia de começo, de origem de algo, de ponto de partida. Por outro lado, pode significar, também, seguir regras. Já no Direito, seus princípios nem sempre tiveram tanta importância, mas, com o passar do tempo foram ganhando, cada vez mais, a atenção dos doutrinadores e dos estudiosos. Por exemplo,



Paulo Bonavides⁵ ao mencionar o escritor espanhol F. de Clemente, expõe o que se segue sobre princípios:

Depois de tecer considerações expositivas em que assinala a equivalência essencial dos princípios à equidade dos romanos como ‘a razão intrínseca do Direito’, F. De Clemente chega, inspirado em vários juristas, entre os quais Unger, a essa formulação: ‘Princípio de direito é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo’.

Ainda, Paulo Bonavides⁶ comenta que dentre os conceitos de princípios apresentados, se nota a omissão da normatividade, mas, a doutrina contemporânea tem se ocupado em demonstrá-la. O autor ainda menciona que o melhor conceito de princípios foi elaborado por Crisafulli, em 1952⁷:

Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e, portanto, resumem, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém.

5 BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 265.

6 Ibid., p. 265.

7 Ibid., p. 266.

Paulo Bonavides complementa que, diferente do que alguns pensam os princípios não são a última fonte a ser buscada no instante em que a norma jurídica não está apta a legislar. Eles são o ponto inicial, são os norteadores de todas as normas jurídicas. Dessa forma, a norma precisa ser orientada para que alcance seu objetivo, não apenas em sua interpretação, mas principalmente, na elaboração do seu conteúdo. Segundo o entendimento de Rizzatto Nunes⁸:

O princípio, em qualquer caso concreto de aplicação das normas jurídicas, da mais simples à mais complexa, desce das altas esferas do sistema ético-jurídico em que foi posto para imediata e concretamente ser implementado no caso real que se está a analisar.

No entanto, muito se confunde sobre sua posição dentro do ordenamento jurídico. Observe que diante de uma análise do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é possível verificar que a maneira como ele está escrito dá margem ao entendimento de que os seus princípios serão utilizados quando a lei for omissa. Ou seja, quando a norma não puder legislar sobre uma situação específica deverá recorrer, aos seus princípios. Porém, o significado de princípio é muito mais amplo, pois ele é a base de tudo, é o que permanece quando não existe nenhuma norma. E, por ocupar o plano dos valores do sistema jurídico, a memorável passagem de Celso Antônio Bandeira de Mello⁹ se aplica aqui:

8 NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito**: com exercícios para sala de aula e lições de casa. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 178.

9 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 748.



violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

O princípio não possui uma aplicabilidade acessória. Ao contrário, Ele se encontra na base de todo o pensamento normativo, controlando a aplicação da regra. E mesmo possuindo um caráter mais abstrato e geral, não deixa de ser norma. Ainda, os princípios, de forma geral, não possuem tempo determinado para sua vigência, pois são perpétuos e universais. Se houver conflito entre princípios, é essencial recorrer a um juízo de ponderação, adequando-os conforme a situação.

O estudo dos princípios relacionado a atividade econômica, tem bases na Constituição Federal no Título VII “Da Ordem Econômica e Financeira”, Capítulo I “Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”, especificamente, no caput e incisos do artigo 170, positivados como os princípios norteadores da ordem econômica. Alguns com características mais econômicas, como no inciso IV que dispõe sobre a livre concorrência, outros com a economia sendo uma de suas atribuições como, por exemplo, a defesa do meio ambiente prevista no inciso VI. Segundo o entendimento de André Ramos Tavares¹⁰:

¹⁰ TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2011, p. 126.

estes princípios perfazem um conjunto cogente de comandos normativos, devendo ser respeitados e observados por todos os “Poderes”, sob pena de inconstitucionalidade do ato praticado ao arrepio de qualquer deles. Portanto, serão inadmissíveis (inválidas) perante a ordem constitucional as decisões do Poder Judiciário que afrontarem estes princípios, assim como as leis e qualquer outro ato estatal que estabeleçam metas e comandos normativos que, de qualquer maneira, oponham-se ou violem tais princípios.

Diante dos princípios elencados na Constituição, o Estado se posiciona com o objetivo de regular a atividade econômica por meio de incentivos, fiscalização e planejamento. No que tange ao objeto do presente estudo, será restringindo tão somente a análise dos princípios da livre iniciativa e livre concorrência.

2.1 Princípio da livre iniciativa

O constituinte de 1988 elencou no artigo 170 os princípios básicos da ordem econômica, sendo dois deles a livre iniciativa e a livre concorrência. O princípio da livre iniciativa, por sua vez, encontra-se disposto também no artigo 1º, inciso IV da Carta Magna, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e na visão de uma Constituição que defende o bem-estar social da coletividade e a justiça social, demonstra a liberdade que os sujeitos têm de empreender. Sobre o assunto, André Ramos Tavares¹¹ acrescenta que:

11 TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2011, p. 234.



Fundamento da própria República Federativa e, concomitantemente, da ordem econômica, a livre-iniciativa revela a adoção política da forma de produção capitalista como meio legítimo de que se podem valer os agentes sociais no Direito brasileiro.

A liberdade de empreender é atribuída aos particulares que defendem o direito do empresário, em face do Estado, assim como defendem a abstenção do mesmo, com exceção dos casos previstos em lei. Fernando Aguillar¹² compreende que:

a ampla liberdade de iniciativa (controle pela desconcentração) revela que os fins do Estado, na opinião do próprio Estado, podem ser alcançados plenamente pela ação dos particulares. Já o controle pela concentração denota uma relativa falta de confiança em que a iniciativa privada possa espontaneamente alcançar os fins patrocinados pelo Estado.

A Constituição, ao assegurar a liberdade de empreender, visava incentivar a atividade empresarial pelos particulares, dando-lhes a oportunidade de entrarem no mercado, porém sendo responsáveis tanto pelo lucro como pelos prejuízos.

Conforme as palavras de Luciano Sotero Santiago,¹³ o princípio da livre concorrência assume caráter instrumental em relação ao princípio da livre

¹² HERREN AGUILLAR, Fernando. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 82.

¹³ SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência**: doutrina e jurisprudência. Salvador: JusPodium, 2008, p. 62.

iniciativa. Assim, a liberdade de iniciativa não existe sem a livre concorrência, e tal princípio não se concentra apenas no/ao uso de alguns agentes econômicos, pois é um princípio para todos, o que justifica possíveis interferências do Estado para garantir a sua efetivação de fato. Ainda, Luciano Sotero Santiago¹⁴ entende que, na concepção tradicional, a livre concorrência só existiria se houvesse um mercado onde a atividade econômica seria exercida sob a liberdade de iniciativa, sem interferência do Estado.

Contudo, o autor ainda assevera que em alguns ramos o que se tem é o Estado Regulador, e não o mercado determinando o andamento da atividade econômica, como por exemplo, nos serviços públicos, em que não haveria a possibilidade de exercer a livre iniciativa. Portanto, na visão tradicional em que a livre concorrência é consequência da livre iniciativa, não haveria meios de obter concorrência onde não há mercado com liberdade de iniciativa. Dessa maneira, uma estaria presa a outra e, no entanto, não é o que ocorre: elas são autônomas.

A liberdade de iniciativa busca viabilizar o direito do empresário, em face do Estado, atribuindo liberdade ao particular sem que seja um artifício utilizado pelos agentes econômicos para a manipulação do mercado. Portanto, é necessário que haja uma repressão ao abuso de tal princípio. Nesse sentido, sábias são as palavras de Fernando Aguillar: “É o abuso do direito de livremente empreender que justifica a interferência estatal. E é nesse ponto que o outro princípio, o da liberdade de concorrência, é chamado a intervir”¹⁵.

14 Ibid., p. 62.

15 HERREN AGUILLAR, Fernando. **Direito econômico**: do direito nacional ao direito supranacional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 266.



2.2 Princípio da livre concorrência

Em contraponto ao princípio da livre iniciativa está o princípio da livre concorrência, previsto no artigo 170, inciso IV da Constituição. Pode-se dizer que este é limitador daquele, pois o agente econômico pode empreender o que almejar, sem causar prejuízos a liberdade de concorrência dos outros operadores. Nas palavras de João Bosco Leopoldino da Fonseca¹⁶:

Garante-se a liberdade de concorrência como forma de alcançar o equilíbrio, não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado também para as pequenas empresas.

A livre concorrência estabelece um equilíbrio entre o que os particulares podem empreender e a concentração de mercado. Todos têm o direito de estar no mercado e concorrer de forma justa, mas a partir do momento que ocorre a eliminação da concorrência, se está diante de uma conduta abusiva.

O instituto da concorrência, segundo a ideia de Paula Forgioni¹⁷ passou a ser observada no período da Revolução Industrial, quando a produção deixa de ser artesanal e passa a ser realizada por máquinas, substituindo a relação maestro e aprendiz por outra denominada como patrão e empregado. Nesse período, a estabilidade que as corporações de ofício ofereciam foi substituída pelo risco que o empreendedor corria ao investir e aguardar

¹⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 94.

¹⁷ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 55.

um retorno satisfatório na produção das fábricas. Porém, exigia-se uma liberdade maior para que o empresário pudesse conquistar seu espaço no mercado, e assim a concorrência foi estabelecida como primordial.

Paula Forgioni¹⁸ destaca o pensamento de Adam Smith que diz: “a concepção de mercado muda de perspectiva, assumindo sua dimensão política e a concorrência revelará seu papel central como fator de organização do fluxo de relações econômicas”. Dessa forma, a concorrência vem para organizar o novo mercado que surge, incentivando os agentes a competirem uns com os outros, ressaltando que a liberdade econômica não era vista como ilimitada, tendo em conta que o interesse público deveria prevalecer, não podendo ser esta concorrência prejudicial aos consumidores.

A adoção do *Common Law* na Inglaterra, por volta do século XII e XIII, e posteriormente adotada pelos Estados Unidos da América foi utilizada como fundamento para o *Sherman Act* em 1890 tendo como finalidade a defesa da concorrência e o combate à formação de trustes. Por isso, a concentração do poder de mercado na mão de poucos agentes econômicos, com a possibilidade de grandes empresas ditarem as regras do mercado foi o que o *Sherman Act* quis evitar. Paula Forgioni¹⁹ descreve que:

O Sherman Act de 1890 representa, para muitos, o ponto de partida do estudo dos problemas jurídicos relacionados à disciplina do poder econômico. Com efeito, essa legislação é entendida como o mais significativo diploma legal que corporificou a reação contra a concentração de poder em mãos de alguns agentes econômicos, procurando discipliná-la.

18 Ibid., p. 57.

19 Ibid., p. 67.



Essa Lei surgiu para que fossem criadas oportunidades econômicas iguais para todos os empreendedores, sendo o primeiro estatuto legal da defesa da concorrência a ter relevância. Nessa época, as condições socioeconômicas em que a sociedade americana se encontrava, ao conduzir a promulgação dessa lei, necessitavam desse incentivo. Era um período de alta concentração econômica. Assim, para conquistar a clientela, os preços foram reduzidos de forma significativa, deixando os empreendedores até mesmo sem obter lucro. Após algum tempo transcorrido, agentes econômicos se reuniram e celebraram um acordo que resultava na neutralização da concorrência e, para que preços razoáveis fossem estabelecidos nas estradas de ferro, eles firmaram um cartel.

A instabilidade era o grande inconveniente da associação dos agentes econômicos, pois não havia um instrumento legal que pudesse ser utilizado para a cobrança do que fora acordado. Os empresários, insatisfeitos com essa organização, arriscam em um novo modelo denominado trust, oriundo do direito anglo-saxão conforme exposto por Voltaire Schilling²⁰:

As táticas usadas pelas empresas poderosas para alijar seus concorrentes, eliminando-os [*sic*] com truques sujos da competição (dumping, sabotagens, coação, etc..), tornou algumas dessas fortunas particularmente odiadas no país inteiro. Era o Império dos Trustes [denomina-se truste (do inglês “confiar”) a situação em que pessoa ou empresa possui ou controla um número suficiente de produtores de certos artigos de modo a poder controlar livremente o preço dele].

20 MUNDO. **O Truste e a Democracia**. Disponível em: <http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/truste.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

O truste é caracterizado pela entrega de todas as ações a um grupo de fideicomissos que em contrapartida entregam aos acionistas um *trust certificate*, habilitando-os a participar dos dividendos das operações, quando os diretores acharem conveniente reparti-los. Assim, os trustes administravam os bens da melhor forma, conforme o interesse do agenciador, e de forma centralizada, impedindo que a concorrência entre os agentes econômicos voltasse a acontecer.

Surgiu em 1882, o primeiro e mais famoso caso de trustes, da *Standard Oil*, administrada por Rockefeller que conseguiu que essa empresa controlasse por muitos anos, mais de 90% das refinarias americanas. Felipe Araújo²¹ comenta sobre o assunto:

Após várias décadas monopolizando o mercado, a companhia dos Rockefeller acabou sendo punida pelo tribunal supremo dos EUA, que decidiu, no ano de 1911, acabar com o monopólio transformando a Standard Oil em 34 empresas de menor porte. Entre essas novas organizações, estão nomes importantes como Amoco, Mobil, Atlantic, Chevron e a Exxon. Apesar do desmantelamento, as Empresas Rockefeller continuaram no controle de todo o complexo econômico.

Foi um caso de grande concentração econômica, em que numerosos concorrentes foram absorvidos e impedidos de concorrer com a grande empresa petrolífera. Já em meados de 1880, as discussões quanto ao poder econômico dos trustes aumentaram. De um lado, as empresas

21 NIKES. **Standard Oil Company**. Disponível em: <http://nikesproducao.blogspot.com.br/2013/03/standard-oil-company-por-felipe-araujo.html>. Acesso em: 15 jul. 2016.



que defendiam que com a concentração as indústrias poderiam crescer mais, mediante a cooperação dos empresários. Por outro lado, estavam os consumidores, trabalhadores e pequenos empresários argumentando que a concentração econômica tornava mais difícil a concorrência justa, o acesso a produtos com preços razoáveis, causando um prejuízo assombroso aos que não possuíam condições de competir com os grandes agentes econômicos.

A necessidade de uma lei que acabasse com o poder dos trustes, com a concorrência desleal e com as práticas comerciais imorais, era cada vez mais clara. Assim, depois de 10 anos, após várias discussões relativas a urgência de uma lei antitruste, foi promulgado o *Sherman Act*, projeto de lei do Senador John Sherman encaminhado ao Congresso norte-americano em 1888. Paula Forgioni,²² dispõe que:

Ressentia-se, no texto do ShermanAct, da vagueza de suas previsões. Não se pode ainda olvidar que o ShermanAct não continha regras que disciplinassem o processo de concentração de empresas, deixando à margem da regulamentação prática geralmente condenada pela opinião pública.

Mesmo com a promulgação do Sherman Act, notou-se que haviam lacunas a serem preenchidas, e assim nasceu a exigência de uma nova regulamentação que a complementasse. Com esse objetivo, foi promulgado, em 1914, o Clayton Act que detalhou as práticas e os contratos considerados ilegais, as vendas casadas, as sanções penais e civis às práticas

22 FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 73.

comerciais que importavam em restrições à competição. Ainda em 1914, foi criada, também, a *Federal Trade Commission* (FTC) que coibia qualquer concorrência desleal. Posteriormente, em 1936, foi promulgado o *Robson-Patman Act*, e em 1950, o *Celler-Kefauver Act*, que proibiam a aquisição de uma empresa se isso resultasse em uma grande concentração de mercado. Essa legislação norte-americana continua em vigor, até os dias de hoje.

CONCLUSÃO

Com a evolução histórica dos modelos econômicos de Estado, passando do liberalismo para o bem-estar social e alcançando o período neoliberal, notou-se a reformulação do liberalismo clássico, a expansão do capitalismo e a necessidade da intervenção mínima do Estado como Regulador para contornar as crises do mercado.

A Constituição Federal de 1988 precisou positivar a atividade econômica, para possibilitar a criação de meios para garantir uma ampla fiscalização por parte do Estado. Essa garantia se deu por intermédio da promulgação de leis com o escopo de promover um ambiente concorrencial saudável, através dos órgãos governamentais de defesa da concorrência.

A livre concorrência e a livre iniciativa, princípios norteadores da ordem econômica que se encontram previstos no artigo 170 da Carta Magna, são essenciais para o bom funcionamento da atividade econômica e visam proporcionar aos agentes econômicos e suas relações, certa segurança, por estabelecer regras básicas de conduta.

Dessa forma, observou-se que o Estado deve, de forma efetiva, proteger a concorrência impedindo que se formem monopólios e barreiras à entrada de novos competidores.



REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 28. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Artigo 173. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 jul. 2016.

DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico: globalização & Constitucionalismo**. Curitiba: Juruá, 1999.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 6. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

HERREN AGUILLAR, Fernando. **Direito econômico: do direito nacional ao direito supranacional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MUNDO. **O Truste e a Democracia**. Disponível em: <http://educaterra.terra.com.br/voltaire/mundo/truste.htm>. Acesso em: 15 jul. 2016.

NIKES. **Standard Oil Company**. Disponível em: <http://nikesproducao.blogspot.com.br/2013/03/standard-oil-company-por-felipe-araujo.html>. Acesso em: 15 jul. 2016.

NUNES, Rizzatto. **Manual de introdução ao estudo do direito: com exercícios para sala de aula e lições de casa**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

Ir para o índice

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia:** introdução ao direito econômico. 7. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTIAGO, Luciano Sotero. **Direito da concorrência:** doutrina e jurisprudência. Salvador: JusPodium, 2008.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico.** 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2011.



Recall: destituição do político através do povo

Recall: the form to remove the political by the people

RAVI RAMIER MORAIS ALMEIDA
MARCELO DIAS PONTE

Resumo

Os caminhos civilizatórios para a vida em comunidade desdobram-se através de intensos conflitos registrados, ao longo da história, contendo quase sempre divergências de interesses entre comunidades que pensavam de forma distinta, ao tratar de seus interesses difusos. Tais conflitos foram mais bem resolvidos por meio da política democrática, que tem o voto do povo como ferramenta para eleger seus representantes. A escolha do representante baseia-se no que o político diz que fará para o povo, se for eleito. Contudo, muitas vezes, não cumpre o pacto. O recall é uma ferramenta que auxilia na destituição do votado que, não fez o que havia prometido. No presente trabalho procurou-se fazer uma análise acerca do recall, esclarecendo seu significado, seu conceito e seu desdobramento nas constituições mundo afora, e por fim, a possibilidade de inserção no cenário brasileiro, objetivando obter uma resposta para a problemática atual da crise política no Brasil.

[Ir para o índice](#)

Palavras-chave: Democracia. Voto. Política. *Recall*. Crise política.

Abstract

The civilizational paths to community life unfold through the intense conflicts recorded throughout history, with almost always divergences of interest between communities that thought differently to the treatment of their diffuse interests. Such conflicts were best resolved through politics. Democracy has the vote of the people as a tool to elect its representatives. The choice of representative is based on what the politician says he will do for the people if elected, but often does not keep the pact. The recall is a tool that assists in the removal of the elect who did not do what he had promised. In the present work, an analysis was made of the recall, initially demonstrating the nomenclature, the concept, its unfolding in the constitutions of the world above, and finally its possibility in the Brazilian scenario, aiming to obtain a response to a current crisis problem Politics Brazil.

Keywords: Democracy. Vote. Politics. Recall. Political crisis.

INTRODUÇÃO

Na luta pela democracia, são inúmeros os autores que colocam em destaque a impossibilidade de se ter uma democracia direta e a dificuldade de existir uma ferramenta que tenha uma participação efetiva do povo no comportamento de seus representantes. Nesse contexto, é que o recall, sendo uma “forma de revogação individual, capacita o eleitorado a destituir funcionários, cujo comportamento, por qualquer motivo,



não lhe esteja agradando”, e que a democracia, essência da polis, não seria realizável nos Estados-nação de nossa modernidade¹.

Este estudo pretende apresentar uma ferramenta que é desconhecida dos brasileiros, bem como o seu histórico em alguns países no mundo e analisar se seria possível a sua implementação, no Brasil, salientando ainda a possibilidade dela ajudar (ou não) na crise política hasteada nessa nação.

As hipóteses deste trabalho foram investigadas em pesquisa bibliográfica, como também, em sítios eletrônicos nacionais e internacionais. Utilizou-se, também, a literatura estrangeira para averiguar os pontos a serem analisados, de forma comparativa, com os pontos salientados no presente trabalho. Por intermédio da percepção da crise política que se alastra, conjurou-se o cenário para que se desenvolvesse a abordagem qualitativa, ao se observar as possibilidades que poderiam ser tomadas para um melhor dimensionamento a respeito do desenvolvimento do Brasil, no quesito política. Esta pesquisa, também, é descritiva e exploratória, pois conceitua o seu objeto, explicando, descrevendo, interpretando e inovando.

Este trabalho divide-se em cinco seções, iniciando pela introdução, desdobrando-se dentro dos apontamentos teóricos, que estão espalhados em três capítulos que trazem em seu bojo o conceito do recall, encapsulado no capítulo um. No capítulo dois traz as considerações sobre o recall nas constituições e a sua importância dentro de uma perspectiva da teoria da democracia, sobre o tema, demonstrando ainda o pensamento de alguns doutrinadores, utilizando-se inicialmente da norma estadunidense, para analisar as possibilidades e a existência desse instituto em diversas constituições mundo afora. No terceiro capítulo está

1 BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1978, p. 352.

condicionado o recall no Brasil, apresentando suas possibilidades e o seu histórico no pensamento normativo nacional. Por fim, demonstra-se considerações finais acerca do tema, desenvolvendo, assim, as possibilidades que o recall poderá trazer para a crise política nacional. Buscou-se um resultado normativo e doutrinário para a crise política brasileira, demonstrando no estudo, em comento, os possíveis impactos desse instituto no cenário democrático atual.

Um dos problemas que se assenhora na representatividade moderna está a dificuldade em se conseguir com que qualquer estrutura que represente os interesses dos eleitores, na figura dos políticos, passe a atuar, efetivamente, em prol dos interesses do povo, em não se eivar do compromisso assumido, que é o de representar a coletividade, prerrogativa auferida pelos constituintes que foram eleitos para representar os cidadãos, tendo como uma de suas bases para a efetivação de suas atitudes, a ideologia política da qual o agente político, muitas vezes, deixa de lado. Ainda, o desvio de finalidade da função em prol de interesses singulares, não é um problema novo, pois, “com a democracia representativa, a eleição torna-se a peça essencial do sistema, torna-se a via de assegurar a coincidência da vontade dos governantes com a vontade do povo e a prossecução do interesse coletivo de harmonia com o titular deste, o povo”².

A questão que ora que se evidencia decorre da dificuldade existente na forma de atuação do representante, que, deve ser em consonância com seus posicionamentos anteriores e com sua versão política de atuação. Ou seja, a vontade do povo ao votar acreditando nas promessas que foram elencadas no votado, faz com que surja um compromisso

2 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2. ed. rev. e aum. São Paulo: Max Limonad, 1953.



no cumprimento do que foi prometido em campanha. Essa discussão, em diversos segmentos sociais da atualidade, é a crescente divergência entre política, políticos e a prática política. Em outras palavras, trata-se do rompimento das posições iniciais assumidas em campanha durante o exercício do cargo. Discute-se, portanto, a possibilidade de penalizar ou responsabilizar, de forma efetiva, o eleito em questão.

Acredita-se que um dos objetivos desta investigação científica é seu vínculo com o concreto, ou seja, com a capacidade de oferecer reflexões plausíveis de serem recorridas pelo uso nas relações políticas e sociais. Ainda não há como se ter como base informações que somente são transmitidas nos grandes meios de comunicação, dada a dúvida, no que diz respeito a parcialidade, bem como, aos interesses que ali se encontram de fato envolvidos. No que tange as informações sobre política e políticos, deve ser ressaltada a frequência com que é praticada pelos meios de comunicação, uma política que quer esconder a política ou deslegitimá-la.

A investigação sobre convergência entre o prometido e o cumprido durante o mandato pelo detentor do cargo, deve ser refletida por uma pesquisa efetiva de atuação e pelo posicionamento do eleito, quando das suas posições e votações na prática do cargo, e não simplesmente pelo que é noticiado. A revogação de mandato significa também a “rechamada” do voto direto, secreto e com igual valor dado àquele que exerce um mandato.

O sistema de representatividade utilizado no Brasil, por nossa Constituição, trouxe vários avanços em nossa perspectiva de nação, de soberania, e muitos outros pontos positivos em prol da democracia, na tentativa de uma maior e melhor participação do povo, objetivando garantir mais direitos e inibir abusos que, historicamente, para este país sentiu na ditadura militar.

[Ir para o índice](#)

Já na atual forma de representação política brasileira, parece ser razoável a possibilidade de inclusão de aprofundamento da democracia direta. Tanto era existente essa preocupação que na Constituição Brasileira de 1988, incluiu-se o art. 14 a respeito do assunto³. Contudo, junto veio a possibilidade do voto, investindo poderes no votado para ocupar o cargo pleiteado, não trazendo a possibilidade direta da sua retirada pelo não cumprimento do que se comprometeu a efetivar.

O mecanismo que sugere a retirada do votado por não cumprimento do que havia avençado é denominado de recall. Tal instituto confere aos eleitores o controle dos cargos dos eleitos, caso os votantes não se sintam mais representados na figura do ocupante do cargo público, surgindo a possibilidade de destituí-lo do cargo. Trata-se de um mecanismo em que, certo número de cidadãos cria uma petição denominada de notice of intent to recall petition, na qual, os eleitores interessados na destituição do funcionário público, dão o seu aceite por meio de assinatura afastando o eleito da função pública. Contudo, é necessário dizer que essa ferramenta tem particularidades de utilização que varia de país para país, e que também se encontram formas diferentes de utilização, variando a depender de contextos históricos distintos.

O recall é uma ferramenta que tenta dar efetividade e legitimidade aos projetos e promessas que foram postos em campanha, trazendo garantias mais sólidas, reais e honestas para o povo que está submetido ao rigor democrático de eleições, pois, o que foi prometido deverá ser cumprido. A ideia que se apresenta é a de que o recall é uma ferramenta democrática, utilizada em outros países com o objetivo de destituir do

3 Trata dos direitos políticos, com uma visão de que a soberania do povo é exercida pelo voto, este não contém distinção valorativa, que pode ser manifestado pelo plebiscito, referendo e da iniciativa popular, onde esta última traz a manifestação mais afincada no que diz respeito sobre a manifestação da soberania do povo.



cargo público aqueles que foram eleitos pelo povo, mas não cumprem suas promessas e posicionamentos ou não agradam mais.

1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO TERMO RECALL

Existem outros significados na língua inglesa para o termo recall, sendo, portanto, um vocábulo com diversos significados que pode ser dado a esse termo. Para o objeto de nossa discussão, tal instrumento conceitua-se como o direito de remoção de um funcionário público do cargo, pelo voto do povo, por meio de requerimento de um determinado número de eleitores qualificados⁴.

Assim, aqui o recall é o mecanismo formal, que dá aos eleitores a oportunidade de retirar ou de substituir o votado, mantendo os eleitores com o controle dos representantes que foram eleitos,⁵ dando, portanto, ao povo a oportunidade de um possível impeachment popular⁶.

Existe certa lógica trabalhista no recall, advinda da relação de subordinação entre patrão e empregado, que utiliza um dos princípios basilares da relação trabalhista impregnado no sistema capitalista denominada de good business principle, em que o empregado poderá ser dispensado, se for desonesto ou se for incapaz de exercer suas funções,⁷ semelhante ao empregador quando demite um empregado de sua empresa por justa causa.

4 REFERENCE, Dictionary. Termo *recall*. Disponível em: <http://dictionary.reference.com/browse/law>. Acesso em: 10 jul. 2016.

5 CRONIN, Thomas E. **Direct democracy**: the politics of the initiative, referendum and recall. Cambridge MA: Harvard University Press, 1999.

6 TRIGUEIRO, Osvaldo. **O regime dos Estados na união americana**. Rio de Janeiro: Companhia Ed. Americana, 1942.

7 MENEZES, Aderson de. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. rev. e atual. por José Lindoso. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Reitera-se que o termo recall aqui utilizado tem o objetivo de permitir aos eleitores, através de uma eleição especial, promover a substituição, ou a destituição do cargo público, antes do tempo previsto,⁸ como um “direito de arrependimento”,⁹ por intermédio de nova manifestação do povo, destituindo-o e indicando-lhe um sucessor,¹⁰ sendo, portanto, um processo de responsabilidade que, procura corrigir falhas do sistema representativo¹¹.

2. O RECALL NAS CONSTITUIÇÕES

O recall encontra-se em vários sistemas de governo com inúmeras oscilações terminológicas. Em algumas províncias da Argentina, por exemplo, é denominado de destitución, e na antiga União Soviética era conhecido como revogação¹². A mesma possibilidade de destituição de cargo público pode também ser percebida na Constituição de Weimar, de 1919, em seu no art. 41¹³.

O recall surgiu nos Estados Unidos, em 1903, na Carta de Los Angeles, durante a gestão do Presidente Franklin Roosevelt, que fez parte do programa desenvolvimentista que foi denominado de “o movimento

8 FERREIRA, Luiz Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 3. ed. rev. e ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1975.

9 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

10 CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Direito parlamentar e direito eleitoral**. Barueri, SP: Manole, 2004.

11 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958

12 SGARBI, Adrian. **O referendo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

13 WEIMER, CONSTITUTION. **Die Verfassung des Deutschen Reiches, jahr 1919**. Disponível em: http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php. Acesso em: 10 jul. 2016.



progressivo”¹⁴. Desde então, é praticado nos Estados Unidos da América, sendo empregado com maior possibilidade de êxito nos níveis mais regionais, não havendo previsibilidade em âmbito nacional, ou seja: não há possibilidade de destituição do cargo, o líder do executivo na pátria norte americana, havendo, porém, previsão no nível estadual. Entretanto, o exercício de aplicação do recall nesse patamar legislativo foi pouco utilizado, pois, houve apenas uma revogação de mandato de governador, no estado da Califórnia, ocorrido em 2003, com o governador Gray Davis, do Partido Democrata, que assumiu o cargo em 1999 e foi destituído, por meio de votação popular, em 7 de outubro de 2003¹⁵. Os dispositivos legais da Califórnia que alicerçam tal possibilidade, em questão, encontram-se inseridos no artigo 2º, §13, da Constituição da Califórnia, e na seção 11, do Código Eleitoral da Califórnia.

Os estados membros dos Estados Unidos da América em que há a possibilidade do recall são: Alaska, Arizona, Califórnia, Colorado, Geórgia, Idaho, Kansas, Louisiana, Michigan, Minnesota, Montana, Nevada, New Jersey, North Dakota, Oregon, Rhode Island, Washington e Wisconsin. Destaca-se que o Estado da Virgínia não possui recall, mas possibilita que um cidadão apresente uma petição, que contenha o pedido de uma audiência judicial, objetivando alcançar a remoção de um certo e determinado agente público, que tenha faltado com o seu dever, ou se for incapaz de exercer a sua função, dando assim, ao judiciário a possibilidade de decidir sobre a remoção ou não, daquele agente público em questão¹⁶.

14 WILSON, T ROOSEVELT. **LDI Rights** – 1963. Disponível em: <http://www.jru-pertatmcqaid.com/TAJC21SG.docx>. Acesso em: 10 jul. 2016.

15 UC BERKELY. **Institute of Governmental Studies**. Disponível em: <http://igs.berkeley.edu/library/htrecall2003.html>. Acesso em: 10 jul. 2016.

16 RECALL OF STATE ELECTED OFFICIALS. **A Proposed Minnesota Constitutional Amendment**. Disponível em: <http://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/recall96.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016.

Salienta-se que há duas formas de recall, em que pode ser percebido no instituto em questão. A primeira pode ser utilizada com o fulcro de revogar a eleição de um legislador ou até mesmo de um funcionário (eletivo). E a segunda, é chamada de “recall judicial”, utilizado para a revogação de decisão judicial monocrática, de tribunal local ou regional, que tenha negado a aplicação de uma lei por acreditar que certa norma seria inconstitucional¹⁷.

A primeira opção trata-se da revogação dos mandatos ou da destituição de autoridades públicas por decisão popular. Nessa hipótese, são consultados os eleitores, para que seja decidido entre ser mantido ou não, o governante em seu cargo¹⁸. Nessa forma, por exemplo, nos Estados Unidos, Minnesota, por decisão popular, é possível a destituição de juiz, governador, secretário de Estado, auditor e procurador-geral por conduta corrupta no escritório, por crimes ou por contravenções¹⁹. A segunda forma, denominada de “recall judicial”, possibilita aos eleitores acatar ou não uma decisão judicial. Isto é: os eleitores decidirão se a decisão será anulada ou preservada por maioria de votos.

Na extinta União Soviética, havia o direito de revogação do mandato dos deputados, previsto no art. 105 da Constituição de 1917. Vale destacar que o mandato dos deputados, conforme lei, já era garantido pelos “representantes da classe trabalhadora”, pois eles teriam de prestar contas aos

17 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2000.

18 RECALL OF ELECTED STATE OFFICERS. Revisor. Disponível em: <https://www.revisor.mn.gov/topics/?type=rule&id=RECALL%20OF%20ELECTED%20STATE%20OFFICERS>. Acesso em: 10 jul. 2016.

19 MINNESOTA CONSTITUTION. **Article VII**. Disponível em: <https://www.revisor.leg.state.mn.us/constitution/> Acesso em: 10 jul. 2016.



eleitores. O recall continuou presente na Constituição Soviética de 1936, servindo de exemplo para outras nações, de mesmo pensamento ideológico, que acabaram adotando essa ferramenta, como foi o caso da Polônia.

Na América Latina há previsibilidade do recall, na Constituição da República Bolivariana da Venezuela, que confere a possibilidade de revogação de todos os cargos eletivos, conforme art. 72²⁰, na sessão del referendo popular²¹. Assim, reitera-se que o recall e seus influxos, na Venezuela, não se restringem a apenas a destituição do Chefe do Executivo, pois, a Constituição de 1999 observa-se que a soberania popular pode ser exercida até nos cargos da magistratura, demonstrando assim que, os poderes, na figura de seus representantes, poderão ser destituídos dos cargos que ocupam.

20 Notou-se que, dentre todas as constituições estudadas, a Constituição da Venezuela é a que dá mais amplitude ao *recall*, trazendo a possibilidade de que todos os cargos públicos sejam revogáveis. Na literalidade da norma venezuelana diz que: “Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables. Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato. Cuando igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y la ley. La revocatoria del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley. Constitución de la República Bolivariana de la Venezuela. Ver Emienda, 15 de febrero de 2009. Disponível em: <http://www.mp.gob.ve/LEYES/constitucion/constitucion1.html>. Acessado em: 10 jul. 2016.

21 Constitución de la República Bolivariana de la Venezuela. Ver Emienda, 15 de febrero de 2009. Disponível em: <http://www.mp.gob.ve/LEYES/constitucion/constitucion1.html>. Acesso em: 10 jul. 2016.

3. O RECALL NO BRASIL

No Brasil, historicamente, a revogação do mandato político, nas Constituições, nunca foi permitida. Contudo, no Século XIX, registros históricos relatam que houve a possibilidade de revogação de mandatos, inserida nas Constituições de Goiás, São Paulo, Rio Grande do Sul e Santa Catarina.

Em Goiás, na Constituição de 1891, o art. 56 dizia que “O mandato legislativo não será obrigatório e que o eleitorado poderá cassá-lo, declarando, mediante o processo que a lei estabelecer, o mandatário carecedor de sua confiança”. Já na Constituição do Estado de São Paulo de 1891, em seu art. 6º, §3º havia a previsão de que os deputados e os senadores estaduais poderiam ter seus mandatos revogados, a qualquer momento, por meio de uma consulta que poderia ser feita, e aceita ou não, por um terço dos eleitores. No Rio Grande do Sul, o art. 39, da Constituição, também, de 1891 registra que “O mandato do representante não será obrigatório e poderá ser renunciado, a qualquer tempo, e também, cassado pela maioria dos eleitores”. Por sua vez, na Constituição de Santa Catarina, de 1891, no art. 14, reza que “O mandato legislativo pode ser renunciado, e que sua revogabilidade se efetuará quando consultado um terço dos eleitores, e quando o deputado não obtiver metade e mais um dos votos, com que foi eleito”.

Os Municípios no Brasil apresentam, em sua origem, um modelo de organização democrática trazido por Portugal, desempenhando uma autonomia dentro de suas atribuições, quer seja de forma política ou jurídica²². Essa forma estruturada de unidade administrativa, por serem,

22 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Considerações sobre os Municípios no Brasil. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro. **Constituição Federal 15 anos**: mutação e evolução – comentários e perspectivas. São Paulo: Método, 2003.



historicamente, “unidades administrativas e políticas que constituem os únicos órgãos de representação popular, em que a soma dos seus poderes trazem em seu bojo a importância que detinha a Colônia, nos primeiros tempos de Império, contendo as Câmaras que, efetivamente, eram a única força politicamente estruturada de participação governamental”,²³ e que possa, portanto, utilizar-se da ferramenta do recall, contanto que haja previsão legal para destituir o seu chefe do executivo.

O art. 34, VII, “c” da Constituição Federal diz que a União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para assegurar a observância de alguns princípios constitucionais, incluído neste rol a autonomia municipal. Pode-se observar que as competências e a autonomia municipal são delimitadas na esfera de competência de cada uma das entidades administrativas – União, Estado e Município – e que nenhuma interpenetração pode haver entre elas²⁴. Nesse sentido, é que se diz que, no âmbito de suas atribuições, o Município está acima do Estado e da União, só podendo refreá-lo o Judiciário, por ação própria, quando comete excessos.

CONCLUSÃO

Atualmente, no Brasil, não existe o instituto do recall inserido na carta magna. Contudo, uma proposta semelhante foi levada ao legislativo, em solo pátrio. O “voto destituente”, como assevera o atual Presidente,

23 GARCIA, Maria. Federalismo brasileiro: a repartição de rendas tributárias e o Município. In: BASTOS, Celso (coord.). **Por uma nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

24 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2008.

Sr. Michel Temer²⁵, demonstra que na Constituinte de 1988 houve uma proposta, nesse sentido, com a nomenclatura de “voto desconstituinte”, que considerava a possibilidade dos eleitores, quer seja da União, dos Estados ou dos Municípios, através de uma petição endereçada à Mesa da Câmara ou do Senado solicitasse afastamento do parlamentar daquela referida casa, a que fora endereçado o pedido, com o argumento de que não existe, na forma de organização política brasileira, hierarquia entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, já que esses segmentos estão no mesmo patamar, em face do arranjo federativo, em que a estrutura constitucional vigente encontra-se amparada.

Ademais, o “voto destituente” não é o mesmo instituto do recall, pois, neste não há participação do Legislativo em seu procedimento, baseando-se no “Good Business Principle”, diferentemente daquele, em que é necessário endereçar o pedido para a casa em que se abriga o parlamentar atacado, não sendo, portanto, uma atitude direta do povo.

Uma das ferramentas contidas na Constituição Federal do Brasil, com controle democrático, está no art. 14, em que há a possibilidade de referendo, plebiscito e de iniciativa popular, como dispositivos que auxiliam a democracia nacional. Uma possibilidade de adotar, em nosso ordenamento pátrio, o recall, seria inseri-lo no art. 14 da Constituição, com a posterior edição da lei para reger o instituto supracitado. O que seria um avanço, pois, constata-se que os países adotantes do recall possuem um alcance maior de controle dos eleitos.

Ressalta-se que, o “impeachment” não deveria ser utilizado por causa da impopularidade do político, no caso, do Chefe do Executivo, pois, esta

25 TEMER, Michel. **Democracia e cidadania**. São Paulo: Malheiros, 2006.



ferramenta só deveria ser utilizada quando houvesse faltas gravíssimas tipificadas como crime de responsabilidade²⁶. A ferramenta mais adequada para ser utilizada pela falta de popularidade seria o recall, mas, mesmo assim, não seria a mais aconselhada, pois, o objeto a ser atacado por ela não é a impopularidade, e sim, o não cumprimento do que fora pactuado.

Constatou-se que o recall é mais democrático porque há maior possibilidade de participação do eleitorado, nos países menos desenvolvidos. No Brasil, para a aplicação do recall, com maior segurança jurídica, seria necessária a modificação da Constituição Federal. Porém, Assaz acredita que com a crise política que o Brasil está enfrentando, o recall, objeto deste trabalho em questão, não resolveria, de fato, o problema, pois a questão é muito mais complexo para que se consiga chegar a um denominador comum, facilmente.

Os diversos fatores, como corrupção e problemas ideológicos dos políticos e de seus partidos fazem com que a credibilidade da política seja relativizada, e assim, eclode uma série pontos que coloca em cheque a forma de representatividade utilizada, atualmente.

O recall, seria, por sua vez, mais uma ferramenta, para evitar que os políticos prometam o que não farão em seu mandato, e que reflitam desde sua estratégia de campanha, considerando que haverá punição para o que for prometido e não for cumprido. Essa atitude fará com que a política e os políticos adquiram certa credibilidade, mesmo que sejam obrigados, por saberem que poderão ser punidos caso não cumpram o que fora acordado pelo voto.

26 BERCOVICI, Gilberto. **A resistência ao golpe de 2016**. São Paulo: Praxis, 2016.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. Considerações sobre os Municípios no Brasil. *In*: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro. **Constituição Federal 15 anos**: mutação e evolução – comentários e perspectivas. São Paulo: Método, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **A resistência ao golpe de 2016**. São Paulo: Praxis, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 4. ed. São Paulo: Forense, 1978.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 10. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

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

CRONIN, Thomas E. **Direct democracy**: the politics of the initiative, referendum and recall. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. **Direito parlamentar e direito eleitoral**. Barueri: Manole, 2004.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Teoria do Estado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2000.

REFERENCE, Dictionary. Disponível em: <http://dictionary.reference.com/browse/law>. Acessado em: 10 jul. 2016.



FERREIRA, Luiz Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1975.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARCIA, Maria. Federalismo brasileiro: a repartição de rendas tributárias e o Município. *In*: BASTOS, Celso (coord.). **Por uma nova Federação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GARRET, Elizabeth. **Democracy in the Wake of the California Recall**- University of Pennsylvania Law Review. Vol. 153, No. 1, p. 239-284. nov. 2004.

GOIÁS. Constituição do Estado de Goiás. 1 de junho de 1981. Disponível em: <http://www.sgc.goias.gov.br/upload/arquivos/2011-08/constitucao-1891.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2017.

RECALL OF STATE OFFICIALS. **A Proposed Minnesota Constitutional Amendment**. Disponível em: <http://www.house.leg.state.mn.us/hrd/pubs/recall96.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016.

RECALL OF STATE OFFICIALS. **National Conference of State Legislatures – The Forum for America’s Ideas**. Disponível em: <http://www.ncsl.org/research/elections-and-campaigns/recall-of-state-officials.aspx>. Acesso em: 10 jul. 2016.

RECALL OF STATE OFFICIALS. **Revisor**. Disponível em: <https://www.revisor.mn.gov/topics/?type=rule&id=RECALL%20OF%20ELECTED%20STATE%20OFFICERS>. Acesso em: 10 jul. 2016.

Ir para o índice

MINNESOTA CONSTITUTION. **Article VII**. Disponível em: <https://www.revisor.leg.state.mn.us/constitution/>. Acesso em: 10 jul. 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Ed., 2008.

MENEZES, Aderson de. **Teoria geral do Estado**. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo III: estrutura constitucional do Estado. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Democracia, eleições, Direito eleitoral**. Disponível em: http://www.tre-rs.gov.br/arquivos/MIRANDA_Jorge.pdf. Acesso em: 10 jul. 2016.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2. ed. rev. e atual. v. 2. São Paulo: Max Limonad, 1953.

RIO GRANDE DO SUL. Constituição Estadual do Rio Grande do Sul de 1891. Disponível em: <http://www2.al.rs.gov.br/biblioteca/LinkClick.aspx?fileticket=zX42l-GZMxY%3d&tabid=3107>. Acesso em: 10 jul. 2016.

SANTA CATARINA. Constituição Estadual de Santa Catarina de 1891. Disponível em: http://www.ale-sc.gov.br/portal_ale-sc/sites/default/files/Const_Est_1891.pdf. Acesso em: 10 jul. 2016.

SGARBI, Adrian. **O referendo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SÃO PAULO. Constituição do Estado de São Paulo. 14 de junho de 1891. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/leis/constituicoes/constituicoes-antiores/constituicao-estadual-1891/>. Acesso em: 10 jul. 2016.



STÁLIN, Emil Ludwig. **A nova Constituição Soviética 1936**. Constituição Stalinista. Trad. Fernando A. S. Araújo. Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/stalin/biografia/ludwig/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2016.

TEMER, Michel. **Democracia e cidadania**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TRIGUEIRO, Osvaldo. **O regime dos Estados na união americana**. Rio de Janeiro: Companhia Ed. Americana, 1942.

UC BERKLEY. **Institute of Governmental Studies**. Disponível em: <http://igs.berkeley.edu/library/htrecall2003.html>. Acesso em: 10 jul. 2016.

VENEZUELA. **Constitución de la República Bolivariana de la Venezuela**. Ver Emienda, 15 de febrero de 2009. Disponível em: <http://www.mp.gob.ve/LEYES/constitucion/constitucion1.html>. Acessado em: 10 jul. 2016.

WEIMER, Constitution. Die Verfassung des Deutschen Reiches (1919). Disponível em: http://www.zum.de/psm/weimar/weimar_vve.php. Acesso em: 10 jul. 2016.

W WILSON, T Roosevelt. **LDI Rights** – 1963. Disponível em: <http://www.jruppertatmcqaid.com/TAJC21SG.docx>. Acesso em: 10 jul. 2016.

A inclusão social promovida pela língua brasileira de sinais: reflexões à luz do ordenamento jurídico brasileiro

The social inclusion promoted by the brazilian sign language: reflexion in light of the brazilian legal ordination

TATIANA FAÇANHA BORGES
VANESSA BATISTA OLIVEIRA

Resumo

Neste artigo observa-se que, além dos aspectos históricos da comunidade surda brasileira, formada por pessoas nascidas surdas, a luta pelo reconhecimento da sua cultura é diferente da dos ouvintes, sendo aquela diversa e de composição complexa, pois o surdo possui mais de uma forma de comunicação e de aprendizagem. Nesse contexto, a base desta pesquisa é descritiva, qualitativa e bibliográfica. As informações colhidas compõem leis e decretos promulgados no país que incentivaram o convívio social mais inclusivo dos surdos, com o uso da Língua Brasileira de



Sinais, em especial a Lei nº 10.436 de 2002, conhecida como a Lei da Libras. Além disso, vislumbra-se as esferas acadêmicas, religiosas, laborais, tecnológicas e da saúde, evidenciando-se pontos na inclusão social, nos quais a difusão da LIBRAS percebeu-se fundada, bem como, naqueles pontos em que é imprescindível melhorias, em sua adaptação para executá-la, tanto no ponto de vista social como no legal.

Palavras-chave: Pessoa surda. Língua Brasileira de Sinais. Estatuto do Deficiente. Inclusão Social.

Abstract

In this article it is observed that, besides the historical aspects of the Brazilian deaf community, formed by people born deaf, the fight for recognition of their culture, different from listeners, being diverse and of complex composition, because deaf people have more than one way of communicating and learning. In this context, there is use of a research base that is descriptive, qualitative and bibliographic. The observations will also compose of laws and decrees promulgated in the country that encourage more inclusion of the Brazilian Sign Language into the social life, specially Law n° 10.436/2002, known as “Lei da Libras”. Other than that, it is noted the academic, religious, labor, technological and health realms, evidencing points in social inclusion where the diffusion of LIBRAS was perceive as founded, as well as those where improvements are indispensable in the adaptation to execute it, both in the social and the legal.

Keywords: Deaf person. Brazilian Sign Language. Statute of the Deficient. Social Inclusion.

[Ir para o índice](#)

INTRODUÇÃO

A língua de sinais é o meio de comunicação utilizado, preferencialmente, pelas pessoas que, nascem surdas, com a capacidade auditiva reduzida ou adquirem surdez na fase pré-oral, tendo em vista que dispõe de técnicas voltadas para os sentidos da visão e do tato, usando os espaços do topo da cabeça, do tronco e arredor, para configuração de sinais que, juntamente com as expressões faciais, determinam qual palavra está sendo proferida. Somente adquiriu *status* de “língua” após a década de 60, pois, segundo o Instituto Nacional de Educação de Surdos (INES)¹ nos Estados Unidos da América foram realizadas várias pesquisas no campo da linguística para conferir tal posição à comunicação gestual, entre surdos.

A Língua Brasileira de Sinais, conhecida como LIBRAS, é a 2ª língua oficial do Brasil, de acordo com o artigo 1º da Lei nº 10.436/2002², sendo ela um dos meios de comunicação optados pela pessoa surda. É, inegavelmente, de aprendizado mais rápido pela pessoa nascida surda, em decorrência da utilização da cognição visual e motora, e transformou-se em parte da identidade cultural da comunidade surda brasileira, que se tornou coesa, no país, devido a imprescindibilidade de se organizar contra práticas abusivas, como o uso obrigatório do oralismo e a proibição da utilização de sinais, bem como, para defender o ensino da língua de sinais em escolas ou para que seja conhecida pelos demais membros da população.

1 INSTITUTO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DE SURDOS. **História do INES**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ines.gov.br/index.php/historia-ines>. Acesso em: 27 mar. 2015.

2 BRASIL. Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais- Libras e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10436.htm. Acesso em: 10 fev. 2015.



A Língua Brasileira de Sinais, conforme Honora e Frizanco³ possui complexidades e variações sociais. Por exemplo, um sinal em uma cidade pode ser realizado de uma forma e, em outra, realizado de forma, completamente diferente. Ou seja, não é uma língua uniforme no país, nem no mundo, inclusive. E, como qualquer outra língua, sofre variações históricas devido aos costumes sociais.

Assim, o objetivo deste artigo é observar as garantias sociais estipuladas no normativo brasileiro, desde o reconhecimento da Língua Brasileira de Sinais com o advento da Lei nº 10.436 de 2002⁴ e, assim, vislumbrar algumas de suas aplicações na cultura surda. Desta feita, deverão ser verificados os aspectos culturais, bem como, o histórico legal brasileiro que enumera diversos aspectos sociais, como: o ensino, a saúde, o trabalho e a religião, reforçados e defendidos pelas legislações promulgadas.

Os principais teóricos que auxiliaram a embasar a pesquisa são Honora e Frizanco⁵, na parte histórica da comunidade brasileira da pessoa surda, Perlin⁶, Quadros, Stumpf e Leite⁷, no aspecto do desenvolvimento linguístico e cultural da pessoa surda, bem como, da Lín-

3 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.

4 Ibidem.

5 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.

6 PERLIN, Gladis. A cultura surda e os intérpretes de língua de sinais (ILS). **EDT-Educação Temática Digital**. Campinas: v. 7, n. 2, p.136-147, jun. 2006.

7 QUADROS, Ronice Müller de; STUMPF, Marianne Rossi; LEITE, Tarcísio de Arantes. **Estudos da língua brasileira de sinais**. v. 1. Florianópolis: Insular, 2013.

gua Brasileira de Sinais, e por fim, Novaes⁸ e Silva⁹ no aspecto social e inclusivo da pessoa surda através da LIBRAS.

A metodologia utilizada foi a pesquisa exploratória que, conforme Gil¹⁰ visa ao aprimoramento de ideias ou a descoberta de intuições, e foi desenvolvida através da bibliografia que, de acordo com Severino¹¹: “... é aquela que se realiza a partir do registro disponível, decorrente de pesquisas anteriores, em documentos impressos, como livros, artigos e teses etc, e de dados ou de categorias já trabalhados por outros pesquisadores devidamente registrados”, principalmente de livros e leis publicadas de forma virtual.

1. PESSOA SURDA NO BRASIL

Antes do Segundo Império (1840-1889) não se verificava, no Brasil, uma viabilização de incentivos para a pessoa surda, no campo da educação, pois, conforme Honora e Frizanco¹² a surdez era vista como uma deficiência grave. As mudanças, aconteceram, principalmente sobre a percepção da surdez, em decorrência de um dos netos de Dom Pedro II ter nascido surdo, e o Imperador ter empreendido grandes esforços

8 NOVAES, Edmarcius Carvalho. **Surdos**: educação, direito e cidadania. Rio de Janeiro: Walk Ed., 2010.

9 SILVA, César Augusto de Assis. **Cultura Surda**: agentes religiosos e a construção de uma identidade. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

10 GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

11 SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Cortez, 2007, p.122.

12 Ibidem.



para ajudá-lo, como contatar Ernest Huet e fazê-lo abandonar Paris e vir para o Brasil, para tratá-lo.

Com a chegada do professor surdo Ernest Huet, no país, foi verificada, pela primeira vez, a capacidade de aprendizado do surdo, como se observa a seguir:

Deu-se origem a 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, atual Instituto Nacional de Educação dos Surdos – INES. [...] O Instituto tinha vagas para 100 alunos do Brasil todo e somente 30 eram financiados pelo governo, que oferecia educação gratuita. Os alunos tinham de 9 a 14 anos e participavam de oficinas de sapataria, encadernação, pautação e douração¹³.

Atualmente, o Instituto Nacional de Educação de Surdos funciona em âmbito federal, subsidiando a formulação da política nacional de Educação de Surdos e promove o ensino infantil ao médio para alunos surdos. INES¹⁴ explica que o instituto viabiliza o ensino bilíngüe e oferece formação de profissionais surdos e ouvintes no Curso Bilíngüe de Pedagogia. Trata-se de uma experiência pioneira não só Brasil, mas, na América Latina.

13 Ibidem, p.27.

14 INSTITUTO NACIONAL DE EDUCAÇÃO DE SURDOS. **História do INES**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ines.gov.br/index.php/historia-ines>. Acesso em: 27 mar. 2015.

Por volta de 1911, Honora e Frizanco¹⁵ elucidam que houve a introdução da metodologia do Oralismo puro, em decorrência da determinação do Congresso Internacional de Surdos-Mudos de Milão. As técnicas do sistema de ensino mencionado envolvem procedimentos voltados para incentivar o surdo a se comunicar através da língua oral.

Já o ensino voltado para Comunicação Total, ainda conforme Honora e Frizanco¹⁶, utiliza-se dos sinais, da fala, da leitura labial e do treino auditivo. Ele surgiu no Brasil, somente ao redor dos anos 70, em decorrência da visita da educadora de surdos da Universidade de Gallaudet, Ivete Vasconcelos. Assim, foi desencadeando, por volta de 1980, um crescente incentivo ao Bilinguismo, que usa o método de ensinar a Língua de Sinais, inicialmente, para depois ensinar a língua Oral.

Observa-se que a cultura surda se identifica, por aspectos culturais próprios, como a língua, com as tradições e, até, com o modo de vida dos surdos, que diferem das pessoas ouvintes. Com o convívio dos participantes, entre si, acabam por construir uma identidade surda única, de cada membro da sua comunidade que, conforme Perlin¹⁷: “As identidades surdas são multifacetadas, fragmentadas, em constante mudança; jamais se encontra uma identidade mestra, um foco. Os surdos passam a ser surdos através da experiência visual, de adquirir certo jeito de ser surdo”.

A diversidade na identidade mencionada se encontra, inclusive, na escolha de como a pessoa surda interagirá com o mundo, ao optar

15 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.

16 Ibidem.

17 PERLIN, Gladis. A cultura surda e os intérpretes de língua de sinais (ILS). **EDT-Educação Temática Digital**. Campinas: v. 7, n. 2, p.136-147, jun. 2006, p. 05.



por se comunicar através da Língua Brasileira de Sinais, do Português, ou de ambas, ao ser bilíngue.

Posto isso, verifica-se a existência de pessoas surdas sinalizadoras, que utilizam a LIBRAS, e pessoas surdas oralizadas, em que a LIBRAS é a primeira língua, mas, podem se comunicar oralmente através do Português. Há os que se denominam implantados, por terem realizado o implante coclear e, geralmente, possuem o Português como língua única e, finalmente, deve-se considerar os surdos cegos que consoante Boas¹⁸:

[...] a comunicação ocorre por meio do tato, que se torna um canal efetivo, além da utilização dos resíduos sensoriais visuais e auditivos e de estímulos provenientes dos outros sentidos como olfato, paladar, propriocepção e cinestésico. A compensação sensorial, proveniente dos déficits auditivo e visual, ocorre por meio desses outros sentidos. Nesse processo, os canais de informação e recepção são diferenciados e, mesmo assim, haverá a construção sintática e semântica. Cada indivíduo com surdocegueira apresenta características específicas assim como as possibilidades de comunicação. É necessário um processo adequado de interação para o desenvolvimento da linguagem e aprendizagem.

Denota-se, portanto, que a pessoa surda não utilizará, obrigatoriamente, a Língua Brasileira de Sinais, mas, nem por isso, deverá ser consi-

18 BOAS, Denise C. Villas et al (Ed.). A comunicação de pessoas com surdocegueira e a atuação fonoaudiológica. **Distúrbios da Comunicação**: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, v. 24, n. 3, p.407-414, dez. 2012. Trimestral. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/dic/article/view/13157/9691>. Acesso em: 17 fev. 2016, p. 410.

derada de menor valia ou menos importante, tendo em vista que é parte integrante da comunidade surda sinalizadora.

2. A LEGISLAÇÃO INCLUSIVA DA PESSOA SURDA

A norma, inicialmente, partiu de uma busca para regulamentar a convivência social entre dois ou mais membros, entre surdos e não surdos, da sociedade, para que um possa se desenvolver e viver sem interferir ou prejudicar a vida do outro, pois, para uma pessoa considerada diferente, seria necessário, segundo Franco,¹⁹ a sua inclusão, em que o ato de incluir seria ter o outro em si, respeitando o ser humano enquanto igual, provendo-lhe da oportunidade de evoluir, de acordo com suas potencialidades e oportunidades.

Desta feita, a primeira legislação brasileira que faz menção a pessoa surda é o Código Penal dos Estados Unidos do Brazil²⁰, no Decreto nº 847 de 11 de outubro de 1890, em que o artigo 27 expõe um rol de pessoas que não poderão ser consideradas criminosas, registrando no parágrafo 7º, os “surdos-mudos” de nascimento que não tiveram educação, excetuando os casos em que há a comprovação de seu dolo. Por sua vez, o Código Civil Brasileiro de 1916, em seu artigo 5º, inciso III, versa sobre os absolutamente incapazes, sendo o “surdo-mudo” que não exprime sua vontade, configurado como tal.

19 FRANCO, Telma. **Bullying contra surdos**: a manifestação silenciosa da resiliência. Curitiba: Appris, 2014.

20 BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 10 dez. 2015.



Em sequência, com a promulgação da Constituição de 1988²¹, foram instituídos uma série de Princípios, Direitos e Garantias Fundamentais que focavam na igualdade e inclusão, beneficiando a comunidade surda. As inovações trazidas pela Carta Magna decorreram dos Direitos Humanos que, segundo Novaes²² são: “[...] hierarquicamente superiores a todo o ordenamento jurídico, pois a aplicação das determinações legais exige que os mesmos sejam respeitados.” Observa-se, portanto, que, em consideração aos Direitos Humanos, houve uma forte influência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na elaboração da Lei Maior.

No ano 2000, foi promulgada a Lei nº 10.098²³ com normas gerais e critérios básicos que promovem a acessibilidade das pessoas com alguma deficiência, indicando o que seria barreira, deficiência, acessibilidade, dentre outros termos que foram alterados com o advento da Lei nº 13.146 de 2015²⁴, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência que estabelece indicativos sobre a acessibilidade na comunicação, incluindo o intérprete.

Ainda, a Lei nº 10.436/02²⁵ foi de fundamental importância para a comunidade surda, haja vista ter reconhecido a Língua Brasileira de

21 BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 mar. 2015.

22 Ibidem, p.23.

23 BRASIL. **Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000**. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10098.htm. Acesso em: 21 fev. 2016.

24 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. Acesso em: 05 out. 2016.

25 BRASIL. **Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002**. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais- Libras e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10436.htm. Acesso em: 10 fev. 2015.

Sinais como meio legal de comunicação e expressão, oficializando-a como a 2ª Língua Nacional do Brasil, bem como, em seu artigo 2º determinando a garantia por parte do Poder Público em apoiá-la e difundi-la. Além disso, de acordo com Novaes²⁶:

Neste sentido, ressalta-se que a educação é que deve ser bilíngue e não a política pedagógica formadora do espaço educacional. Em outras palavras, é a educação dos surdos que deve ser realizada em um contexto educacional em que se envolvam as duas línguas, e não o espaço educacional (sala de aula) que deve ser bilíngue meramente por agrupar pessoas surdas e ouvintes, até porque estes são os usuários nativos, no primeiro caso, de uma língua espaço-visual, e no último, de uma língua de natureza oral-auditiva.

Verifica-se, de tal forma, que há uma valoração da educação voltada ao bilinguismo, já que a pessoa surda deverá contar com uma didática que incentive e auxilie o seu aprendizado, tanto da língua de sinais como do português, e não seria com o espaço educacional bilíngue que se atingiria tal objetivo.

Ressalta-se que a lei da Libras institui a assistência à saúde, garantindo atendimento e tratamento adequado aos portadores de deficiência auditiva. Ocorre que, embora seja determinado o atendimento adequado, em que se pode auferir que os prestadores de serviço médico e auxiliares devam ter a fluência na língua escolhida pela pessoa surda ou, no mínimo, ter um intérprete no local para auxiliar na comunicação entre

26 NOVAES, Edmarcius Carvalho. **Surdos**: educação, direito e cidadania. Rio de Janeiro: Walk Ed., 2010, p. 72-73.



médico, enfermeira e paciente. O artigo 3º mencionado acima se utiliza de terminologia puramente médica ao se referir aos membros da comunidade surda, praticante da Libras, como “portadores de deficiência auditiva”, sendo o termo considerado não adequado a estes.

Em sequência, pode-se verificar outro retrocesso no parágrafo único do artigo 4º, que registra que a língua brasileira de sinais não poderá substituir a modalidade escrita do português, sendo que, segundo Gesser²⁷: “A língua de sinais tem estrutura própria, e é autônoma, ou seja, independe de qualquer língua oral em sua concepção linguística”. Assim, ao possuir uma forma organizacional diferente do português, pode-se auferir que o artigo não capta a essência da Libras, e de que seus usuários terão de aprender uma língua diferente para respeitar um normativo que subestima a língua de sinais.

Sequencialmente à Lei nº 10.436/02²⁸, o Decreto nº 5.626/05²⁹ veio regulamentá-la sobre a inclusão da LIBRAS na educação, tratando de seus educandos, educadores e intérpretes. A Língua Brasileira de Sinais passou a ser regulamentada no que se refere a sua obrigatoriedade nos cursos de formação de professores, fonoaudiólogos e magistérios, bem como, disciplina optativa nos demais cursos. Outras especificações vieram a ser tratadas, como a formação dos educadores, instrutores e intér-

27 GESSER, Audrei. **LIBRAS? Que língua é essa? crenças e preconceitos em torno da língua de sinais e da realidade surda.** São Paulo: Páraloba Editorial, 2009, P.33.

28 BRASIL. **Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002.** Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais- Libras e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10436.htm. Acesso em: 10 fev. 2015.

29 BRASIL. **Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005.** Regulamenta a Lei no 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais- Libras, e o art. 18 da Lei no 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5626.htm.

pretes da Língua Brasileira de Sinais e como se daria o uso e difusão da LIBRAS e da Língua Portuguesa, para auxiliar as pessoas surdas a ingressarem e adquirirem educação, em todas as suas etapas.

A Lei nº 13.146³⁰, promulgada em 06 de julho de 2015, conhecida como o Estatuto da Pessoa com Deficiência, além de assegurar os direitos já estabelecidos e indicados nas legislações anteriores, traz uma série de inovações ao instituir como incumbência do Poder Público, a oferta do ensino em bilíngue, de acordo com o artigo 28, IV. Entretanto, não o incluí como aplicado às instituições privadas, ao excluir o inciso em seu parágrafo primeiro.

A promulgação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo originou o Decreto nº 6.949/09³¹ que trata de diversos temas, tendo uma relevância na esfera trabalhista, que reforça a inclusão no trabalho e a não discriminação, conforme seu artigo 27º, caput:

Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência ao trabalho, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. Esse direito abrange o direito à oportunidade de se manter com um trabalho de sua livre escolha ou aceitação no mercado laboral, em ambiente

30 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. Acesso em: 05 out. 2016.

31 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/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 15 fev. 2015.



de trabalho que seja aberto, inclusivo e acessível a pessoas com deficiência. Os Estados Partes salvaguardarão e promoverão a realização do direito ao trabalho, inclusive daqueles que tiverem adquirido uma deficiência no emprego, adotando medidas apropriadas, incluídas na legislação, com o fim de, entre outros [...].

O direito trabalhista brasileiro possui uma série de princípios que visam à inclusão laboral, como o princípio da não discriminação, que veda a exclusão da pessoa em qualquer etapa laboral, desde o processo seletivo até a possibilidade de crescimento na carreira, ou o princípio da irredutibilidade salarial, em que o salário da pessoa surda não poderá ser reduzido pelo simples fato de ter se tornado surda, ou ser surda.

No Brasil, a inclusão laboral para pessoas com alguma deficiência se iniciou com a Constituição Federal de 1988³² em seu artigo 7º, inciso XXXI ao vedar discriminação na admissão ou na valoração salarial. No ano seguinte à promulgação da Carta Magna, foi publicada a Lei nº 7.853/89³³ que, no artigo 2º, parágrafo único, incisos I à IV, dispõe sobre a formação profissional e no trabalho, bem como, dos deveres estatais em garantir a inclusão daqueles com alguma deficiência física.

32 BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 mar. 2015.

33 BRASIL. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência- Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm. Acesso em: 15 fev. 2015.

Na Consolidação das Leis Trabalhistas, embora não verse sobre inclusão trabalhista, a Política Nacional de Integração da Pessoa Portadora de Deficiências evidencia sobre a habilitação destes, pois esta se dará, conforme Novaes³⁴: “[...] pela identificação de suas potencialidades laborativas, para que, por meio da adequação ao perfil profissional compatível com as características das mesmas, haja todo um processo de ingresso, conservação e progressão profissional”.

No âmbito privado trabalhista, outrossim, há a determinação de um percentual mínimo de preenchimento de vagas por deficientes de acordo com o artigo 93 da lei nº 8.213/91³⁵, que pode ser analisada como uma conquista por garantir uma maior inclusão no meio laboral. Além disso, é papel do Ministério Público do Trabalho - MPT assegurar seus direitos, pois conforme Maranhão,³⁶o MPT pode (e deve) postular pelo cumprimento das quotas reservadas aos trabalhadores com deficiência, incluindo as pessoas com surdez, bem como, garantir que o ambiente laboral seja adequado com condições apropriadas.

Assim, embora haja a disposição legal com a finalidade de incluir e acomodar as pessoas surdas em atividades laborais, estas terão de ser adequadas para as capacidades do trabalhador surdo, a fim de que este possa se desenvolver e se qualificar.

34 Ibidem, p. 95-96.

35 **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a caracterização de símbolo que permita a identificação de pessoas portadoras de deficiência auditiva. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 21 fev. 2016.

36 MARANHÃO, Rosanne de Oliveira. **O portador de deficiência e o direito do trabalho.** São Paulo: LTr, 2005.



3. VISLUMBRES DA DIFUSÃO LEGAL DA LIBRAS NA SOCIEDADE

A Língua Brasileira de Sinais é desenvolvida e se encontra em constante modificação e construção, primordialmente, pela Comunidade Surda, além de pessoas que convivem diretamente com esta, como os intérpretes, os interessados e os estudiosos, haja vista a crescente difusão para seu aprendizado, com cursos gratuitos e pagos por todo o País. A importância da difusão normativa da Língua Brasileira de Sinais está, inicialmente, na percepção da sua importância cultural, e, conseqüentemente, na visualização do respeito à comunidade surda como parte da sociedade benemérita de direitos e proteção legal. Além disso, o intérprete, peça chave para a interação entre pessoa surda e a pessoa ouvinte que desconhece a Língua Brasileira de Sinais, também auxilia na difusão da LIBRAS, além de ampliar os sinais e, conforme Perlin³⁷: “Fica evidente que uma reinscrição cultural do surdo é construída e repassada de acordo com o conhecimento cultural do ILS. O conhecimento cultural se dá por uma legitimação, por uma percepção da diferença”.

No que se refere à religião, é parte integrante da sociedade, existindo diversos tipos de credo, em que, aquele em que a pessoa se sente mais identificado ou a qual cresceu conhecendo, será a seguida. Ao ter uma religião, o ser opta por um conjunto de credos que irão indicar como deve agir e se comportar em todos os parâmetros. Deve-se salientar, que este aspecto social veio como importante veiculador da inclusão, tendo em vista que, de acordo com Silva³⁸: “Desde 1999, as missas da TV Canção Nova, vinculadas a Renovação Carismática Católica, apresentam

37 PERLIN, Gladis. A cultura surda e os intérpretes de língua de sinais (ILS). **EDT-Educação Temática Digital**. Campinas: v. 7, n. 2, p.136-147, jun. 2006, p.07.

38 SILVA, César Augusto de Assis. **Cultura Surda**: agentes religiosos e a construção de uma identidade. São Paulo: Terceiro Nome, 2012, p. 41.

o intérprete de *libras*, no canto inferior da tela”. Oliveira e Oliveira³⁹, entretanto, expõem que o instituto religioso foi um meio discriminatório da pessoa surda, tendo em vista que, dada a capacidade auditiva reduzida ou inexistente, utilizou-se do rótulo da incapacidade, valendo-se de um tratamento estereotipado, colaborando para o posicionamento cultural diferenciado do surdo diante do ouvinte.

A percepção das igrejas das pessoas surdas foi direcionada para a possibilidade de ampliar seu quadro de fiéis, em decorrência do *mercado da libras*, onde se utilizaram da publicação de dicionários e livros de cunho religioso, voltados para praticantes da LIBRAS. Com isso, auferiu-se, inicialmente, um progresso para a comunidade surda, entretanto, há controvérsias, como

Ainda no contexto religioso, o pentecostalismo não cessa de encenar a cura do *surdo-mudo* em suas congregações, a exemplo da Igreja Internacional da Graça de Deus, na qual, em culto televisionado, o missionário R. R. Soares proclamou ter realizado a cura do *surdo* por meio de sua saliva, da mesma maneira como Cristo. Assim, é possível afirmar que a surdez é múltipla e histórica na exata medida em o *effatao* é⁴⁰.

Logo, embora a inclusão seja necessária, deve-se observar a veracidade dos meios buscados que objetivam tal fim, tendo em vista que poderá

39 OLIVEIRA, Daisy Mara Moreira de; OLIVEIRA, Derli Machado de. Cultura, educação e religião: Tripé histórico que contribuiu para o discurso de cultura dos surdos brasileiros. In: PERLIN, Gladis. A cultura surda e os intérpretes de língua de sinais (ILS). EDT - Educação Temática Digital. Campinas: v. 7, n. 2, p.136-147, jun. 2006.

40 Ibidem, p.218.



ocorrer de forma a excluir a cultura surda que, se percebe como sinalizadora dada à imposição de alguns representantes religiosos em manter a visão médica da surdez, e acreditar que ela deve ser curada, acabando por enganar um fiel, no caso não possuir realmente o “dom da cura”, ou por excluí-lo em quase sua totalidade de sua coletividade, no caso de possuí-lo.

É notável que as novas tecnologias auxiliam na inclusão das pessoas surdas, desde celulares que permitem a vídeochamada e, até aplicativos que auxiliam na tradução de sinais para o português que, de acordo com Governo Federal⁴¹: “O Hand Talk App é um tradutor mobile para smartphones e tablets, que converte, em tempo real, conteúdos em português para Libras, seja ele digitado, falado ou até fotografado. O aplicativo, que foi eleito pela ONU o melhor app social do mundo”. Além disso, outro aplicativo utilizado para a tradução de Sinais é o “ProDeaf” que conforme PRODEAF⁴²: “[...] é um conjunto de softwares capazes de traduzir texto e voz de português para Libras- com o objetivo de permitir a comunicação entre surdos e ouvintes”.

Em um comparativo entre os aplicativos “ProDeaf” e “Hand Talk”, este possui dicionário com dezenas de palavras que poderão ser sinalizadas ao clicá-las, sem a necessidade de internet, caso a palavra buscada pelo utilizador não se encontre no glossário, o personagem fará a datilologia da palavra ou efetuará uma busca online, caso haja conexão. Ressalta-se, também, a iniciativa do “weblibras”, que auxilia páginas da web a serem traduzidas para LIBRAS. Já o Hand Talk, necessita da conexão com a internet para tradução dos sinais, caso não haja, exporá

41 BRASIL. **Guia de aplicativos do Governo Federal**. Brasília: 2015. Disponível em: <http://www.aplicativos.gov.br/aplicativos/hand-talk>. Acesso em: 17 ago. 2015.

42 PRODEAF TECNOLOGIAS ASSISTIVAS LTDA (Recife). **O que é?** 2016. Disponível em: <http://www.prodeaf.net/pt-br/OQueE>. Acesso em: 21 fev. 2016.

somente o alfabeto manual da palavra. Além disso, possui o histórico das palavras pesquisadas, anteriormente.

Na área da saúde, há a prestação de serviços públicos para implementação de próteses auditivas e tratamentos de reabilitação auditiva, entretanto, de acordo com Novaes⁴³: “Surge a dúvida e a crítica em relação a que nem todas as Administrações Públicas possuem profissionais da Psicologia aptos para atender pessoas surdas, que só dominam como forma de comunicação a Língua Brasileira de Sinais [...]”. Ou seja, embora sejam especificados somente os profissionais da psicologia, é notório que para os serviços médicos, ofertados à pessoa surda, há poucos profissionais capazes de realizar seu atendimento.

Em observância ao meio acadêmico, percebe-se que a discriminação na forma de assédio moral conhecida como *bullying*. Franco⁴⁴ explana que, no Brasil, comumente é praticada a discriminação reiterada de alunos dentro da escola ou fora dela, sendo auferida pela autora a prática de *bullying* contra estudantes surdas sinalizadoras, em uma escola de ensino fundamental, que foram excluídas, além de sofrerem maus tratos e provocações, unicamente pelo fato de serem surdas e se comunicarem de forma diferenciada dos alunos ouvintes.

No ensino, entretanto, há medidas que buscam a inclusão da pessoa surda, tendo em vista que, para a parte de graduação, a LIBRAS ampliou a abordagem de pesquisas e estudos, pois, conforme Franco:

43 NOVAES, Edmarcius Carvalho. **Surdos**: educação, direito e cidadania. Rio de Janeiro: Walk Ed., 2010, p.129.

44 FRANCO, Telma. **Bullying contra surdos**: a manifestação silenciosa da resiliência. Curitiba: Appris, 2014, p.22.



A partir do novo milênio, os estudos sobre a Libras começaram a ganhar força. Não podemos ignorar o acontecimento da Lei de Libras (Lei 10.436/2002) e a sua regulamentação em 2005 (Decreto 5626/2005) como fundamentais para o estabelecimento das pesquisas com Libras no Brasil. Com essa legislação, temos a criação do Curso de Letras Libras, na Universidade Federal de Santa Catarina, em 2006. Em seguida, temos esse curso criado na Universidade Federal de Goiás e na Universidade Federal da Paraíba, como já mencionado. O reconhecimento da Libras como língua nacional impulsionou os estudos sobre essa língua⁴⁵.

Nas universidades, além do mais, ocorreram incentivos ao estudo, principalmente na área da linguística, sobre a LIBRAS, com a oferta do curso Letras Libras, conforme Quadros, Stumpf e Leite⁴⁶, inicialmente ofertado na Universidade Federal de Santa Catarina desde o ano de 2006, na graduação de tipo Licenciatura e modalidade à distância.

Quando se trata da esfera trabalhista, conforme Novaes⁴⁷, tanto na pública como na privada, na primeira o processo seletivo de concursos, muitas vezes, não há a correta elaboração e aplicação da prova com LIBRAS, que teria a necessidade de vídeo ou intérprete para melhor desenvoltura da pessoa surda. Já no campo privado, muitas vezes não se observa a posição ou cargo mais adequado às habilidades que possa

45 Ibidem, p. 22.

46 QUADROS, Ronice Müller de; STUMPF, Marianne Rossi; LEITE, Tarcísio de Arantes. **Estudos da língua brasileira de sinais**. v. 1. Florianópolis: Insular, 2013.

47 NOVAES, Edmarcius Carvalho. **Surdos**: educação, direito e cidadania. Rio de Janeiro: Walk, 2010.

oferecer, havendo até casos em que se utiliza da capacidade auditiva limitada para ambientes altamente ruidosos.

CONCLUSÃO

A Língua Brasileira de Sinais está, intrinsecamente, inserida na cultura da comunidade surda, sendo relevante para que seus membros se sintam inclusos na sociedade brasileira. Conforme explorado anteriormente, as leis e decretos promulgados tornaram possível que mais direitos fossem estabelecidos para as pessoas surdas.

De forma objetiva, foram tratadas particularidades sociais nas esferas: acadêmica, religiosa, laboral, tecnológica e da saúde que expõem em quais pontos, a difusão da LIBRAS, houve o vislumbre da efetiva inclusão social daqueles que a utilizam como forma de comunicação, e de outros, em que ainda há a imprescindibilidade de uma melhor adaptação para a inclusão do Surdo que se comunica pela Língua de Sinais.

Deve-se, à vista disso, buscar a divulgação da língua de sinais junto a população, seja por de meio de cursos gratuitos ou pagos, e através das diversas mídias existentes, como, por exemplo, o aplicativo “Hand Talk”⁴⁸ que com o personagem “Hugo” auxilia na tradução do português para LIBRAS, bem como, através do “ProDeaf”⁴⁹ que, efetua, por meio de cadastro, a acessibilidade de sites em Libras, ofertando na modalidade gratuita para até 1.000 traduções mensais com pacotes para mais interpretações.

48 Disponível para download em celulares e tablets no site: <http://www.handtalk.me/app>.

49 Disponível para download em celulares e tablets no site: prodeaf.net/download.



Além disso, deve-se ter cautela com a promoção inadequada da cultura surda, tendo em vista que, embora alguns meios sejam acessíveis e disponibilizarem intérpretes, ao estimular uma “cura” da surdez, há uma prática que pode desconsiderar toda a identidade construída por aquela pessoa, bem como, a sua construção cultural e a de sua comunidade.

Por outro lado, a aplicação de medidas privadas é tão importante quanto às públicas, pois no campo privado há a possibilidade de conquistar e descobrir, mais rapidamente, novos métodos de executar a inclusão das pessoas surdas, embora, geralmente, será direcionado para o interesse do investidor que poderá, ou não, ser benéfico. Já uma medida pública bem organizada pode divulgar mais, facilmente, em todo território as informações e as formas de obtenção para a acessibilidade. Ademais, é necessária a participação da comunidade surda para que possa expor a melhor forma das normas e das tecnologias auxiliarem na efetivação da sua integração total na sociedade.

Assim, observa-se que os normativos brasileiros vêm buscando uma concretização da acessibilidade da pessoa surda brasileira, embora alguns pontos ainda precisem ser reavaliados e adequados à cultura surda, sendo necessário, como mencionado anteriormente, uma maior e efetiva participação de seus membros, bem como, serem ampliados e especificados, em certos aspectos em prol de uma abrangência real.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Brasília, DF, 5

[Ir para o índice](#)

out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 mar. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890**. Promulga o Código Penal. Diário Oficial da União, Atos do Poder Legislativo, Rio de Janeiro, RJ, 11 out. 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 10dez. 2015.

BRASIL. **Decreto nº 5.626, de 22 de dezembro de 2005**. Regulamenta a Lei no 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais- Libras, e o art. 18 da Lei no 10.098, de 19 de dezembro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5626.htm. Acesso em: 15 fev. 2015.

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/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6949.htm. Acesso em: 15 fev. 2015.

BRASIL. **Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989**. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência- Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm. Acesso em: 15 fev. 2015.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a caracterização de símbolo que permita a identificação de pessoas portadoras de deficiência auditiva. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 21 fev. 2016.



BRASIL. **Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000.** Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10098.htm. Acesso em: 21 fev. 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/L10406.htm. Acesso em: 21 fev. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002.** Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10436.htm. Acesso em: 10 fev. 2015.

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. Acesso em: 05out. 2016.

BRASIL. **Guia de aplicativos do Governo Federal.** Brasília: 2015. Disponível em: <http://www.aplicativos.gov.br/aplicativos/hand-talk>. Acesso em: 17 ago. 2015.

BOAS, Denise C. Villas et al (Ed.). A comunicação de pessoas com surdocegueira e a atuação fonoaudiológica. **Distúrbios da Comunicação:** Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, v. 24, n. 3, p.407-414, dez. 2012. Trimestral. Disponível em: <http://revistas.pucsp.br/index.php/dic/article/view/13157/9691>. Acesso em: 17 fev. 2016.

FRANCO, Telma. **Bullyngcontra surdos:** a manifestação silenciosa da resiliência. Curitiba: Appris, 2014.

Ir para o índice

GESSER, Audrei. **LIBRAS?** Que língua é essa? crenças e preconceitos em torno da língua de sinais e da realidade surda. São Paulo: Párbola Editorial, 2009.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

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. Disponível em: <http://www.ines.gov.br/index.php/historia-ines>. Acesso em: 27 mar. 2015.

MARANHÃO, Rosanne de Oliveira. **O portador de deficiência e o direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

NOVAES, Edmarcius Carvalho. **Surdos**: educação, direito e cidadania. Rio de Janeiro: Walk, 2010.

OLIVEIRA, Daisy Mara Moreira de; OLIVEIRA, Derli Machado de. Cultura, educação e religião: Tripé histórico que contribuiu para o discurso de cultura dos surdos brasileiros. *In*: PERLIN, Gladis. A cultura surda e os intérpretes de língua de sinais (ILS). **EDT**- Educação Temática Digital. Campinas: v. 7, n. 2, p.136-147, jun. 2006.

PRODEAF TECNOLOGIAS ASSISTIVAS LTDA (Recife). **O que é?** 2016. Disponível em: <http://www.prodeaf.net/pt-br/OQueE>. Acesso em: 21 fev. 2016.



QUADROS, Ronice Müller de; STUMPF, Marianne Rossi; LEITE, Tarcísio de Arantes. **Estudos da língua brasileira de sinais**. v. 1. Florianópolis: Insular, 2013.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 23. ed. rev. atual. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, César Augusto de Assis. **Cultura Surda**: agentes religiosos e a construção de uma identidade. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

[Ir para o índice](#)

Uma reflexão crítica quanto a responsabilidade parental e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da criança como um Direito Fundamental

A critical reflection on parental responsibility and the right to the free development of the child's personality as a fundamental law

BRUNA SOUZA PAULA
EVELINE DE CASTRO CORREIA

Resumo

Este artigo discorre a respeito da relação dos limites presentes na responsabilidade parental diante do desenvolvimento da personalidade da criança, como direito fundamental. Destaca-se que as relações familiares estão inseridas, contemporaneamente, sob uma ótica civil-constitucionalista, em que a criança e o adolescente assumiram papel de protagonistas. Por conseguinte, a esfera da autoridade parental passa a ser a pro-

[Ir para o índice](#)



moção da dignidade humana dos filhos menores. Tem-se como objetivo geral analisar as responsabilidades parentais diante do direito da criança e do adolescente em se autodeterminar pelo direito ao desenvolvimento da sua personalidade. Como objetivos específicos, pretende-se: delimitar os novos parâmetros de família entre seus membros, em especial, pais e filhos, bem como, verificar a autonomia da vontade do menor diante das responsabilidades parentais. Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses são investigadas através de um estudo descritivo-analítico, e a tipologia da pesquisa é a bibliográfica e jurisprudencial. E segundo a utilização dos resultados, considera-se pura, visto ser realizada apenas com o intuito de ampliar os conhecimentos. Ademais, é qualitativa, descritiva e exploratória. O trabalho está estruturado em três pontos: o perfil de família, a autonomia da vontade e a autoridade parental. Dessa forma, pretende-se analisar, criticamente, os limites do cuidado parental diante do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Palavras-chave: Família. Criança. Desenvolvimento da personalidade, Responsabilidade parental.

Abstract

The article study the limits in the parental responsibility against the development of the personality of the child as fundamental right. It should be noted that family relations are inserted from a civil-constitutional perspective, in which the child and the adolescent have assumed a role of protagonists, therefore the sphere of parental authority becomes the promotion of the human dignity of the minor children. The study aims to analyze the parental responsibilities of the right of the child and the adolescent to self-determination for the right to the development of the

[Ir para o índice](#)

personality, and as specific objectives to delimit the new family parameters among its members, especially parents and children, as well to verify the autonomy of the child's will in the face of parental responsibilities. In relation to the methodological aspects, the hypotheses are investigated through a descriptive-analytical study, the research typology is the bibliographical and jurisprudential, and according to the use of the results, pure, since it is carried out only with the purpose of expanding the knowledge. In addition, qualitative, descriptive and exploratory. The work is structured in three points, the family profile, autonomy of the will and parental authority. Thus, it is intended to critically analyze the limits of parental care in the face of the right to free development of personality.

Keyword: *Family. Child. Personality development. Parental responsibility.*

INTRODUÇÃO

O estudo do direito das crianças ou do direito de menores, dentro de um sistema de direito de família, influenciado pela estrutura civil-constitucional encontra relevância com a prevalência das relações existenciais em detrimento das relações patrimoniais, dada a tutela e proteção prioritária da pessoa humana.

A chamada constitucionalização do Direito Civil foi ocasionada pela expansão normativa do direito constitucional para todos os ramos, como por exemplo, o direito de família. Assim, o estado familiar mudou seus parâmetros, em vista de que a família, inspirada na dignidade da pessoa humana, passou a possuir novos paradigmas e funções que perpassam, necessariamente, pelo direito infanto-juvenil. Ademais, com a funciona-



lização da família pelo afeto, o seio familiar e o poder familiar tornam-se instrumentos de desenvolvimento da personalidade da criança.

De fato, a Constituição Federal de 1988 contempla no seu artigo 227, como dever da família, assegurar a criança, ao adolescente e ao jovem todos os direitos fundamentais, inclusive a liberdade. Por isso, é imprescindível destacar que, nas relações familiares, contemporaneamente, inseridas sob a ótica civil-constitucionalista, a criança e o adolescente assumiram o papel de protagonistas. Por conseguinte, a esfera da autoridade parental passa a ser a promoção da dignidade humana dos filhos menores. Dessa forma, se a família é vista como instrumento da formação da pessoa, com o fim de realizar o pleno desenvolvimento de cada de seus membros, ela será espaço de realização pessoal da criança e do adolescente.

Será sob a égide do instituto do poder familiar ou poder paternal que as relações internas do grupo familiar, que a criança e o adolescente, enquanto filhos, irão se sujeitar até a maioridade ou emancipação. Por esse motivo, justifica-se o estudo da autoridade parental em contraponto ao desenvolvimento da personalidade da criança, inclusive da revisão conceitual do termo.

O termo Poder Familiar, apesar de inadequado à nova concepção das relações familiares, ainda está em vigor no direito brasileiro, inclusive tendo sido introduzido no direito brasileiro pelo recente Código Civil, em 2002. Contudo a expressão Poder Paternal, ou até mesmo a já superada expressão Pátrio Poder, correspondem a um conceito desprovido de contextualização constitucional, tanto portuguesa, como brasileira, respectivamente.

Os termos Autoridade Parental, Responsabilidade Parental e Cuidado Penal, estes dois últimos advindos do direito português, configuram-se em uma real revisão conceitual em que a relação parental está sob o

âmbito dos princípios constitucionais e dos valores sociais, bem como, sob a exigência da ordem civil constitucionalizada.

Nesse contexto, levando em consideração que a criança e o adolescente foram elevados, na presente era pós-moderna, a sujeitos de direitos, em que a dignidade da pessoa humana, consagrada em todas as constituições, em que se pretende vigorar um Estado Democrático de Direito, não integralizar a criança e não atribuir-lhe o papel principal de sua própria vida, contrariando a própria ordem constitucional.

Este artigo pretende apresentar os limites do poder familiar diante da autonomia da vontade advinda do direito fundamental ao livre desenvolvimento, tem-se, então, como objetivo geral, analisar as responsabilidades parentais diante do direito da criança e do adolescente, em se autodeterminar pelo direito ao desenvolvimento da personalidade. Como objetivos específicos, pretende-se delimitar os novos parâmetros de família entre seus membros, em especial, pais e filhos; bem como, verificar a autonomia da vontade do menor diante das responsabilidades parentais.

Em relação aos aspectos metodológicos desta pesquisa, as hipóteses são investigadas através de um estudo descritivo-analítico, e no que tange a tipologia, é bibliográfica e jurisprudencial. Ainda, segundo a utilização dos resultados é pura, visto ser realizada apenas com o intuito de ampliar os conhecimentos sobre o tema. Segundo a abordagem, é qualitativa na medida em que se aprofundará na compreensão das ações e relações humanas, bem como, nas condições e frequências de determinadas situações sociais. Quanto aos objetivos, é descritiva porque expõe, explica e esclarece os problemas apresentados, e exploratória, uma vez que procurará aprimorar ideias, buscando maiores informações sobre a temática em foco.



O desenvolvimento que trará as reflexões acerca do tema será estruturado em um artigo organizado em três pontos. Primeiramente, analisar-se-á o novo perfil de família. Em um segundo momento, abordar-se-á a tutela jurídica e a autonomia da vontade da criança e do adolescente, como pessoa em desenvolvimento. Por fim, tratar-se-á do instituto da autoridade parental quanto ao seu conteúdo e exercício. Ao final, expõem-se as considerações finais, refletindo em relação ao direito da personalidade da criança e do adolescente.

1. MOSAICO FAMILIAR CONTEMPORÂNEO

O conceito de família e seu conteúdo vêm sofrendo diversas modificações, intensificadas nos últimos anos, pois com a evolução da sociedade, a família vem encontrando novas formas de ser e se formar.

A família, num conceito atemporal, é entendida através de um sistema de relações construídas por meio de conceitos e preconceitos, ideais, sonhos e realizações, e por isso é considerada a célula mater da sociedade¹. A estrutura patriarcal perdurou por muito tempo, legitimando o exercício de poderes masculinos sobre a mulher e sobre os filhos. Porém, foi perdendo aos poucos, suas antigas funções, como a função econômica, por exemplo, que via a família como uma unidade produtiva, a função procracional, de influência puramente religiosa. Por isso, atualmente, a

1 GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações, in Giselle Câmara Groeninga; Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). **Direito de Família e Psicanálise** – rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 126, para essa autora, a família em decorrência desse conjunto de emoções, sonhos, transforma-se num caleidoscópio de relações.

família é funcionalizada pela afetividade. Portanto, onde houver affectio, haverá uma família unida por laços de liberdade e responsabilidade².

Utilizando a afetividade, o Supremo Tribunal Federal, da Corte Constitucional Brasileira, incluiu mais uma entidade familiar ao ordenamento jurídico brasileiro: a união homoafetiva³. Até então, a atual Constituição Brasileira reconhecia três enquadramentos de família, que seriam aquelas originadas de casamento, as decorrentes de união estável e a família monoparental⁴. Ainda, outra modalidade de família tem sido considerada, apesar do déficit normativo. É a chamada família recomposta ou reconstituída. Ela seria nas palavras de Grisard Filho: “a estrutura familiar originada do casamento ou da união estável de um casal, na qual um ou ambos de seus membros têm um ou vários filhos de uma relação anterior”⁵.

Diante do exposto, pode-se concluir que a família atual⁶ além de abrigar os mais diversos arranjos familiares entrelaçados pela afetividade, não é uma instituição decorrente somente do matrimônio, e por isso, não cabem mais as antigas preocupações patrimoniais que foram matri-

2 LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 17.

3 Decisão em sede de ADI 4277/DF e ADPF 132/RJ

4 A família monoparental é formada somente por um dos pais e seus filhos. Está-se falando não só da mãe solteira, mas também do pai e também da mãe grávida e seu nascituro, eles também constituem uma família.

5 GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas, novas uniões depois da separação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 78.

6 Diante dos complexos e intrincados arranjos familiares que se delinham no universo jurídico – ampliados pelo entrecruzar de interesses, direitos e deveres dos diversos componentes de famílias redimensionadas –, deve o Juiz pautar-se, em todos os casos e circunstâncias, no princípio do melhor interesse da criança, exigindo dos pais biológicos e socioafetivos coerência de atitudes, a fim de promover maior harmonia familiar e consequente segurança às crianças introduzidas nessas inusitadas tessituras. (STJ – Processo REsp 1106637/SP, RECURSO ESPECIAL 2008/0260892-8, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador T3 – Terceira Turma, Data do Julgamento: 01/06/2010).



zes da família tradicional. Hoje, a família passou a significar também, o ambiente de desenvolvimento da personalidade e da promoção da dignidade de seus membros, sejam adultos ou infantes, o qual pode apresentar uma pluralidade de formas decorrentes das variadas origens.⁷ Nesse sentido, a família passa de instituição para ser família instrumento⁸, cuja razão de ser será a dignidade de cada membro. Dessa forma, consagra-se, contemporaneamente, o modelo eudemonista de família, em que seus membros buscam, na própria família ou por meio dela, a sua própria realização, seu próprio bem-estar,⁹ consagrando de maneira última, o afeto como princípio familiar.

2. DIREITO AO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE A CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade significa, em termos simples, o direito de se autodeterminar. Ele garante, a cada pessoa, o respeito a sua individualidade e vontade. Nele, deve-se respeitar a formação e a identidade de cada pessoa, desde o momento

7 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à Convivência Familiar. In Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente** – Aspectos teóricos e práticos. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2010, p. 78.

8 Maria Berenice Dias ressalta que ela passa a família instrumento por contribuir para o desenvolvimento da personalidade de seus membros e para o crescimento e formação da sociedade, o que justificaria a proteção do Estado. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 43.

9 GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações, in Giselle Câmara Groeninga; Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). **Direito de Família e Psicanálise** – rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003, p. 138.

Ir para o índice

da concepção até o último instante de vida. Este direito permite ao ser humano decidir o futuro de seu ser¹⁰.

Nos dias atuais, o direito infanto-juvenil considera que a criança não é mais um ser indefeso e total dependente da proteção dos pais. Sua consideração como objeto do exercício do pátrio poder, tanto não mais procede, que o termo menor, não é mais utilizado nos documentos internacionais. Como exemplo, tem-se a Convenção dos Direitos da Criança. Porém, o desenvolvimento da personalidade da criança está, sim, relacionado com a autoridade parental. Todavia, a maturidade deve-se desenvolver em clima de liberdade, de possibilidades de se eleger valores e de opções vitais¹¹.

A criança, sujeito de direitos, é titular de todos os direitos humanos e fundamentais presentes na Constituição a que pertença, além de ter direitos específicos referentes à sua condição de pessoa em desenvolvimento para adquirir sua autonomia, progressivamente, à medida que cresce física e psiquicamente.

Dessa forma, exige-se, em respeito a sua personalidade decorrente da sua autonomia, a obrigação dos pais de ouvir seus filhos menores antes de tomar alguma decisão que lhe afete, e em outras manifestações de respeito ao livre desenvolvimento da personalidade do menor, no âmbito de educação do menor, não deixando que este tome decisões equivocadas.

10 Conforme Capelo de Sousa este bem jurídico pressupõe uma estrutura humana viva, não sendo por isso extensivo à personalidade humana falecida, sem prejuízo de uma pessoa viva potenciar um acervo de bens de personalidade tutelados post-mortem. CAPELO DE SOUSA, Radindranath Valentino Alexio. **Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 204.

11 HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. **El interés del Menor**. 2 ed. Madri: Dykinson, 2007, p. 304.



Vale frisar que o grau de autonomia de cada criança varia conforme cada etapa da sua vida, e depende do adulto que está ao seu lado criar e proporcionar condições adequadas para o seu desenvolvimento harmônico e integral. A criança e o adolescente deve participar da concretização do seu próprio interesse, ou seja, deve ter papel ativo, sendo ouvido por quem detém a autoridade parental, ou pela substituição desta, a autoridade estatal.

Verifica-se que à medida que a idade da criança avança se desenvolvem suas capacidades intelectivas e volitivas e, com isso, sua personalidade. Assim, deve-se fazer reconhecer, paralelamente, um crescente respeito dando-lhe uma margem de liberdade de opção e decisão, em suas múltiplas manifestações vitais¹².

Além disso, respeitar o livre desenvolvimento da personalidade da criança significa não rejeitar a participação dela, não só no processo de decisão, mas também, na observância de sua personalidade por quem lhe dirija sua educação, na medida em que não tem o direito de formar sua personalidade e identidade, a sua imagem e semelhança, segundo sua concepção de mundo e de vida¹³. Ao contrário, a direção e formação da vida da criança deve seguir, estritamente, o respeito da sua personalidade específica, sua sensibilidade, suas afeições e suas inclinações intelectuais e estéticas, entre outras¹⁴.

Diante da problemática citada acima, fica difícil definir o âmbito de aplicação da educação dos filhos menores de idade. O que dizer, por

12 Nesse sentido, determina o artigo 2º, item 4 da Lei 13, de 27 de dezembro de 2006, advinda do ordenamento espanhol.

13 CAPELO DE SOUSA, Radindranath Valentino Alexio. **Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 306.

14 Ibid., p. 306.

exemplo, da educação religiosa, tendo em vista que educar é influir na formação da personalidade? Todavia, deve-se ter em mente os valores morais presentes na sociedade em geral para facilitar a inserção dos filhos, nela, ao mesmo tempo em que se preza para o pluralismo ideológico, intelectual, ideológico, axiológico e vital.

Dessa forma, tomando como exemplo a orientação religiosa da criança e do adolescente, deve ser observada a liberdade de crença dos filhos, inclusive o direito de não compartilhar a mesma crença de seus pais, cabendo a eles decidir da forma que lhes aprouver.

Não se pode deixar de notar de que forma essa autonomia da vontade infanto-juvenil se relaciona com uma eventual prática de ato ilícito, pois o Código Civil brasileiro prevê, em seu artigo 928¹⁵, responsabilidade civil do

15 Em recente decisão do STJ em julgamento do RespREsp 1436401 / MG, fixou entendimento no sentido de: “DIREITO CIVIL. **RESPONSABILIDADE CIVIL POR FATO DE OUTREM - PAIS PELOS ATOS PRATICADOS PELOS FILHOS MENORES. ATO ILÍCITO COMETIDO POR MENOR. RESPONSABILIDADE CIVIL MITIGADA E SUBSIDIÁRIA DO INCAPAZ PELOS SEUS ATOS** (CC, ART. 928). LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. INOCORRÊNCIA. 1. A **responsabilidade** civil do incapaz pela reparação dos danos é subsidiária e mitigada (CC, art. 928). 2. É subsidiária porque apenas ocorrerá quando os seus genitores não tiverem meios para ressarcir a vítima; é condicional e mitigada porque não poderá ultrapassar o limite humanitário do patrimônio mínimo do infante (CC, art. 928, par. único e En. 39/CJF); e deve ser equitativa, tendo em vista que a indenização deverá ser equânime, sem a privação do mínimo necessário para a sobrevivência digna do incapaz (CC, art. 928, par. único e En. 449/CJF). 3. Não há litisconsórcio passivo necessário, pois não há obrigação - nem legal, nem por força da relação jurídica (unitária) - da vítima lesada em litigar contra o responsável e o incapaz. É possível, no entanto, que o autor, por sua opção e liberalidade, tendo em conta que os direitos ou obrigações derivem do mesmo fundamento de fato ou de direito (CPC, 73, art. 46, II) intente ação contra ambos - pai e filho -, formando-se um litisconsórcio facultativo e simples. 4. O art. 932, I do CC ao se referir a autoridade e companhia dos pais em relação aos filhos, quis explicitar o poder familiar (a autoridade **parental** não se esgota na guarda), compreendendo um plexo de deveres como, proteção, cuidado, educação, informação, afeto, dentre outros, independentemente da vigilância investigativa e diária, sendo irrelevante a proximidade física no momento em que os menores venham a causar danos.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº1436401 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Brasília, DF, 02 de fev. 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+parental&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 03 abr. 2017).



incapaz, subsidiária e mitigada, visto que não decorrerá da possibilidade financeira de seus pais e do patrimônio mínimo do infante, ressaltando que se deve assegurar ao menor o mínimo necessário à sua sobrevivência.

3. AUTORIDADE PARENTAL COMO LIMITADORA DA AUTONOMIA DE VONTADE DA CRIANÇA

O poder familiar sempre foi considerado uma espécie de autoridade dos pais em relação aos filhos, todavia, com o advento da Constituição Federal de 1988 e a consequente consolidação dos direitos fundamentais, a família foi funcionalizada e assim, como esse instituto, esse jurás-sico termo foi reformulado.

É de se notar que a autoridade parental é o exercício da autoridade temporária dos pais sobre os filhos, pois é exercida até a sua maioridade ou emancipação, e está condicionado ao interesse da realização do filho, como pessoa em desenvolvimento¹⁶.

Essa autoridade é usualmente conhecida por poder familiar, no direito brasileiro, antigo pátrio poder¹⁷. Já o direito português segue a nova nomenclatura, chamando-a de responsabilidades parentais¹⁸, antigo po-

16 LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Família. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295.

17 Maria Berenice Dia esclarece que o antigo pátrio poder remete ao *pater potestas* direito romano, que consistia em um direito absoluto e ilimitado do chefe de família sobre a pessoa dos filhos. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 382.

18 Alteração legislativa trazida pela Lei 61/2008, de 31 de outubro, que substitui a expressão poder paternal por responsabilidades parentais. Nesse sentido, BOLINEIRO&GUERRA observa que a alteração era exigível para tornar clara a separação entre a relação conjugal e a relação parental e defende a alargação da substituição do termo “em todas as normas do CC, do CPC, da OTM ou em qualquer outro diploma avulso”. BOLINEIRO, HELENA; GUERRA, PAULO. **A criança e a família** – uma questão de direito(s). Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 540.

der paternal, apesar de se sugerir a utilização do termo cuidado parental¹⁹. Contudo, a mudança brasileira de pátrio poder para poder familiar não é adequada, por manter a ênfase no poder, como uma espécie de poder físico sobre a pessoa do outro, pois a nova concepção do instituto o constitui como um *múnus*, em que se ressaltam os deveres e tem como fim a ser perseguido, o interesse dos filhos²⁰.

Entende-se que as novas terminologias propostas, autoridade parental e responsabilidade parental traduzem uma real revisão conceitual, acompanhando a evolução que as relações familiares sofreram, posicionando a relação parental sob o âmbito dos princípios constitucionais e dos valores sociais, exigência essa, na ordem civil constitucionalizada que agora vigora²¹. Além do que, autoridade parental é terminologia adotada por algumas legislações estrangeiras, como a francesa²² e a americana²³.

Em defesa do termo em questão, Paulo Lôbo (2011, p. 296) considera que o termo autoridade é mais adequado, por ser mais condizente ao

19 Sugestão feita por SOTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p.15 e CAMPOS, Diogo Leite de. **Nós – Estudos sobre o Direito das pessoas**. Lisboa: Almedina, 2004, p. 370.

20 LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 295.

21 Todavia a controvérsia sobre os termos ainda persistem. Por exemplo, a psicanalista francesa infantil DOLTO critica a expressão autoridade parental, crendo ser melhor a expressão portuguesa – responsabilidade parental, pois o primeiro termo não corresponde à real personalidade dos pais modernos, que carecem de autoridade, o que é percebido pelas crianças. DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2003, p. 44.

22 Nesse sentido, VILLELA esclarece que a lei francesa nº 70-459, de 4 de junho de 1970, substituiu a antiga expressão poder paternal por autoridade parental; parental por referir-se ao pai e mãe e não só ao pai-varão e autoridade em contraposição a poder, pois traduz melhor a ideia de função. VILLELA, João Batista. **Liberdade e família**, Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980, p. 29.

23 KRAUSE apud LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 296.



múnus ou à função, fundado na legitimidade e no interesse de outro, além de traduzir uma simples superioridade hierárquica. O termo parental também é adequado, na medida em que melhor representa a relação entre pais e filhos, que representa o grupo familiar e determina uma consideração para a mãe, de igual para igual com o pai.

Em relação a tutela jurídica do ordenamento jurídico, na Constituição Federal Brasileira que trata da família no artigo 227, em diante, o poder familiar assume características de direito protetivo²⁴, na medida em que cabe aos pais zelar pela formação integral dos filhos, extraíndo do dispositivo constitucional mencionado, o conjunto mínimo de deveres a cargo da família, em benefício da criança e do adolescente, quais sejam: 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.

No artigo 229, a carta constitucional brasileira enumera os deveres da autoridade parental, de onde se retirará o conteúdo do instituto, são eles os deveres de assistir, criar e educar os filhos menores.

A autoridade parental define, já em âmbito constitucional, os pais como “defensores legais e protetores naturais dos filhos, os titulares e depositários dessa específica autoridade, delegada pela sociedade e pelo Estado”²⁵. Observa-se que por ser uma imposição de ordem pública, o poder não é discricionário, pois o Estado reserva-se ao controle sobre ele. Nesse sentido, as diretrizes constitucionais foram seguidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA e pelo Código Civil. O

24 MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Florense, 2008, p. 506.

25 MADALENO, Rolf. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. In: HIRONATA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes (coord.). **Direito da família e sucessões**. São Paulo: Método, 2009, p. 298.

ECA aborda a autoridade familiar quando fala da convivência familiar e comunitária e quando trata da sua perda e suspensão.

A autoridade parental é um veículo instrumentalizador de direitos fundamentais dos filhos, de modo a conduzi-los à autonomia responsável²⁶. Desse modo, o cuidado parental funciona na realização e garantia dos direitos fundamentais dos filhos na medida que eles se tornam responsáveis por suas escolhas.

Eles não são menos pessoas que as pessoas adultas, por estarem em desenvolvimento. Apenas são pessoas com direitos na medida do seu desenvolvimento. Quer dizer, na medida do seu discernimento e maturidade. Dessa forma, seus valores e crenças devem ser respeitados. Considere-se também, que seu papel ativo, pois não são sujeitos passivos da relação dos pais ou objeto dos deveres do conteúdo da autoridade parental, cresce à medida que adquirem discernimento e que sua liberdade é acompanhada pela responsabilidade²⁷.

Se a autoridade parental é considerada como um veículo que irá propiciar a autonomia da criança, para que ela possa ter condições de fazer suas próprias escolhas, por que a considerá-la de forma gradual, e não absoluta? Assim, deve-se buscar um equilíbrio entre os deveres inerentes a autoridade dos pais, funcionalizada com as peculiaridades e interesses inerentes à personalidade dos filhos. Uma concepção que busque uma relação de complementaridade entre a finalidade de proteção e a de promoção da autonomia e independência dos filhos.

26 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 138.

27 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 139.



O cuidado parental está vinculado ao interesse do filho e ao respeito pelo desenvolvimento da sua personalidade, com o fim de ser um, nos dizeres de Ana Carolina Brochado Teixeira, “instrumento facilitador da construção da autonomia responsável dos filhos”²⁸, na medida em que se devem considerar as especificidades da pessoa menor de idade e a participação da criança e do adolescente na definição do seu próprio interesse, decorrente do direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Desse modo, tem-se a visão de que a criança e o adolescente possuem um papel ativo do desenvolvimento da sua personalidade, bem como, se acredita ser ele um sujeito provido de aptidão natural. E, para que o cuidado parental possa garantir a evolução da personalidade do menor, esse desvelo deve ser concebido através de um processo gradual de interferência dos genitores na vida do filho, em que o alcance dos poderes-deveres, que compõem o cuidado parental, devia ir reduzindo.

Nesse sentido, a autoridade parental só deveria atuar, ou atuar parcialmente, quando o filho menor de idade não tivesse condições psíquicas para tomar decisões referentes à sua vida, pois se deve levar em consideração a condição que lhes é peculiar e o déficit de discernimento, o que lhes favorece uma tutela especial²⁹.

O limite para a autonomia da criança e do adolescente não deverá ser, necessariamente, a autoridade parental, mas sim, o seu grau de discernimento, conforme o posicionamento de de Ana Carolina Brochado: “deve-se buscar o equilíbrio entre o modelo de vida dos pais e

28 Ibid., p. 138.

29 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Poder familiar e processo educacional: a polêmica gradualidade do seu exercício. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARUCCO, Flávio; SIMÃO, José Fernandes (coord.). **Direito da família e sucessões**. São Paulo: Método, 2009, p. 341.

as peculiaridades inerentes à personalidade dos filhos”³⁰. Dessa forma, torna-se possível perceber que o exercício de direitos de personalidade inerentes ao direito, para o livre desenvolvimento da personalidade, não pode ser posto no mesmo plano em que se encontra o ato de disposição de situação patrimonial.

Se a decisão dos pais envolve o exercício de direitos de personalidade, que exige um exercício consciente de um direito de liberdade, em que se deve haver uma apuração do discernimento da criança e do adolescente, este processo dever ser feito caso a caso³¹. Todavia, entende-se que existe a necessidade de se definir critérios objetivos, como a idade, já que no Direito, sob pena dos parâmetros hermenêuticos que se estabelecem neste presente estudo, não tem aplicação prática. Assim, além da verificação do grau de discernimento, deve ser levada em conta a idade da criança, do pré-adolescente e do adolescente³².

Diante do exposto, na medida em que o cuidado parental não deve ser entendido como limitação dos direitos fundamentais dos filhos, ao contrário: a relação entre pais e filhos deve ter um espaço propício para a organização da proteção e para o desenvolvimento da personalidade do filho. Assim, a única concepção que se entende possível é a que interpreta a autoridade parental como um processo de

30 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 338.

31 Nesse sentido, Teixeira afirma que não é possível conceber um tratamento de massa para uma realidade diversa de cada pessoa: cada um amadurece de forma quantitativa e qualitativamente diferente. *Ibid.*, p. 341.

32 O artigo 12 da Convenção Internacional dos Direitos da Criança de 1989 assegura à criança o direito a expressar a opinião no que tange aos assuntos relacionados, em que se deve levar em conta sua idade e sua maturidade.



gradual interferência dos pais na vida dos filhos, em constante busca de realização de seus interesses³³.

CONCLUSÃO

Este artigo cuidou da responsabilidade parental funcionalizada do desenvolvimento da liberdade da personalidade da criança. As responsabilidades parentais, como visto, ainda são, arcaicamente, chamadas de poder familiar em nossa legislação, assumindo uma nova configuração somente após o advento da Constituição Federal de 1988, com a consagração da dignidade humana como critério axiológico do nosso ordenamento. Assim, o antigo pátrio poder deu lugar ao poder familiar.

Todavia, essa mudança não foi suficiente, pois o ranço patriarcal de poder dos pais sobre os filhos ainda permanece. De certo que o processo de repersonalização das famílias, funcionalizou a família no afeto, sendo esta um espaço de desenvolvimento da personalidade das crianças e, assim, integralizar os seus direitos.

Dessa forma, ao longo desse artigo, debateu-se a respeito da determinação de cada fase da vida da criança e do adolescente, e em que medida a sua autonomia é delimitada quando confrontada com a autoridade parental. Como solução, verificou-se a necessidade, não só de um critério biológico, mas, que também, a maturidade e discernimento do menor fossem considerados.

33 Nesse sentido, Rosa Martins compreende que a progressiva redução da extensão dos poderes-deveres que integram o cuidado parental é “a melhor forma de conseguir o justo equilíbrio das exigências de heterodeterminação e autodeterminação.” MARTINS, Rosa. **Menoridade, (IN) Capacidade e Cuidado Parental**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 229.

Observou-se que a fixação de idades em que se concederá autonomia ao menor de idade é uma questão bastante delicada, tendo em vista que o desenvolvimento da personalidade nem sempre coincide com a idade da criança. De certo que a criança possui uma capacidade de agir limitada, todavia é possível reconhecer a capacidade para certos atos, e fixar idades, desde que se tenha em vista o seu desenvolvimento psíquico.

A autonomia da criança somente poderá ser considerada razoável, se sua concessão estiver vinculada a sua maturidade, a seu juízo e ao seu discernimento, salvo nos casos em que oferecem dúvidas, como uma criança que tem somente três anos de idade. Nos casos em que não há dúvidas, sua autonomia é determinada pela sua atitude psíquica, intelectual e volitiva, e pela sua capacidade para compreender o alcance e as consequências de seus atos, com o autocontrole de sua vontade, o suficiente para assumir o julgamento ou desistir da decisão correspondente, em cada caso concreto, segundo sua apreciação das consequências. Hernandez denominou isso de capacidade de discernimento natural³⁴. No entanto, verifica-se que o discernimento da criança e do adolescente será melhor avaliado, no caso concreto, de maneira a determinar se eles possuem condições de compreender as consequências e o alcance de sua decisão ou de controlar sua vontade.

Assim, considera-se essencial a participação do menor na determinação de seu interesse, levando-se em conta seu discernimento. Como verificado, deve-se inferir a idade mental ou o desenvolvimento psíquico do menor, mais que a sua idade cronológica. Todavia, a constatação do discernimento envolve valorações que deixa, nas palavras de Hernandez, “tudo muito relativo”³⁵.

34 HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. **El interés del Menor**. 2. ed. Madri: Dykinson, 2007, p. 181.

35 *Ibid.*, p. 297.



Por isso, fixar idades, além de trazer segurança jurídica, torna-se, pelos motivos expostos, necessário. Nesse sentido, adotar-se-á a classificação estipulada por Rosa Martins, em que se consideram infantes os que não tiverem completado sete anos, os pré-adolescentes, os que tiverem completado os sete anos, mas ainda não tiveram completado os catorze anos de idade, e os adolescentes que tiverem completado catorze anos e ainda não completado dezoito anos³⁶. Assim, na concepção da referida autora, o infante será ouvido, o pré-adolescente participará do processo de decisão, e o adolescente terá sua decisão autônoma respeitada.

Desta feita, como já ventilado, sendo as responsabilidades parentais veículos de instrumentalização de direitos fundamentais, como o livre desenvolvimento da personalidade, só resta aos pais conduzir seus filhos a uma autonomia responsável, promovendo o seu pleno desenvolvimento, em todos os aspectos de sua personalidade, criando maiores espaços de autodeterminação, para eles.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Jose de Melo. **Direitos Fundamentais – Introdução Geral**. Estoril: Principia, 2007.

ALEXANDRINO, Jose de Melo. Os Direitos das crianças linhas para uma construção unitária. **Revista da ordem dos advogados**. Ano 68, I, Lisboa, p. 275-309, jan., 2008.

³⁶ MARTINS, Rosa. **Menoridade, (IN) Capacidade e Cuidado Parental**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 42.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BOLINEIRO, HELENA; GUERRA, PAULO. **A criança e a família** – uma questão de direito(s). Coimbra: Coimbra, 2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº1436401 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Brasília, DF, 02 de fev. 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=responsabilidade+parental&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>. Acesso em: 03 abr. 2017.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Nós** – Estudos sobre o Direito das pessoas. Lisboa: Almedina, 2004.

CAPELO DE SOUSA, Radindranath Valentino Alexio. **Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DOLTO, Françoise. **Quando os pais se separam**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2003.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Famílias reconstituídas, novas uniões depois da separação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GROENINGA, Giselle Câmara. Família: um caleidoscópio de relações. In: Giselle Câmara Groeninga; Rodrigo da Cunha Pereira (coord.). **Direito de Família e Psicanálise** – rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003.



HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. **El interes del menor**. 2. ed. Madri: Dykinson, 2007

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. A nova principiologia do direito de família e suas repercussões. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes (coord.). **Direito da família e sucessões**. São Paulo: Método, 2009.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à Convivência Familiar. *In*: Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel (Cord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente – Aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, Rosa. **Menoridade, (IN) Capacidade e Cuidado Parental**. Coimbra: Coimbra, 2008.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. *In*: Ingo Wolfgang Sarlet (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SOTOMAYOR, Maria Clara. **Regulação do exercício do poder paternal nos casos de divórcio**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

[Ir para o índice](#)

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Poder familiar e processo educacional: a polêmica gradualidade do seu exercício. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernandes (coord.). **Direito da família e sucessões**. São Paulo: Método, 2009. p. 17-39.

VILLELA, João Batista. **Liberdade e família**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1980.



III. INTERNACIONAL

[Ir para o índice](#)

A geometria da arbitragem internacional nos novos acordos comerciais da União Europeia

The geometry of international arbitration in the new European Union's trade agreements

LUCILA VILHENA

Resumo

Este trabalho visa estudar a geometria da arbitragem internacional nos novos acordos comerciais preferenciais da União Europeia, sobretudo, aqueles que vêm sendo considerados como “os acordos de nova geração”, nomeadamente, e com mais destaque, o TTIP (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*) entre a União Europeia e os Estados Unidos e o CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*) entre a União Europeia e o Canadá, bem como, entender esse novo modelo de arbitragem que vem sendo desenhado, desde a aprovação do CETA.

Palavras-Chave: Arbitragem internacional. Investimento. Acordos Comerciais Preferenciais.

[Ir para o índice](#)



Abstract

This paper aims to study the geometry of international arbitration in the new regional trade agreements of the European Union, especially those that are considered as “new generation agreements”, in particular, and more prominently, the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) between The European Union and the United States, and the CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) between Canada and the European Union, as well as to understand this new model of arbitration that has been designed since its adoption.

Keywords: *International Arbitration. Investment. Regional Trade Agreements.*

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais a arbitragem privada tem recebido muitas críticas tanto da sociedade civil como de alguns especialistas no assunto. Sua credibilidade e imparcialidade são constantemente questionadas. Tal realidade, fez com que a União Europeia recuasse na implementação do sistema ISDS (*Investor-State Disputle Settlement*) no acordo CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement) com o Canadá, gerando um grande impasse nas negociações do outro acordo, objeto de estudo: o TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership) com os Estados Unidos, pois, este Estado, claramente favorável àquele sistema, dificilmente abrirá mão de utilizá-lo como meio de proteção ao investidor.

Hoje, é certo que o impasse nas negociações do TTIP vai muito além do tema da arbitragem internacional, já que faz parte da política econô-

[Ir para o índice](#)

mica e das relações internacionais do presidente dos Estados Unidos, Donald Trump, diminuir a velocidade das negociações de alguns acordos, e, notadamente, deste em questão; ou até mesmo freá-las completamente, como foi o caso do acordo *Transpacific* ou TPP de quem os Estados Unidos, outrora, fizeram parte.

Nesse cenário, União Europeia, Canadá e Estados Unidos, saem na frente sobre a concretização de um “novo” sistema de solução de controvérsias em matéria de investimento estrangeiro, tentando aliar a proteção ao investidor, e conseqüentemente, o incentivo ao investimento, à celeridade inerente a esse tipo de litígio, e, sobretudo, à proteção aos direitos sociais, como demanda maior da sociedade.

O objetivo geral desta pesquisa é analisar os argumentos favoráveis e contrários a inclusão da arbitragem, como meio de solução dos conflitos advindos daqueles acordos, tanto em matéria comercial como de investimentos, e entender o porquê de tantas críticas por parte da sociedade. Como objetivo secundário, pretende-se analisar a resposta dada pela União Europeia a essas críticas, qual seja a mudança de um sistema já consolidado, em matéria de conflitos sobre investimentos, por outro ainda, com *design* indefinido.

Sobre a metodologia aplicada neste estudo, é importante frisar que a pesquisa científica objetiva, fundamentalmente, contribuir para a evolução do conhecimento humano em todos os setores,¹ e desse modo, exige a aplicação de metodologias e técnicas apropriadas na sua execução. Nessa perspectiva, o método científico é compreendido como sendo o conjunto

1 MEDEIROS, Carlos Henrique; MANHÃES, Fernanda Castro; KAUARK, Fabiana da Silva. **Metodologia da Pesquisa**: um guia prático. Itabuna: Via Litterarum, 2010.



de processos ou operações que se devem empregar em um estudo acadêmico, sendo adotada uma linha de raciocínio no processo de pesquisa².

Assim sendo, o método dedutivo é compreendido por um raciocínio que tem como objetivo, explicar o conteúdo das premissas por meio de uma cadeia racional em ordem decrescente, de análise do geral para o particular, chegando a uma conclusão. Desse modo, será utilizado esse método por intermédio de levantamentos bibliográficos e documentais, nas perspectivas histórica, legislativa e jurisprudencial.

No que diz respeito ao método indutivo, tem-se como pressuposto que o conhecimento é fundamental na experiência, não levando em conta princípios pré-estabelecidos. Logo, neste raciocínio a generalização deriva de observações de casos da realidade concreta, sendo as constatações particulares que levam à elaboração de generalizações. Nesse diapasão, através da análise de casos concretos, as conclusões serão ilustradas.

1. A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE INVESTIMENTO

A origem da arbitragem, nos contratos bilaterais de investimento, remonta à necessidade histórica de proteção ao investidor estrangeiro e a garantia de um tratamento justo e equitativo, concedido a ele, face ao investidor nacional, a exemplo da garantia contra expropriações arbitrárias, sobretudo, devido ao caráter de uma atividade de risco, típica dos investimentos³.

2 LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. Rio de Janeiro: Atlas, 2011.

3 MENKES, Jerzy; STOK-WÓDKOWSKA, Magdalena. Challenges of Investor-State Dispute Settlement Mechanism in TTIP. **Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective**. Páginas 362 a 379. Leiden: Brill Nijhoff, 2014, p. 364.

Historicamente, a regulação global do direito internacional do investimento e do direito internacional em matéria comercial, está diretamente relacionada. Porém, após a segunda guerra mundial, precisamente, seus caminhos começaram a se distanciar. Seguindo por caminhos opostos, o comércio logrou êxito, desde logo, numa multilateralização das relações comerciais, ainda que com grandes ondas de regionalismo, optando por um sistema permanente de solução de conflitos, em âmbito multilateral; enquanto que o investimento direto estrangeiro percorreu um caminho que o levou a regulação de um sistema *ad hoc*, de solução de controvérsias, de maneira direta entre o investidor e o Estado, desmembrada em mais de 3.500 contratos bilaterais que tem lugar em uma infinidade de organismos internacionais⁴.

Apesar dessas divergências aparentes, o que se nota, sobretudo, com o advento das negociações de acordos megarregionais – TTIP e CETA incluídos – é cada vez mais, a presença de capítulos sobre investimento. Porém, não é, necessariamente, uma vantagem no ponto de vista do direito internacional, pois o fato é que os capítulos que tratam de investimento, nesses acordos, geralmente permanecem separados do restante do corpo do documento, com pouca ou nenhuma referência para outras seções do mesmo, e ainda, preveem regras e procedimentos distintos sobre solução de controvérsias em matéria de investimento.

A divergência entre as regras para a solução de controvérsias, nos leva a um problema atual: o da sobreposição de matérias. Isso significa que o mesmo caso poderia ser pleiteado, simultaneamente, em duas disputas distintas, à luz do mesmo acordo comercial. O que a doutrina tem enten-

4 Para mais dados neste sentido, vide: <http://worldtradelaw.typepad.com/iel-pblog/2016/06/adjudicating-international-trade-and-investment-disputes-between-interaction-and-isolation.html>.



dido é que se deve recorrer a uma interpretação independente dos diferentes capítulos do acordo, contrariando a lógica de uma interpretação sistemática pregada pelo direito internacional. Sendo assim, quando houver litígio sobre investimento resultante dos novos acordos comerciais, esse deverá ser resolvido à luz de uma proteção ao investimento como se os acordos fossem independentes, uma vez que a matéria é tratada em capítulo em separado e com regras específicas, ou seja, diferentes das do restante do documento. Assim, reitera-se que a independência das matérias, além de dificultar a solução da controvérsia, caminha na contramão da lógica sistemática de interpretação do direito internacional.

Contudo, um dos objetivos dos acordos de investimento é proteger o investidor estrangeiro face a danos sofridos pelo descumprimento de uma obrigação por parte do Estado receptor do investimento, porém, ressalta-se que este não é o único objetivo, como restará claro ao longo do texto. Ainda, o recurso à arbitragem internacional, em detrimento dos tribunais nacionais, por ser matéria estranha a estes, traz a maior garantia de proteção imparcial a direitos, como o Tratamento Nacional e a Cláusula da Nação mais favorecida. Daí, a grande preferência, nos contratos de investimento, à cláusula arbitral como solução de litígios. O que não parece pacífico é tais garantias só terem lugar em países arbitrários e de baixa credibilidade no comércio internacional, já que essa discussão ganhou ainda mais destaque com o advento das negociações do TTIP e do CETA.

2. O CASO DA UNIÃO EUROPEIA

Em âmbito europeu, o Tratado de Lisboa introduziu a competência para negociar e concluir tratados internacionais de investimento, sob a competência exclusiva da União, conforme o artigo 207, número 1 do

[Ir para o índice](#)

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o que permitiu aos Estados-membros e aos investidores particulares serem beneficiados pelo enorme poder de barganha de que goza a EU, perante seus parceiros comerciais. Ainda não está esclarecido, se a competência para celebrar acordos dessa natureza, quando se trata de investimento “indireto” estrangeiro, é ainda exclusiva da União, uma vez que o artigo 207 do Tratado de Funcionamento da União Europeia refere-se claramente apenas ao investimento direto. Porém, uma vez que o investimento indireto afeta o fluxo de capital na União, e diante da leitura do artigo 63, número 3 do TFUE que proíbe as restrições aos movimentos de capitais tanto entre os Estados-membros como entre estes e países terceiros, para Dário Moura Vicente⁵, o fim da controvérsia virá apenas da análise da situação pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Já para Maria João Palma⁶, o investimento indireto (ou de *portfólio*) será uma competência partilhada entre a União e os Estados-membros.

Diante da nova competência para a celebração de acordos internacionais, em matéria de investimento direito estrangeiro, há ainda um detalhe especial a respeito dos antigos acordos bilaterais sobre esta matéria, celebrados antes do Tratado de Lisboa, entre Estado-membro da UE e terceiros Estados: a União aprovou regras precisas que disciplinam a sucessão dos antigos acordos celebrados por um Estado-membro e os novos, celebrados pela União, no Regulamento (UE) n.º. 1219/2012, de 20 de dezem-

5 VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura. Investor-State Dispute Settlement in the European Perspective: Recent Developments. *In*: VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura (ed.). **Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective**. Leiden: Brill Nijhoff, 2014. p. 247-263.

6 PALMA, Maria João. A Nova Política Europeia de Investimento Decorrente do Tratado de Lisboa – O Regulamento Grandfathering e a Articulação entre a Competência da União Europeia e as Competências Remanescentes dos Estados-Membros. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, Coimbra: Almedina, n. 8, p. 83-110, 2015, p. 92.



bro de 2012, a conhecida cláusula *Grand fathering*. Este Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, estabelece disposições transitórias para os acordos bilaterais de investimento, celebrados entre os Estados-membros e países terceiros já existentes, protegendo-os perante a ausência de um regime de *phase-out* previsto no Tratado de Lisboa⁷.

Contudo, apesar de favorável, de uma maneira geral, a adoção de um sistema arbitral nos moldes do ISDS ou ICS (*Investment Court System*), a União Europeia, desde muito tempo, vem demonstrando preocupação em clarificar e dar mais transparência às regras de um sistema arbitral compatível com as normas e os valores da União.

Como pode-se perceber, da leitura da Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões de sete de julho de 2010, intitulado “Rumo a uma política europeia global, em matéria de investimento internacional”⁸, que apesar de reconhecer o sistema ISDS como essencial para encorajar o investimento estrangeiro e fortalecer a economia, realça-se a necessidade para o aumento da transparência, consistência e previsibilidade do sistema.

Já para o Parlamento Europeu, na Resolução de seis de abril de 2011 sobre a futura política europeia em matéria de investimento internacional⁹,

7 PALMA, Maria João. A Nova Política Europeia de Investimento Decorrente do Tratado de Lisboa – O Regulamento Grandfathering e a Articulação entre a Competência da União Europeia e as Competências Remanescentes dos Estados-Membros. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, Coimbra: Almedina, n. 8, p. 83-110, 2015, p. 150.

8 Para mais informações a esse respeito, consultar Documento COM (2010)0343. Disponível em: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2010/PT/1-2010-343-PT-F1-1.Pdf>.

9 Para mais informações a esse respeito, consultar Documento (2010)2203 (INI). Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2011-0141+0+DOC+PDF+V0//PT>.

devem ser feitas mudanças no regime do ISDS, a fim de trazer mais transparência e uma maior garantia de observância a um devido processo legal.

3. O INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT

O *Investor-State Dispute Settlement* é o sistema de solução de litígios, em que um investidor estrangeiro demanda o Estado receptor de seu investimento, por violação de uma obrigação contida em um contrato bilateral dessa natureza, sobretudo, se tratar-se de uma obrigação de proteção do investimento, celebrado entre eles.

Apesar de, apenas recentemente, ter ganhado destaque no cenário internacional, devido às negociações do TTIP, o sistema de arbitragem Investidor-Estado não é algo novo em nossa história, pois, ele é utilizado no comércio internacional, desde a queda do comunismo, quando os acordos internacionais, com vistas à captação de investimento estrangeiro cresceram vertiginosamente, como afirmam Thomas Dietz e Marius Dotzauer¹⁰. Por se tratar de um sistema de solução de controvérsias, típico dos acordos bilaterais de investimento, nada mais comum que fosse discutido no âmbito do TTIP, acordo que visa substituir os vários contratos bilaterais celebrados entre Estados-membros da União Europeia e os Estados Unidos¹¹.

10 DIETZ, Thomas; DOTZAUER, Marius. Political Dimensions of Investment Arbitration: ISDS and The TTIP Negotiations. **ZenTra Working Papers in Transnational Studies** no. 48. Universitat Bremen, 2015.

11 FERREIRA, Ricardo Nascimento. A “Judicialização” do Sistema ISDS no TTIP. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, Coimbra: Almedina, n. 8, p. 111-149, 2015, p. 112.



Esse recente interesse pelo sistema ISDS se deu, sobretudo pela dimensão do acordo que está para ser celebrado entre os Estados Unidos e a União Europeia (isso se as negociações voltarem a avançar, após a eleição de Donald Trump nos Estados Unidos) e pelo impacto que causará nos investimentos desses dois blocos. Dietz e Dotzauer¹² afirmam que o TTIP será a oportunidade de tornar claras as regras sobre a arbitragem internacional, no que se refere aos investimentos estrangeiros, trazendo mais confiança ao tema. Esse será, portanto, o novo paradigma adotado no futuro próximo, daí tanta importância e tanto interesse pela matéria.

O *design* do ISDS gera competitividade entre diferentes atores, públicos e privados, considerando o fato de eles terem interesses e investimentos contrapostos. Para aqueles autores, toda a polêmica gerada em torno da matéria se deve ao fato de se ter “politizado” a arbitragem internacional, no que diz respeito aos investimentos, quando a arbitragem é um mecanismo, puramente, técnico para a solução de controvérsias advindas de um acordo. E essa “politização” se dá tanto em um ponto de vista horizontal, em que os críticos e os grupos de interesse elencam os riscos, vantagens e desvantagens desse sistema¹³, quanto numa dimensão vertical, em que o Estado luta para equilibrar a soberania nacional por um lado e a condução da política econômica mundial por outro (no caso das superpotências envolvidas no TTIP e no CETA)¹⁴.

12 DIETZ, Thomas; DOTZAUER, Marius. **Political Dimensions of Investment Arbitration**: ISDS and The TTIP Negotiations. ZenTra Working Papers in Transnational Studies no. 48. Universität Bremen, 2015.

13 Os autores em epígrafe citam alguns críticos que dizem que os Tribunais Arbitrais são vistos como “*instrumentos que estabilizam o poder ideológico do neoliberalismo e seus defensores*” (DIETZ; DOTZAUER, 2015, p. 4).

14 “*Arbitral Courts are institutions with delegated authority that help powerful actors to order the world economy*”. (DIETZ; DOTZAUER, 2015, p. 21).

Na doutrina, um grande entusiasta do sistema ISDS é o professor Dário Moura Vicente, que o considera um grande avanço e que permite que o investidor apresente, diretamente, ante uma jurisdição neutra e independente, uma reclamação contra um Estado violador de uma obrigação contratual, sem precisar recorrer a sua justiça interna, e assim, “despolitizar” as disputas sobre investimento, e fugir da hipótese, também política, de proteção diplomática¹⁵.

Porém, o entendimento do autor supracitado não é unânime, como se nota sobretudo, entre os agentes políticos europeus. Outros autores já citados: Thomaz Dietz e Marius Dotzauer publicaram, em fevereiro de 2015, um trabalho eminentemente empírico, em que entrevistaram uma série de especialistas e participantes ativos nas negociações do TTIP, tanto pelo lado europeu quanto norte-americano, para saber o porquê, primeiramente, da demora em chegar-se a um consenso sobre o tema do ISDS, e ainda, o motivo da “politização” desse sistema, que para os autores é latente nas negociações. O resultado apresenta as mais diversas opiniões, dentre as quais, os próprios autores destacam um ponto de vista contrário à implementação do sistema de arbitragem privada: a de que o sistema é pouco democrático, pouco transparente e favorece uma parcela pequena da população, sobretudo, aqueles que farão dos conflitos investidor-Estado, um verdadeiro negócio com alto poder de litigância.

Em relação à falta de transparência desse sistema, destaca-se a Resolução das Nações Unidas de número 68/109, de 16 de dezembro de

15 VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura. Investor-State Dispute Settlement in the European Perspective: Recent Developments. *In*: VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura (ed.). **Towards a Universal Justice?** Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective. Leiden: Brill Nijhoff, 2014. p. 247-263, p. 248.



2013¹⁶, a chamada *The United Nations's Resolution on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration* que reconhece o valor da arbitragem como método de solução de disputas sobre investimento, mas, que também reconhece a necessidade de maior transparência, do sistema, em homenagem o forte interesse público envolvido. Nessa seara, em 10 de dezembro de 2014, a Assembleia Geral da ONU aprovou a Resolução número 69/116¹⁷ que adotou a Convenção sobre Transparência nos Tratados de Arbitragem entre Investidor e Estado, que determina entre outros aspectos, a observância das regras sobre transparência da UNCTRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), ainda que as disputas não tenham sido iniciadas sob o sistema dessa Organização.

Outra crítica indicada na pesquisa, daqueles investigadores, é a de que a soberania dos Estados estaria ameaçada, uma vez que ele não seria o responsável pela tomada de decisões, no que concerne às reclamações dos investidores. Se por um lado, um investidor poderá usar de novas regulamentações emanadas pelo Estado para litigar perdas de investimento, leia-se: normas laborais, ambientais etc., que por sua vez serão pagas com dinheiro do contribuinte; por outro lado, o Estado pode se abster de formular novas regulamentações, deixando assim, de beneficiar a sociedade em geral, devido a ameaça de eminentes reclamações. Ademais, a parcialidade desse sistema de solução de controvérsias pode ser posta em causa, tendo em vista que os árbitros são geralmente escolhidos e pagos caso a caso.

Em outra ótica, especialistas favoráveis a implementação do sistema ISDS no TTIP, afirmam que a arbitragem privada é quem está em maiores

16 Para um estudo mais aprofundado, consultar: www.un.org

17 Também pode ser consultada em: www.un.org.

condições de garantir os direitos e interesses dos investidores e dos Estados, dentro de um acordo de investimento específico, já que estão mais próximos, tanto da legislação geral do direito internacional, quanto da específica daquele acordo, do que os Tribunais nacionais de cada Estado, o que traria maior justiça na solução do litígio. Ademais, a arbitragem internacional, há muito tempo não é considerada apenas um mecanismo de proteção dos particulares contra as arbitrariedades dos Estados, o que ficou bastante evidente com as negociações do TTIP, entre duas das economias mais desenvolvidas do cenário mundial.

Outro estudo importante, e que traz outras opiniões acerca dos benefícios do sistema ISDS no TTIP, é o da Professora Freya Baetens, publicado, simultaneamente, pelo *Centre for European Policy Studies* e o *Center for Transatlantic Relations* de Washington, em março de 2015¹⁸. Essa autora, ao comentar como é benéfica a proteção especial que gozará o investidor norte-americano na União Europeia, em face do sistema ISDS, justifica sua afirmação com estatísticas sobre as causas levadas ao Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que mostram que países como: Itália, Alemanha e França são violadores reiterados do art. 6º. da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que trata do direito como um processo equitativo, o que, nesse caso, demonstra que mesmo em países extremamente desenvolvidos, o sistema jurídico pode deixar a desejar, pelo menos no ponto de vista da celeridade, sendo, portanto, segundo a autora, um dos grandes motivos que fazem os investidores privados preferirem a solução de controvérsias, através da arbitragem internacional, que certamente, lhes favorece nesse sentido.

18 BAETENS, Freya. Transatlantic Investment Treaty Protection – A Response to Poulsen, Bonnitcha and Yackee. **CEPS-CTR project “TTIP in The Balance”**, CEPS Special Report no. 103, paper no. 4, março, 2015.



Dário Moura Vicente,¹⁹ ainda, destaca as vantagens da arbitragem, sobretudo, nos acordos bilaterais de investimento que visam assegurar, por exemplo: a proibição de expropriação ou nacionalização de empresas sem adequada compensação, a obrigação de um tratamento justo equitativo ao investidor estrangeiro e a proibição de medidas arbitrárias e discriminatórias, dentre outras, o que facilita o entendimento do motivo pelo qual esse tipo de arbitragem é mais comum em contratos de investimento, e em países com pouca credibilidade internacional, já que a probabilidade de nacionalização de uma empresa norte americana, por algum país da União Europeia, por exemplo, seria impensável.

Mais uma grande vantagem desse modelo é não haver necessidade de esgotamento de todos os mecanismos internos, segundo as regras do direito internacional geral, para que, só assim, o investidor possa recorrer a arbitragem internacional, a despeito do que orienta o Parlamento Europeu em sua Resolução de 6 de abril de 2011²⁰, para quem seria indispensável a inclusão dessa necessidade no sistema arbitral de investimentos.

4. DO ISDS AO ICS E ALÉM

A solução para o problema da arbitragem internacional, em matéria de investimentos, não está, necessariamente, em abandonar o sistema do

19 VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura. Investor-State Dispute Settlement in the European Perspective: Recent Developments. In: VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura (ed.). *Towards a Universal Justice? Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective*. Leiden: Brill Nijhoff, 2014. p. 247-263; p. 248.

20 Para maior profundidade no estudo, consultar o Documento (2010/2203 (INI)). Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2011-0141+0+DOC+PDF+V0//PT>

ISDS, mas sim, em reformá-lo gerando mais confiança e transparência. Dário Moura Vicente²¹ sugere, por exemplo, maior definição dos conceitos de investimento, de investidor, de tratamento justo e equitativo, de expropriação indireta etc., bem como, a adoção de uma espécie de código de ética da arbitragem, assegurando sua independência e imparcialidade.

Após as críticas sofridas pelo sistema ISDS, nas negociações dos acordos CETA e TTIP, o que se vê com a adoção do texto daquele acordo, e o que muito provavelmente vai ser seguido, por este último, é que a presença de um novo modelo, qual seja o do ICS (*Investment Court System*), de Tribunal Internacional *ad hoc* com juízes permanentes e regras mais claras e transparentes que favoreçam pequenas e grandes empresas de maneira igualitária.

Porém, a tendência, como mostra a Comissão Europeia em seus anúncios, é a de criação de um mecanismo multilateral, permanente e institucionalizado, com 15 juízes nomeados pelas partes, sendo eles: cinco nacionais, de Estados da União, cinco nacionais, dos outros membros do acordo e outros cinco, de Estados terceiros, com a possibilidade de haver recursos das decisões para um Tribunal de Recurso composto por seis juízes (dois nacionais da UE, dois de outros membros e dois de Estados terceiros), o que se assemelha aos sistemas jurídicos nacionais das regiões envolvidas. Esse Tribunal permanente, aplicará apenas o direito previsto no acordo em questão, seguindo as regras e princípios comuns do Direito Internacional Público, o que se assemelhando-se a um Tribunal Internacional, bem como, observará exigências de elevada qualificação técnica e jurídica, na nomeação dos juízes e sujeitará os mesmos à regras éticas estritas. A Comissão manifesta, expressamente, o seu empenho

21 Ibdem, p. 260.



junto com o Canadá, na criação desse Tribunal de Investimento Internacional que substituirá todos os sistemas de resolução de litígios previstos em tratados de investimento a nível internacional²².

Para Ricardo do Nascimento Ferreira,²³ essa proposta da Comissão surge em paralelo com o relatório sobre investimento mundial da *United Nations Conference on Trade and Development* de 2015, que recomendou uma reforma do regime internacional de investimento e sugeriu que a criação de órgãos permanentes, de natureza judicial, serviria para ultrapassar a crise de legitimidade do sistema arbitral ISDS.

Dessa forma, restas saber se o novo modelo de solução das controvérsias, em matéria de investimento, uma vez que se afasta da arbitragem privada e se aproxima dos Tribunais estaduais, trará maior confiança e credibilidade, pois, o sistema arbitral, apesar de suas falhas, vem sendo satisfatório ao longo de sua história. Ademais, apesar da manifestação da Comissão Europeia a favor da migração para um sistema judicial permanente, em matéria de investimento, ela não abandona a aplicação, nesse novo sistema, das regras arbitrais de transparência da UNCITRAL²⁴, seria, portanto, a proposta da Comissão uma espécie de sistema híbrido?

O fato é que a grande vantagem da arbitragem é, precisamente, ser diferente das jurisdições nacionais, sobretudo, em matéria de celeridade e eficiência. Portanto, não é bom que se assemelhem, sob pena de perder todo o sentido inerente e necessário ao setor do investimento: a

22 FERREIRA, Ricardo Nascimento. A “Judicialização” do Sistema ISDS no TTIP. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, Coimbra: Almedina, n. 8, p. 111-149, 2015, p. 118.

23 Ibdem, p. 123.

24 Ibdem, p.120.

rápida solução da controvérsia. Além disso, de qualquer forma, se os árbitros forem escolhidos, segundo critérios sérios e éticos, não há porque não atribuir sucesso ao sistema arbitral.

CONCLUSÃO

A grande questão é saber se Tribunais Arbitrais, de natureza privada, são as instituições mais recomendadas para solucionar conflitos, do tipo investidor-Estado, sob vários ângulos, nomeadamente: a soberania, a proteção aos interesses públicos, a proteção dos direitos e garantias fundamentais, etc. Porém, em um sistema de solução de controvérsias, cuja fonte é um tratado internacional de investimento ou, puramente, comercial que traz obrigações as quais o Estado deve observar e prevê punições quando de sua inobservância, há um componente do direito internacional público bastante latente, portanto, o sistema de arbitragem internacional nesses casos, não é puramente privado.

A despeito das críticas feitas em relação ao posicionamento do sistema arbitral, não é certo que ele faz prevalecer os interesses do investidor estrangeiro, em detrimento dos interesses do Estado, como mostra o *World Investment Report*²⁵ que até 2013, 43% dos casos estabelecidos foram decididos em favor do Estado, contra 31% em favor dos investidores, e 26% permaneceram confidenciais.

Discutir esses assuntos, numa realidade de Europa integrada econômica e politicamente, é ainda mais delicado porque o problema da soberania dos Estados europeus, sobretudo, após o Tratado de Lisboa e do

25 UNCTAD. **World Investment Report 2014**. Genebra: United Nations, 2014, p. 126.



Brexit, apesar de aparentemente superado, é ainda atual, diferentemente da realidade norte-americana ou canadense, em que esse discurso parece não ter lugar, pelo menos nessa dimensão.

Por tudo isso, a existência dos Tribunais Arbitrais do sistema ISDS, representam um desenvolvimento natural, em decorrência do estreitamento das relações econômicas na atualidade, e para funcionar, também, em países com economia extremamente desenvolvida, é preciso que haja muita clareza em suas regras. Ou seja, é necessário que algumas indagações sejam respondidas, como: o que é perda de investimento? É razoável indenizar um investidor que perdeu investimentos devido a uma nova lei emanada por um Estado que melhorou a vida de milhares de cidadãos? É preciso que o Tribunal funcione com a credibilidade de um Tribunal público de qualquer nação democrática, visando à justiça e a imparcialidade, porém, sem necessariamente, perder as características inerentes da arbitragem privada, quais sejam: a celeridade e o incentivo ao investimento.

Nos casos do TTIP e do CETA, se o acordo prevê a proteção de um direito, ele deve prever, igualmente, os remédios que combatam a violação desse direito. Certamente, os primeiros casos para solucionar deste tipo de controvérsia, serão de difícil solução; mas, na medida em que o sistema for amadurecendo e sua jurisprudência for se formando, as regras vão ficando cada vez mais claras, e um acordo celebrado entre as maiores potências econômicas mundiais será uma oportunidade de debate e de definição dos *standards*, para as futuras relações econômicas, o que trará maior credibilidade ao sistema.

Tantas dúvidas e receios são comuns e acontecem com qualquer novo instituto jurídico que surja. Nesse sentido, a doutrina tem papel de suma importância para ajudar na formação e esclarecimento desse

novo instituto. Assim, certamente, um mecanismo de arbitragem, ainda que com a figura do ISDS, é mais viável e de menor custo do que a implementação de um Tribunal permanente, cuja função seria solucionar os litígios trazidos pelas partes de um acordo comercial preferencial, como foi debatido na Conferência de Bruxelas em 2014²⁶.

Finalmente, não se torna evidente que um Tribunal do TTIP/CETA funcionaria melhor que um Tribunal Arbitral, e se o grande objetivo é proteger o investidor, estimulando-o a investir no estrangeiro, nada mais adequado do que um sistema justo e célere, como a arbitragem privada.

REFERÊNCIAS

BAETENS, Freya. Transatlantic Investment Treaty Protection – A Response to Poulsen, Bonnitcha and Yackee. **CEPS-CTR project “TTIP in The Balance”**, CEPS Special Report no. 103, paper no. 4, março, 2015.

DIETZ, Thomas; DOTZAUER, Marius. Political Dimensions of Investment Arbitration: ISDS and The TTIP Negotiations. **ZenTra Working Papers in Transnational Studies** no. 48. Universitat Bremen, 2015.

FERREIRA, Ricardo Nascimento. A “Judicialização” do Sistema ISDS no TTIP. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, Coimbra: Alameda, n. 8, 2015, p. 111-149.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. Rio de Janeiro: Atlas, 2011.

26 Este tema foi trazido à tona por Poulsen neste conferência, cujo trabalho foi questionado por Baetens no artigo “Transatlantic Investment Treaty Protection – A Response to Poulsen, Bonnitcha and Yackee”, de 2015.



MEDEIROS, Carlos Henrique; MANHÃES, Fernanda Castro; KAUARK, Fabiana da Silva. **Metodologia da Pesquisa**: Um Guia Prático. Itabuna: Via Litterarum, 2010.

MENKES, Jerzy; STOK-WÓDKOWSKA, Magdalena. Challenges of Investor-State Dispute Settlement Mechanism in TTIP. *In*: VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura (ed.). **Towards a Universal Justice?** Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective. Leiden: Brill Nijhoff, 2014. p. 362-379.

PALMA, Maria João. A Nova Política Europeia de Investimento Decorrente do Tratado de Lisboa – O Regulamento Grandfathering e a Articulação entre a Competência da União Europeia e as Competências Remanescentes dos Estados-Membros. **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, Coimbra: Almedina, n. 8, 2015. p. 83-110.

UNCTAD. **World Investment Report 2014**. Genebra: United Nations, 2014.

VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura. Investor-State Dispute Settlement in the European Perspective: Recent Developments. *In*: VICENTE, Dário Manuel Lentz de Moura (ed.). **Towards a Universal Justice?** Putting International Courts and Jurisdictions into Perspective. Leiden: Brill Nijhoff, 2014. p. 247-263.

Direito Internacional e Direito Interno: a Corte Interamericana de Direitos Humanos e as leis de anistia latino-americanas

International Law and National Legislation:
Inter-American Court of Human Rights and
latin american amnesty laws

**GABRIELA NATACHA BECHARA
HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES
FELIPE PANTE LEMOS DE CAMPOS**

Resumo

As relações entre direito internacional e direito interno nunca se fizeram tão presentes no ordenamento jurídico brasileiro. Não possuindo uma resposta única, a integração entre direito internacional e direito interno deve ser observada caso a caso, uma vez que essa discussão, ainda que, teoricamente, já trabalhada, é relativamente recente quanto aos seus reflexos práticos, principalmente no Brasil. Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é o de auxiliar na reflexão do assunto, trazendo como exemplo dois casos de anistia latino-americanas e o cumprimento da sentença na

[Ir para o índice](#)



condenação do Brasil, no Caso Araguaia, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, contraposta à decisão do STF na ADPF n° 153.

Palavras-chave: Processo Internacional. Anistia. Leis de Anistia Latino-Americanas. Direitos Humanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract

The relations between international law and national law have never been so present in the Brazilian legal system. Not having a single answer, the integration between international law and national law must be observed on a case-by-case basis, since this discussion, although theoretically explored, is relatively recent in terms of its practical implications, especially in Brazil. In this sense, the purpose of this paper is to assist in the reflection of the subject, taking as an example two cases of Latin American amnesty and the fulfillment of the sentence in the conviction of Brazil in the Araguaia Case by the Inter-American Court of Human Rights, as opposed to the decision of the STF in ADPF n° 153.

Keywords: *International Process. Amnesty. Latin American Amnesty Laws. Human Rights. Inter-American Court of Human Rights.*

INTRODUÇÃO

A integração entre o direito internacional e o direito interno apresentar-se como requisito essencial das sociedades modernas, especialmente se é ponderada à luz da existência de conflitos, quando da harmonização de normativas internacionais, com o ordenamento jurídico interno. Ain-

[Ir para o índice](#)

da, considerando-se a preocupação da comunidade internacional com a proteção aos direitos humanos, a partir do final da segunda guerra mundial,¹ observou-se uma internacionalização dos direitos humanos, derivada da adoção de diversos pactos internacionais de proteção.

Dessa forma, a supramencionada integração possui o condão de ensejar mudanças nos ordenamentos jurídicos internos, como um todo, que passam a considerar as normativas internacionais, por vezes mais atentas ao respeito e a proteção aos direitos humanos. Nesse sentido, as teorias sobre as relações entre direito interno e direito internacional² são velhas conhecidas dos estudiosos do tema, vez que suscitam grandes e acalorados debates, bem como, divergências doutrinárias e jurisprudenciais que lançam dúvidas e incertezas sobre a forma com que ocorre essa integração.

Com efeito, é justamente com a ascensão e expansão do direito internacional que surge, de forma mais premente, a pauta do conflito entre o direito interno e o direito internacional, cujas relações são questionadas, e por vezes confundem-se, pois, o mesmo fenômeno, ao ser observado por pontos de vista diferentes, pode acarretar em diferentes conclusões.

1 A segunda guerra mundial foi um conflito ocorrido entre os anos de 1939 a 1945, que chegou ao fim com a vitória dos Aliados (Estados Unidos, Grã-Bretanha, França, União Soviética e China) sobre as forças do Eixo (Alemanha, Itália e Japão). A guerra ocasionou milhares de mortes, tendo sido responsável, entre tantas outras atrocidades, pelo holocausto e pelo lançamento de bombas atômicas nas cidades de Hiroshima e Nagasaki, no Japão.

2 Desconsiderando-se as complexidades pertencentes a cada teoria e abordando-as de forma mais didática, pode-se dizer que as mencionadas teorias dividem-se em duas: monista e dualista. A teoria monista considera que os dois sistemas derivam um do outro. Pode-se citar como exemplos de autores dessa corrente, Hans Kelsen, responsável pelo seu desenvolvimento, e seguida pela maior parte da doutrina, como Lauterpacht, Verdross, Hildebrando Accioly, Valladão, Tenório, Vicente Marotta Rangel, Cachapuz de Medeiros, Celso D. Albuquerque de Mello. Por sua vez, a teoria dualista considera que são duas ordens jurídicas distintas, sendo a doutrina de entendimento minoritário, tendo como expoentes Carl Heinrich Triepel, Dionísio Anzilotti, L. Oppenheim, Amílcar de Castro e Francisco Rezek.



Feitas essas considerações, o presente artigo tem por objetivo refletir, ainda que de forma breve, acerca da integração entre o ordenamento jurídico nacional e internacional, trazendo como exemplo a questão do cumprimento da sentença da condenação do Brasil no Caso Araguaia, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), principalmente quando contraposta a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153-DF (ADPF n.º153), que entendeu como válida a lei de anistia brasileira, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

Desta feita, faz-se necessário apresentar à referida corte, como parte do sistema regional de proteção aos direitos humanos, dois importantes casos (Barrios Altos e Almonacid Arellano) analisados pela própria Corte e que versam, entre outros assuntos, sobre a questão das leis de autoanistia, a decisão do STF sobre a ADPF n.º 153 e a sentença da Corte no Caso Araguaia e o seu cumprimento, no ordenamento jurídico interno, tecendo-se, após, algumas singelas considerações finais, acerca do assunto.

1. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A internacionalização dos direitos humanos, a partir da adoção de pactos internacionais de proteção, vem acompanhada de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, composto por duas vertentes: o sistema global e o sistema regional. O sistema global refere-se aos instrumentos internacionais de proteção da vida humana produzidos no âmbito das Nações Unidas, e apesar de sua importância, não faz parte do escopo do presente trabalho.

Por sua vez, o sistema regional diz respeito à proteção dos direitos humanos no plano regional dos Estados e se encontram em diferentes estágios de desenvolvimento, presentes no continente europeu, ameri-

[Ir para o índice](#)

cano, africano e árabe. Esses sistemas regionais devem ser acionados por ocasião do esgotamento das vias internas e nacionais, quando da salvaguarda dos direitos humanos. Segundo Flávia Piovesan:

O propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – é, pois, ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos. O que importa é o grau de eficácia da proteção, e, por isso, deve ser aplicada a norma que no caso concreto melhor proteja a vítima³.

Assim, o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos⁴ é composto pelos estados-membro da Organização dos Estados Americanos (OEA)⁵ que decidem ratificar⁶ a Convenção Americana de Direitos Humanos⁷, que se constitui como o principal instrumento normativo de

3 PIOVESAN, Flavia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Sur - Rev. Int. Direitos Humanos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 20-47, jan. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452004000100003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 8 jun. 2016.

4 Inter-American Human Rights System (IAHRS) em inglês.

5 A OEA foi criada em 1948 e tem sede na cidade Americana de Washington, contando como estados membros os países que fazem parte do continente Americano. Segundo Malcom N. Shaw, a OEA “baseou-se no trabalho já realizado pela União Pan-Americana e pelas várias Conferências Interamericanas a partir de 1890”. (SHAW, Malcolm N. **Direito internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 974)

6 A OEA conta com 34 estados-membros, sendo que a Convenção encontra-se ratificada por 25 desses países. Entre as expressivas exceções, encontram-se países como Estados Unidos da América e Canadá.

7 Segundo Danielle Annoni: “Devido às particularidades dos país da América, principalmente os países da América Latina, os direitos assegurados na Convenção Americana são essencialmente os direitos de primeira geração, àqueles relativos à garantia da liberdade, à vida, o direito à privacidade, os direitos à liberdade de consciência e religião, o direito de participar do governo, o direito à igualdade e o direito à proteção judicial, entre outros”. Essa deficiência vem a ser sanada pelo protocolo de El Salvador. (ANNONI, Danielle. **Direitos humanos e acesso à justiça no direito internacional**: responsabilidade internacional do estado. Curitiba: Juruá, 2003. p. 88-89).



proteção aos direitos humanos do sistema interamericano, aprovada na Conferência de San José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Essa Convenção, que reproduz, em sua maior parte, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁸, entra em vigor em 1978.

O Sistema Interamericano é formado por dois órgãos jurisdicionais, quais sejam: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) que atua como instância preliminar, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esta última é prevista pela Convenção Americana, que entra em vigor em 1978, mas, o seu funcionamento, de forma efetiva, se dá apenas em 1980, ano da emissão de sua primeira opinião consultiva, e somente, sete anos mais tarde, emitiu sua primeira sentença⁹.

A Corte possui duas competências: uma de natureza consultiva e outra de natureza contenciosa. O artigo 62–3 da Convenção prescreve:

A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial.

A competência consultiva diz respeito à interpretação de disposições previstas na Convenção e em Tratados de proteção aos direitos

⁸ O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966.

⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 935.

humanos, no continente americano. Por sua vez, a competência contenciosa, de caráter jurisdicional, julga casos concretos que envolvam violações aos direitos humanos, por parte de qualquer um dos Estados que tenha ratificado a Convenção Americana¹⁰.

A CIDH atua como instância preliminar da Corte, que ao receber a petição com a denúncia ou reclamação, irá proferir sentença, que será fundamentada, definitiva e inapelável. A decisão vincula as partes do processo e serve de embasamento jurisprudencial para outros casos similares de violação aos direitos humanos que, ensejem a responsabilização do Estado¹¹.

Desde a sua criação, o sistema interamericano vem passando por mudanças, ganhando força e respaldo, especialmente quando de suas decisões de como lidar com um legado de autoritarismo e violência, sistemática, aos direitos humanos, após os processos de transição democrática na América Latina, com o fim das ditaduras militares que ocorreram nos países do continente.

Nesse sentido, ganham relevo as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em casos que versam sobre as chamadas leis de autoanistia.

2. CASOS BARRIOS ALTOS E ALMONACID ARELLANO

Antes de abordar os casos Barrios Altos *versus* Peru e Almonacid Arellano *versus* Chile, vale mencionar a sentença proferida pela Corte no

10 Permitiu-se que a ratificação da Convenção Americana fosse automática apenas para a competência consultiva da Corte, existindo a possibilidade de posterior ratificação, pelo Estado-parte, da competência contenciosa.

11 ANNONI, Danielle. **Direitos humanos e acesso à justiça no direito internacional**: responsabilidade internacional do estado. Curitiba: Juruá, 2003. p. 106.



caso Velásquez Rodríguez *versus* Honduras,¹² de 26 de junho de 1987, referente ao desaparecimento de Ángel Manfredo Velásquez Rodríguez, forçado pelas forças armadas do Estado de Honduras, em que se solicitou que o governo hondurenho compensasse as vítimas. O caso se originou de uma denúncia feita à Comissão, em 7 de outubro de 1981 e foi encaminhado em 24 de abril de 1986, à Corte para julgamento. Em sua sentença, a Corte condenou o Estado de Honduras, em votação unânime, ao pagamento de indenização aos familiares do desaparecido, em 1981. Essa Sentença não trata sobre leis de autoanistia, mas, estabelece um importante precedente ao impor dever positivo ao Estado de Honduras, que deveria tomar medidas para impedir futuros abusos em direitos humanos, conduzindo investigações, identificando responsáveis e punindo-os, além de compensar as vítimas, esclarecendo o posicionamento da Corte, no sentido de que casos de desaparecimento forçado, constituem crimes contra a humanidade¹³.

O caso Barrios Altos *versus* Peru teve origem em um massacre ocorrido na cidade de Lima, no Peru, na localidade de Barrios Altos, em 03 de novembro de 1991, quando quinze pessoas foram mortas e quatro feridas. Os responsáveis fariam parte da inteligência militar peruana (esquadrão de eliminação chamado “Grupo Colina”) e as vítimas, supostamente, seriam integrantes do grupo “Sendero Luminoso”. Após o massacre, apenas em abril de 1995, as autoridades peruanas iniciaram uma séria

12 A sentença do caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras encontra-se disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_01_esp.pdf. Acesso em: 3 jun. 2016.

13 ENGSTROM, Par. A Anistia e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: Leigh A. Payne, Paulo Abrão; Marcelo D. Torelly (Ed.). **A Anistia na Era da Responsabilização**: o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, 2011. p. 115.

investigação, sob pressão da população, ficando na responsabilidade da juíza Antonia Saquicuray que iniciou uma investigação formal. Mas, em junho do mesmo ano, perdeu seu objeto de investigação, uma vez que o Congresso peruano sancionou a Lei n.º 26.479, em 14 de junho de 1995, entrando em vigor no dia seguinte, em 15 de junho de 1995, pois essa Lei concedeu anistia a todos os integrantes das forças armadas e civis que foram objeto de denúncias, investigações, procedimentos, condenações ou que estivessem cumprindo sentença em prisão, por violações aos direitos humanos cometidas entre os anos de 1980 e 1995.

Todavia, fazendo uso de artigo da Constituição peruana que permitia a não aplicação de artigos de lei que os juízes considerassem que violavam a Constituição, a supracitada juíza emitiu decisão no sentido da não aplicação da lei de anistia no julgamento dos cinco oficiais. Sua negativa provocou investigação por parte do Congresso, que aprovou sua segunda lei de anistia, a Lei n.º 26.492, dirigida especialmente ao caso Barrios Altos. Em 14 de julho de 1995, a Corte Superior de Justiça de Lima arquivou o caso, que foi apresentado à Comissão em 30 de junho de 1995. Em sentença¹⁴ proferida em 14 de março de 2001, a Corte, sob a presidência do brasileiro Antônio Augusto Cançado Trindade, se posicionou claramente no sentido de entender pela incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Segundo palavras do próprio Cançado Trindade:

Na sentença de Barrios Altos de 14.3.2001, sustentou a Corte que as auto-anistias (como as leis peruanas n.ºs. 26479 e 26492), excludentes de responsabilidade por

14 A sentença do caso Barrios Altos encontra-se disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf. Acesso em: 3jun. 2016.



violações graves dos direitos humanos (como a tortura, as execuções sumárias e extralegais, o desaparecimento forçado de pessoas), são inadmissíveis e, ao impedir o acesso das vítimas e seus familiares à verdade e à Justiça, são violadoras dos artigos 1(1), 2, 8 e 25 da Convenção (pars. 41 e 43). Em meu Voto Concordante nessa Sentença, ponderei que a pretendida legalidade no plano do direito interno dessas auto-anistias, ao levarem à impunidade e à injustiça, encontra-se em flagrante incompatibilidade com a normativa de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, acarretando violações de jure dos direitos da pessoa humana, em uma afronta inadmissível à consciência jurídica da humanidade (pars. 5-6 e 26). Ou seja, as leis de auto-anistia estão viciadas de nulidade *extunc*, de nulidade *ab initio*, carecendo, portanto de todo e qualquer efeito jurídico¹⁵.

Por sua vez, o caso *Almonacid Arellano versus Chile* diz respeito ao assassinato do professor chileno Almonacid Arellano, baleado na frente de sua residência e de seus familiares, em 16 de setembro de 1973, devido ao seu envolvimento com o partido comunista do país. Seus familiares deram inícios às ações judiciais pertinentes em 1992, após o término da ditadura militar, no Chile. Porém, não lograram êxito devido a aplicação da lei de anistia chilena, pelos tribunais internos. A demanda foi, então, enviada à Comissão, em 15 de setembro de 1998, questionando a validade do Decreto-Lei 2.191/78, de 18 de abril de 1978, que perdoava os crimes cometidos entre 1973 e 1978, alegando falta

15 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O fim das “leis” de auto-anistia**. Correio Braziliense, 2006. Disponível em: <http://www.secom.unb.br/unbclipping2/2006/cp061218-12.htm>. Acesso em: 8 jun. 2016.

de investigação e punição dos responsáveis pela morte de Almonacid Arellano, bem como, pela falta de reparação aos seus familiares.

Em 11 de julho de 2005, a Comissão submeteu o caso à Corte, que proferiu sua sentença, em 26 de setembro de 2006, manifestando-se estar de acordo em reforçar o posicionamento adotado na sentença do caso Barrios Altos, agregando o argumento acerca da impossibilidade de anistiar crimes de lesa-humanidade. A Corte Interamericana considerou a penalização dos crimes contra a humanidade como obrigatória, tendo em vista o direito internacional, como um todo, sedimentando o entendimento de que as violações graves aos direitos humanos são consideradas imprescritíveis.

O caso Barrios Altos revela-se paradigmático, pois, além de ter sido a primeira decisão da Corte acerca das leis de autoanistia, influenciou outros países a tomarem medidas, no sentido de reverem suas leis de anistia e posicionamentos sobre crimes contra a humanidade e a imprescritibilidade desses crimes, podendo-se citar, como exemplo, a Argentina, cuja Corte Suprema fez referência à sentença da Corte Interamericana, para se posicionar no caso Mazzeo¹⁶.

3. AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) N.º 153 E A SENTENÇA DO CASO ARAGUAIA: POSICIONAMENTO BRASILEIRO

Adotando posicionamento diverso do já externado pela Corte Interamericana, o Superior Tribunal Federal (STF), decidiu por sete votos a dois,

¹⁶ Mais informações podem ser obtidas quando da leitura da Sentença da Corte Suprema Argentina, disponível em: <http://observatoriointernacional.com/?p=1852>. Acesso em: 8 jun. 2016.



em julho de 2010, acerca da ADPF n° 153 interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Sob o argumento da conciliação nacional e do perdão que teria sido promovido à época, os ministros do STF optaram pela interpretação bilateral da Lei n.º 6.683/1979¹⁷, Lei da Anistia, decidindo que a anistia conferida pela lei se estende aos crimes comuns praticados pelos agentes políticos, contra os opositores durante o regime militar.

Todavia, o debate acerca do tema não se encerra, vez que a Corte Interamericana profere sua sentença¹⁸ no Caso Gomes Lund e outros versus Brasil (Caso Araguaia), em 24 de novembro de 2010, após quase 15 anos do ingresso da petição. O caso, apresentado à Comissão em sete de agosto de 1995 requeria apuração dos atos de violência praticados contra vítimas desaparecidas na região do Araguaia, alegando violações aos direitos humanos protegidos por diversos tratados e convenções, requerendo que a Lei de Anistia não represente mais obstáculo a persecução penal de violações que constituam crimes contra a humanidade e a responsabilização penal, com investigação judicial e publicidade dos resultados, levando em consideração que, tais crimes são insuscetíveis de anistia e imprescritíveis.

Em sentença robusta, de 126 páginas, após considerar as preliminares e as manifestações das partes, a Corte decidiu que:

Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em

¹⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em: 3 jun. 2016.

¹⁸ Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 3 jun. 2016.

consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil¹⁹.

Ainda, para a Corte Interamericana, o Brasil:

Descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos²⁰.

Assim, entre as 21 determinações que o Brasil fica obrigado a se submeter, no Caso Araguaia, estão as determinações de revisar ou reinterpretar a lei de anistia produzida pelo regime militar, declarando sua inaplicabilidade, vez que é incompatível com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, além de: conduzir, eficazmente, a investigação penal dos fatos ocorridos, realizar todos os esforços para determinar o paradeiro dos restos mortais das vítimas desaparecidas, oferecer o tratamento

19 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 3 jun. 2016. p. 65.

20 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 3 jun. 2016. p. 114.



médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram, publicar a sentença, realizar ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do caso, implementar programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, tipificar o delito de desaparecimento forçados, continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre as violações aos direitos humanos durante a ditadura e indenizar os familiares das vítimas.

Por oportuno, vale ressaltar que a Sentença da Corte Interamericana reveste-se de extrema importância para os familiares e militantes dos direitos humanos, uma vez que a comunidade internacional, embasada nos mecanismos de proteção internacional aos direitos humanos, reconhece a ilegalidade da lei de anistia brasileira.

4. EFEITOS DA SENTENÇA DO CASO ARAGUAIA NO BRASIL

Conforme verificado, a Corte Interamericana possui sedimentado o seu posicionamento acerca das leis de autoanistia latino-americanas. Contudo, apesar de conhecer as sentenças nos casos Barrios Altos, Almonacid Arellano e Araguaia, o STF decidiu manter a interpretação dada à lei de anistia brasileira, considerando a mesma válida à luz da CRFB/88. Essa situação levanta discussão acerca da relação entre a jurisdição interna, representada pela decisão do STF e a jurisdição internacional, representada pela Sentença da Corte, no Caso Araguaia, vez que as orientações entram em conflito. Isso, porque se houver a investigação de atos cometidos por agentes estatais no período militar, fere-se o entendimento do STF. Sem embargo, caso a investigação não ocorra, fere-se a sentença da Corte, violando decisão interposta pela ordem jurídica internacional.

[Ir para o índice](#)

Para fortalecer os argumentos apresentados nessa disputa, ressalta-se o esclarecimento feito por Luís Roberto Barroso, de que “A Constituição da maior parte dos países europeus contém regras sobre as relações entre o direito interno e o direito internacional, normalmente no sentido de considerar este último como parte integrante do primeiro”²¹. O atual ministro do STF ressalva, no entanto, que “No Brasil não existe disposição constitucional a respeito do tema, o que tem suscitado críticas diversas”²².

Além de críticas, a questão suscita debates acalorados entre os defensores de uma ou outra postura. A princípio, simpatiza-se com o posicionamento de que, como signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada em 1992, o Brasil, em suas relações internacionais, rege-se pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. Assim, o desrespeito à sentença significaria nada mais do que uma violação à CRFB/88, e não simplesmente, o descumprimento de uma decisão de uma Corte pertencente a jurisdição internacional, sem efeitos práticos internos.

Outrossim, independente de posicionamentos pessoais, torna-se premente a discussão acerca do cumprimento da sentença, por parte do Estado brasileiro, para que a sentença não se revista de importância apenas simbólica. Com efeito, até o momento, a título de cumprimento da sentença, verifica-se que o Estado brasileiro promoveu esforços no sentido de atender a certos dispositivos de sua condenação, principalmente, no tocante a publicação da sentença. Assim, foi criado o Grupo de Trabalho Araguaia (GTA) para identificar restos dos desaparecidos, con-

21 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 16.

22 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 17.



forme a Lei n.º12.528/2011, que cria a Comissão Nacional da Verdade e a Lei n.º12.527/2011, de acesso à informação.

Considerando-se, ainda, os termos da condenação presentes na sentença da Corte, verifica-se que, a manutenção da interpretação bilateral dada pelo STF à lei de anistia brasileira, parece representar óbice inafastável ao cumprimento de todos os termos da sentença, vez que impede o seu pleno cumprimento. Por oportuno, após a publicação da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a OAB interpôs embargos de declaração ao STF para que o mesmo se posicione, expressamente, sobre o cumprimento da sentença. Os embargos, contudo, ainda não foram apreciados pelo STF e encontram-se, sob a relatoria do ministro Fux.

Nesse sentido, a interposição dos embargos de declaração, por parte da OAB, significa uma retomada da temática, que terá que ser enfrentada pelo STF, ensejando assim, possibilidade de que haja uma pacificação quanto à posição a seguir, pois a dúvida sobre qual posicionamento deve prevalecer gera insegurança jurídica e reveste-se de óbice para a retomada do processo de redemocratização do país, vez que não respeita sua história e sua memória.

O autor de direito internacional Malcon N. Shaw sustenta que: “Nenhuma teoria desenvolve-se no vácuo; pelo contrário, todas são concebidas e desenvolvidas num ambiente social e cultural definido. Ignorar esse fato equivale a distorcer a própria teoria”.²³

Com esse ensinamento em mente, talvez seja um fator de amadurecimento democrático da sociedade brasileira para que permita uma modificação na postura adotada pelo STF, quanto à lei de anistia brasileira.

23 SHAW, Malcolm N. **Direito internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 20.

CONCLUSÃO

Observa-se que a importância de certas questões transcende a esfera internacional, passando a inserir-se no ordenamento jurídico interno, de forma paulatina, mas contumaz, ainda que em algumas ocasiões, sem muitos alardes.

No caso em apreço, as consequências de certas decisões da corte interamericana exemplificam a relevância e a amplitude que perpassam o Direito Internacional, desafiando uma realidade em que a regra parece ser o desrespeito às normas e princípios de direito internacional, principalmente, àqueles protetores dos direitos humanos, justificado pelo respeito à soberania estatal.

Outrossim, a sociedade contemporânea faz com que existam numerosos pontos de contato entre as duas esferas, que acabam por, necessariamente, se relacionar, revelando, nessa troca, a existência de uma tendência de abertura do direito constitucional às normas internacionais, oportunizando, ainda que a passos lentos, discussões jurídicas e políticas acerca da tomada de posicionamentos, por parte do ordenamento brasileiro.

REFERÊNCIAS

ANNONI, Danielle. **Direitos humanos e acesso à justiça no direito internacional**: responsabilidade internacional do estado. Curitiba: Juruá, 2003.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia. **Caso “Mazzeo”**. Disponível em: <http://observatoriointernacional.com/?p=1852>. Acesso em: 15 ago. 2017

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.



BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. **Lei n.º 6.683/1979 (Lei da Anistia)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm. Acesso em: 15 ago. 2017

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n.º 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 15 ago. 2017

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei n.º 12.528/2011 (Comissão Nacional da Verdade)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12528.htm. Acesso em: 15 ago. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153-DF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2017.

ENGSTROM, Par. A Anistia e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *In*: Leigh A. Payne, Paulo Abrão e Marcelo D. Torelly (Eds.). **A Anistia na Era da Responsabilização**: o Brasil em perspectiva internacional e comparada. Brasília: Ministério da Justiça, 2011. p. 102-119.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas Assembleia Geral. **Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 15 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 3 jun. 2016.

Ir para o índice

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 15 ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Barrios Altos vs. Peru**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf. Acesso em: 3 jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO dos Estados Americanos. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_01_esp.pdf. Acesso em: 3 jun. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. **Sur -Rev. Int. Direitos Humanos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 20-47, jan. 2004. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452004000100003&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 8 jun. 2016.

SHAW, Malcolm N. **Direito internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)**: as primeiras cinco décadas. 2. ed. Brasília: UnB, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **O fim das “leis” de autoanistia**. Correio Braziliense, 2006. Disponível em: <http://www.secom.unb.br/unbclipping2/2006/cp061218-12.htm>. Acesso em: 8 jun. 2016.



A Organização Mundial do Comércio e o Acordo de Facilitação do Comércio: perspectivas de sua implementação junto ao mercado econômico mundial

The World Trade Organization
and the Trade Facility Agreement:
prospects for its implementation
by the world economic market

RODRIGO LUIZ ZANETHI

Resumo

O presente artigo busca, ante o mundo globalizado atual, apresentar a importância do comércio internacional para o crescimento constante dos Estados, não só na seara econômica, como, na questão política e social. Para tanto, o incremento econômico deve ser fiscalizado e orientado para o exercício de atos saudáveis e em total consonância, com as práticas justas e corretas estabelecidas no comércio entre as nações. Assim, dessa necessidade de facilitação do tão importante comércio internacional, surgiu o Acordo de Facilitação de Comércio que, felizmente, nasceu do ideal

[Ir para o índice](#)

máximo da Organização Mundial do Comércio, qual seja, do comércio livre e justo. E esse comércio livre e justo, trazido pelo mencionado Acordo, supervisionado pela OMC trará, certamente, resultados importantes para o crescimento do mercado econômico mundial, ante todos os números positivos trazidos pelos especialistas e estudiosos do assunto.

Palavras-chave: Globalização. Comércio internacional. OMC. Acordo de facilitação do comércio. Desenvolvimento econômico mundial.

Abstract

This article seeks to introduce the importance of international trade to the steady growth of States, not only in the economic field, as also in the political and social issue. For both the economic increment must be monitored and oriented to the pursuit of healthy and acts in total consonance with fair and correct practices set out in the trade between the Nations. So, in this need for such important matter, that is the trade facilitation in the world, emerges the Trade Facilitation Agreement which, fortunately, was born of the highest ideal of the World Trade Organization, that is, free and fair trade. And that free and fair trade brought by the mentioned Agreement, overseen by the WTO will bring, of course, important results for the world economic market growth compared with all positive numbers brought by experts and scholars of the subject.

Keywords: Globalization. International Trade. World Trade Organization. Trade Facilitation Agreement. World Economic Development.



INTRODUÇÃO

No Brasil, seus Estados e o Distrito Federal, por uma questão de sobrevivência, devem interagir entre eles e com outros países, na busca de soluções comuns e pacíficas para o desenvolvimento político, financeiro, social e, principalmente, econômico de cada um. Na era da globalização, não há espaços para os Estados se organizarem de maneira hermética, principalmente, no viés econômico, em que a busca pelas trocas comerciais incrementa a atividade produtiva dos países, acarreta a possibilidade de venda de seus produtos, e a conseqüente entrada de capital, o que gera bons frutos para qualquer país.

Assim, torna-se patente que além do comércio nacional, o comércio internacional possui grande impacto na economia de um país, e por isso, todo e qualquer tipo de facilitação a ser aplicado pelos países, sugere incremento na atividade comercial. Através desse intercâmbio, facilmente se extrai vantagens para os atores que dela participam, sejam órgãos públicos, privados ou pessoas. Por isso, deve ser, devidamente, fiscalizado. E ninguém melhor que a OMC (Organização Mundial do Comércio) para ser o órgão responsável pela fiscalização e condução dos países aos meios de facilitação comercial, visando a cooperação, entre os Estados, e influenciando no desenvolvimento econômico mundial, devendo inclusive, se tornar o Acordo de Facilitação do Comércio, um meio de crescimento e desenvolvimento, respaldado pelo órgão máximo de regulação comercial, que seria a OMC.

Assim, este artigo pretende demonstrar, através de estudo qualitativo, desenvolver uma tese sobre a importância do Acordo de Facilitação de Comércio para o progresso do mercado econômico mundial, assentado pela necessidade de desenvolvimento, constante, do comércio internacional.

[Ir para o índice](#)

1. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO (OMC) E SEU PAPEL FORMULADOR DO ACORDO DE FACILITAÇÃO DE COMÉRCIO (AFC)

A Organização Mundial do Comércio - OMC, nasceu em 1994, com o fim da Rodada do Uruguai (8ª. rodada do GATT) e a assinatura da Ata final da Declaração Ministerial de Marrakesh, na cidade marroquina de Marrakesh, tendo iniciado suas atividades no dia 01 de janeiro de 1995, como sucessora do GATT (General Agreement Trade and Tariffs). Trata-se de um órgão “member driven”, onde o poder pertence aos membros, e não aos seus dirigentes, e é o principal foro e órgão internacional de regulamentação, defesa e pacificação comercial que, por meio de negociações bilaterais, multilaterais e plurilaterais busca a evolução do comércio internacional, tendo como objetivo a liberalização segura do comércio global, visando o crescimento e o desenvolvimento econômico mundial.

Além disso, como uma herança do GATT, a OMC possui um conjunto de princípios fundadores da regulamentação multilateral do comércio, e dentre eles se destacam:

- a) da nação mais favorecida: um membro da OMC deve estender a todos os seus parceiros comerciais, qualquer concessão, benefício ou privilégio concedido a outro Membro;
- b) do tratamento nacional (princípio da não discriminação): pelo qual um produto ou serviço importado deve receber o mesmo tratamento que o produto ou serviço similar, quando entra no território do Membro importador;
- c) da transparência: os membros devem dar publicidade às leis, regulamentos e decisões de aplicação geral relacionados ao comércio internacional, para amplo conhecimento, auxiliando



do comércio internacional a se desenvolver de forma segura, em que indivíduos, empresas e governos saibam quais são as regras do comércio, em todo o mundo, de forma transparente e previsível.

Fora esses três princípios basilares, a OMC, de seu sítio eletrônico, defende:

- a) incentivo amplo ao comércio internacional, através da redução de barreiras tarifárias e não tarifárias;
- b) transparência e previsibilidade das empresas;
- c) maior competitividade, desencorajando as práticas “desleais” de comércio internacional, como o subsídio à exportação e ao dumping;
- d) mais benefícios para os países menos desenvolvidos;
- e) por fim, a proteção ao meio ambiente, evitando somente que medidas de proteção ao ambiente possuam caráter protecionista;

A OMC, em sua primeira Conferência Ministerial, a de Singapura (1996), trouxe a baila, a discussão dos, como bem explicitado por Barral¹, “novos temas de comércio internacional”, quais sejam: concorrência, investimentos governamentais e facilitação do comércio, sendo que, nesse último caso, os Estados Membros, durante a mencionada Conferência, se comprometeram a “realizar estudos exploratórios e analíticos,

1 BARRAL, Welber Oliveira. **O Comércio Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

baseados no trabalho de outras organizações internacionais relevantes, sobre a simplificação de procedimentos de comércio, visando avaliar o escopo das normas da OMC nessa área”. Os três primeiros temas foram retirados da mesa de negociação pela Declaração de Cancún², em que o tema “facilitação do comércio” foi introduzido na agenda multilateral de negociações comerciais, a partir de 2001, com o lançamento da Agenda de Doha para o Desenvolvimento Mundial, na qual ficou estipulado que o Conselho de Comércio de Bens da OMC³:

Reverá e, se for o caso, esclarecerá e aprimorará aspectos relevantes dos Artigos V (Liberdade de Trânsito), VIII (Tarifas e Formalidades Relacionadas à Importação e Exportação) e X (Publicação e Administração de Normas Comerciais) do GATT 1994 e identificará necessidades e prioridades de facilitação de comércio dos membros, particularmente de países de menor desenvolvimento relativo e em desenvolvimento.

Como bem lembra Thorstensen⁴, esse tema encontra-se em pauta, sendo que “Algumas instituições internacionais como a UNCTAD, a OMA e a ONU, através da ECE – Economic Commission for Europe, já vem desenvolvendo trabalhos nessa área, além de cerca de 15 outras organizações”. Somente na vigência da IX Conferência Ministerial, em Bali, 2013, o Conselho Geral da OMC aprovou, em antecipação aos demais assuntos

2 OMC. SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL DA OMC. Disponível em: https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/what_stand_for_f.htm. Acesso em: 04 jun. 2016.

3 OMC. SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL DA OMC. Disponível em: https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/what_stand_for_f.htm. Acesso em: 04 jun. 2016.

4 THORSTENSEN, Vera. **OMC - Organização Mundial do Comércio**: As regras do comércio internacional e rodada do milênio. São Paulo: Aduaneiras, 1999, p. 310.



da Rodada, juntamente com seu anexo, o Acordo sobre a Facilitação de Comércio, através de uma emenda inserta no Anexo 1A do Acordo da OMC, constituindo-se o primeiro documento a ser incluído na lista de acordos da OMC, desde a sua criação.

2. NOÇÕES GERAIS DO ACORDO DE FACILITAÇÃO DO COMÉRCIO (AFC)

O Acordo de Facilitação de Comércio – AFC abrange medidas para modernizar a administração aduaneira, além de ações para simplificar e agilizar os procedimentos de comércio exterior, afora a possibilidade de cooperação entre os Membros na prevenção e combate a delitos aduaneiros, bem como, no oferecimento de assistência técnica e capacitação, além de tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento, visando, precipuamente, superar barreiras administrativas, podendo aí se entender a necessidade de mitigação das barreiras não tarifárias.

O AFC somente entrará em vigor quando dois terços dos Membros manifestarem sua aceitação, nos termos do artigo X, item 03 do Acordo Constitutivo da OMC, depois de completados seus respectivos processos domésticos de incorporação. Em seu preâmbulo, o AFC expõe, de forma clara e límpida, os objetivos pretendidos e desejados pelo Acordo. Inicialmente, o AFC tem como desígnio o desejo de clarificar e aprimorar os relevantes aspectos dos Artigos V (Liberdade de Trânsito), VIII (Tributos e Formalidades Relacionadas à Importação e Exportação) e X (Publicação e Administração de Normas Comerciais) do GATT 1994, com vistas a tornar mais ágil a circulação, a liberação e o despacho aduaneiro de bens, inclusive bens em trânsito.

No mesmo Preâmbulo, em um de seus objetivos, procura-se reconhecer as necessidades próprias dos países em desenvolvimento e,

[Ir para o índice](#)

especialmente, de países de menor desenvolvimento, visando o incremento de assistência e o apoio nessa área para efetiva aplicação dos objetivos do Acordo de Facilitação de Comércio. Por fim, o AFC reconhece e determina a necessidade de cooperação efetiva entre os membros, em questões relativas à facilitação do comércio e ao cumprimento das formalidades aduaneiras.

O texto do AFC é dividido em três seções, a saber:

A Seção I abrange os artigos 1 a 12, que, basicamente, dispõe sobre as informações a serem publicadas pelos membros, incluindo as disponíveis na rede mundial de computadores, nos centros de informação e as notificações ao Comitê de Facilitação; sobre as informações, visando a transparência entre os membros, além de preconizar a obrigação de cada membro ter oportunidade para formular comentários e obter informações, antes da entrada em vigor, de alteração de leis e regulamentos de aplicação geral, relacionados com a circulação, liberação e despacho aduaneiro de bens, devendo cada membro emitir, de modo razoável e em prazo pré-determinado, uma solução antecipada para o requerente, salientando que as determinações dessa Seção, devem ser totalmente implementadas pelos países desenvolvidos, o que não acontece com os países em desenvolvimento, que poderão implementar, em prazos mais longos, as suas disposições.

Essa Seção, em seus cinco primeiros artigos, em resumo, estipula procedimentos de recurso ou revisão por parte de cada membro, para qualquer pessoa, para quem a Aduana emitir uma decisão administrativa, para aumentar a imparcialidade, a não discriminação e a transparência, abrangendo notificações de controles ou inspeções reforçadas, retenção e procedimentos de teste.



Em continuação, os artigos 6º e 7º abordam, respectivamente, disciplinas sobre taxas e encargos incidentes sobre a importação ou exportação, sobre penalidades, e quiçá, o grande desafio do AFC: a disposição sobre liberação e despacho aduaneiro de bens, a simplificação de procedimentos aduaneiros, incluindo importantes disposições sobre processamento antecipado, pagamento eletrônico, separação entre a liberação dos bens e a determinação final dos direitos aduaneiros, tributos e encargos, gestão de risco, auditoria pós-despacho aduaneiro, estabelecimento e publicação do tempo médio de liberação, medidas de facilitação de comércio para os OEA's- Operadores Econômicos Autorizados, remessas expressas e despacho prioritário, para bens perecíveis.

A disposição do artigo 7º se torna imprescindível para a consecução dos fins almejados pelo AFC, pois, procedimentos aduaneiros ineficientes agregam custos à máquina pública, e em processos aduaneiros mais céleres, a arrecadação tributária se processa de forma mais eficiente, após o desembarço de cargas, aumentando a receita tributária. No artigo 8º, em total harmonia, como pretendido no artigo anterior, assevera que cada Membro garantirá a cooperação e coordenação entre autoridades e órgãos responsáveis por controles de fronteira e por procedimentos relacionados com a importação, a exportação e o trânsito de bens.

Prosseguindo, a letra do artigo 9º trata sobre o trânsito aduaneiro de mercadorias e a necessidade de sujeição de todos os membros a esse regime aduaneiro especial, regime este que, na modalidade de trânsito de passagem de bens, consta no artigo 11º. Já, o artigo 10º, lida com formalidades relacionadas a importação, exportação e trânsito, compreendendo a uniformidade na documentação pertinente ao uso de normas internacionais, a inspeção pré-embarque, procedimentos comuns de fronteira e sobre a admissão temporária de bens.

[Ir para o índice](#)

Por fim, o artigo 12º expõe sobre medidas para promover o cumprimento e a cooperação aduaneira, abrangendo troca e solicitação de informações, procedimentos de verificação de uma declaração de importação ou exportação, proteção e confidencialidade das informações, reciprocidade, uso ou divulgação não autorizados e a possibilidade de manutenção de acordos bilaterais e regionais, como tópicos, outrossim, de vital importância para a consecução do AFC.

A Seção II apresenta as Disposições de Tratamento Especial e Diferenciado para Países em Desenvolvimento, Membros, e de Menor Desenvolvimento Relativo e encerra os artigos 13 a 22, abrangendo prazos, formas e condutas a serem aplicadas e adotadas pelos países desenvolvidos de menor desenvolvimento, para implementação do AFC, inclusive com a categorização dos membros, consoante a sua capacidade técnica de adesão ao Acordo.

Por fim, a Seção III referente as Disposições Institucionais e Finais contém apenas dois artigos: o 23 e o 24. O artigo 23 cria, de forma salutar, um Comitê de Facilitação do Comércio, com a finalidade de proporcionar aos membros a oportunidade de realizar consultas sobre qualquer matéria relacionada ao funcionamento do Acordo, predizendo ainda, que o Comitê examinará o funcionamento e implementação do presente Acordo, quatro anos após sua entrada em vigor, e periodicamente, a partir de então.

O artigo 24, relativo as Disposições Finais, preconiza, entre outras determinações, que todas as disposições do presente Acordo são vinculantes para todos os membros, e que os membros de uma união aduaneira ou de um arranjo econômico regional poderão adotar abordagens regionais que auxiliem na implementação de suas obrigações, nos termos do Acordo, inclusive pelo estabelecimento e utilização de órgãos regionais. Sem prejuízo da nota interpretativa geral do Anexo 1A do Acordo Constitutivo da OMC,



nada será interpretado no sentido de limitar as obrigações dos Membros no âmbito do GATT 1994, ou será interpretado no sentido de depreciar os direitos e obrigações dos Membros no âmbito do Acordo sobre Barreiras Técnicas ao Comércio e do Acordo sobre a Aplicação de Medidas Sanitárias e Fitossanitárias; todas as exceções e isenções no âmbito do GATT 1994 aplicam-se aos dispositivos do presente Acordo; renúncias e derrogações aplicáveis ao GATT 1994 ou a qualquer parte dele, concedidas de acordo com os parágrafos 3º e 4º do Artigo IX, do Acordo OMC e as suas eventuais alterações, a partir da data de entrada em vigor do presente Acordo, aplicam-se aos dispositivos do presente Acordo; os dispositivos dos Artigos XXII e XXIII do GATT 1994, tal como definidos e aplicados pelo Entendimento sobre Solução de Controvérsias, serão aplicados às consultas e à solução de controvérsias no âmbito do presente Acordo, salvo disposto em contrário, expressamente, no presente Acordo; e não poderão ser feitas reservas em relação a qualquer das disciplinas do presente Acordo sem o consentimento dos demais Membros.

Assim, o AFC contempla medidas para modernizar a administração aduaneira, simplificar e agilizar os procedimentos de comércio exterior, além de possibilitar a cooperação entre os membros na prevenção e combate a delitos, bem como, no oferecimento de assistência técnica, capacitação e tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento e de menor desenvolvimento relativo, promovendo a negociação de um Acordo voltado para a superação de barreiras administrativas ao comércio.

Dessa forma, quando estiver, efetivamente, em vigor, o AFC será importante para o crescimento da economia mundial, possibilitando o crescimento dos menos desenvolvidos e dos países em desenvolvimento, tornando-se imperioso apresentar quais são as perspectivas para a economia mundial do AFC.

[Ir para o índice](#)

3. O ACORDO DE FACILITAÇÃO DO COMÉRCIO (AFC) E SUA PERSPECTIVA PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO MUNDIAL

O AFC vem de encontro a ideia de que, efetivamente, o comércio internacional representa uma das principais fontes de crescimento econômico mundial, sendo que, a despeito da recente crise financeira, o volume das trocas comerciais mantém substanciais taxas de expansão. A OMC, por sua vez, possui dados que indicam que o intercâmbio global de mercadorias, compreendendo bens manufaturados, produtos agrícolas, combustíveis e minerais, atingiu em 2014 o valor de US\$ 19 trilhões, quase o quádruplo dos US\$ 5,2 trilhões registrados em 2005. Entre 2010 e 2014, observou-se uma expressiva taxa anual média de crescimento de 3,5% nas exportações, contra apenas 2,5% no PIB mundial. Assim, as medidas que contribuam para o fortalecimento do comércio internacional são bem-vindas, sendo o Acordo de Facilitação de Comércio um instrumento de grande valia para o desenvolvimento dos países aderentes ao acordo.

Buscando a formação do AFC, houve um consenso entre os Membros da OMC que procedimentos e métodos administrativos aduaneiros complexos, demasiadamente, burocráticos e com pouca transparência podem prejudicar operações de comércio internacional, afetando o chamado “livre comércio”, um dos pilares da OMC. Para tanto, o AFC abrangeu negociações sobre barreiras tarifárias, que envolvem a redução dos impostos incidentes sobre produtos importados, e barreiras extra-tarifárias, se tornando esses os principais empecilhos para a livre circulação de mercadorias, que como foi bem definido, por lição extraída de artigo publicado por Pugliesi⁵, a livre circulação de mercadorias só pode ser alcançada:

5 PUGLIESI, Fabio. A livre circulação de mercadorias no MERCOSUL. In: BAPTISTA, Luiz Otávio; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. **MERCOSUL: das negociações à implantação**. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1998. p. 176-177.



Mediante a eliminação das barreiras tarifárias e extra-tarifárias. A primeira pode ser alcançada mediante a redução progressiva até a eliminação das tarifas para as operações de exportação e importação de produtos originários dos países signatários de determinado tratado.

Existem estimativas consistentes da OMC e dados do Banco Mundial e da OCDE⁶ de que o AFC pode reduzir os custos comerciais entre US\$ 350 bilhões e US\$ 1 trilhão, além de gerar um aumento de US\$ 33 bilhões a US\$ 100 bilhões, nas exportações globais anuais e de US\$ 67 bilhões, no PIB global.

Huffbauer e Schott⁷ ressaltam que o aumento estimado de US\$ 950 bilhões no comércio bilateral, resultante da adoção de medidas significativas de facilitação de comércio resultaria em um aumento de, aproximadamente, US\$ 440 bilhões no PIB. Para os países em desenvolvimento, o aumento estimado de US\$ 1 trilhão no comércio bilateral resultaria em um aumento de US\$ 520 bilhões no PIB. No total, a expansão potencial do comércio, decorrente de um acordo abrangente de facilitação poderia se traduzir em um aumento de US\$ 960 bilhões, por ano, no PIB global.

De fato, a aplicação do Acordo concederá aos exportadores, previamente, ao desembarque, acesso mais desimpedido de informações sobre procedimentos de trânsito, tributos e encargos, classificação de mercadorias e restrições de importação, nos países de destino, elementos nem sempre disponíveis em todos os países. Destacam-se, ainda, medidas de proteção dos exportadores, como o direito ao recurso de

6 OECD, WTO, UNCTAD. Implications of Global Value Chains for trade, investment, development and jobs. Saint Petersburg, 2013, p. 7. Disponível em: <http://www.oecd.org/trade/G20-Global-Value-Chains-2013.pdf>. Acesso em: 2 maio 2016.

7 HUFFBAUER, G.; SCHOTT, J. **The payoff from the World Trade Agenda**. Washington: Instituto Petersen, 2013.

decisões de alfândegas estrangeiras. Na mesma direção está o preceito de que os tributos e encargos aduaneiros só podem ser cobrados em um valor proporcional ao serviço prestado, reduzindo, assim, as cobranças desproporcionais e abusivas. Especialmente relevantes para a economia mundial são os dispositivos voltados para a redução da burocracia, nas operações de comércio exterior, como os que preconizam um desembaraço aduaneiro, mais rápido e mais barato, e inclusive a possibilidade de desembaraço aduaneiro pré-desembarque.

Assim, todas essas perspectivas, quando implementadas, serão de grande valia para o desenvolvimento da economia mundial, pois, inexistente dúvida de que o desenvolvimento do comércio internacional é uma oportunidade de crescimento econômico. A União Europeia, por exemplo, vem atuando em busca de negociar acordos de comércio e investimento com seus parceiros comerciais, como os Estados Unidos da América, através da Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (PTCI), além de negociações envolvendo um acordo comercial entre a União Europeia e o Mercosul, apesar da grande resistência de alguns países europeus, em razão de seus produtos agrícolas.

Os Estados Unidos, por outro lado, através do TPP (Trans Pacific Partnership), com mais 11 países, incluindo duas potências, o Japão e o Canadá, dentre outras medidas, buscam uma integração econômica entre si, ante a eliminação ou redução de tarifas e outras barreiras à circulação de bens, serviços e investimentos. Dessa forma, os países percebem que o desenvolvimento econômico se dá pelas atividades de comércio internacional e a sua facilitação impulsionará suas economias.



CONCLUSÃO

Procurou-se demonstrar que os Estados devem ter como um de seus objetivos fundamentais, o desenvolvimento econômico, tendo como uma das suas bandeiras, o intercâmbio de mercadorias, pois, as relações comerciais internacionais, estão cada vez mais amplas e transfronteiriças, sendo incabível se falar em políticas de comércio internacional, sem pensar em um todo, em que as partes discutam e estabeleçam resoluções razoáveis e de prática factível para o tão desejado crescimento econômico, social e político.

Por esse ponto de vista, existe a necessidade, inicialmente, da construção de um sistema no qual liberdade não seja confundida com libertinagem, e que regras ordinárias de lealdade comercial sejam respeitadas, sendo este, como bem expressou Kiss,⁸ ao falar da construção do direito internacional sobre “a percepção da necessidade de regulação e a convergência de valores comuns, que tornam essa regulação desejável e em seguida aceitável”.

Desta feita, surge/aparece a OMC como uma Organização Internacional responsável por essa regulação, acreditando que, tal regulação não é burocrática, dispendiosa, morosa e nem inalcançável. Acredita-se que a facilitação do comércio é o meio para que o comércio internacional se desenvolva, em respeito a um de seus primeiros fins traçados, quando de sua constituição: instituir o Acordo de Facilitação de Comércio a ser adotado por todos os seus membros.

⁸ KISS, Alexandre. Emergence des principes généraux de droit international et d’une politique internationale de l’environnement. In: RENS, I.. **Le droit international face à l’éthique et à la politique de l’environnement**. Genève: Coll. “sebes”, 1996. p. 19-35.

Assim, depois de criado um mecanismo (AFC) capaz de aumentar o comércio internacional, que nasceu para os Estados membros da OMC se adequarem, de forma célere, às normas ali presentes, respeitando, obviamente, a sua soberania, e precipuamente, confiando que a facilitação da livre circulação de mercadorias, a AFC torna-se uma mola propulsora do desenvolvimento econômico.

REFERÊNCIAS

ACORDO DE FACILITAÇÃO DO COMÉRCIO. SÍTIO OFICIAL ELETRÔNICO DO AFC. Disponível em: <http://www.tfafacility.org/>. Acesso em: 02 maio 2016.

BARRAL, Welber Oliveira. **O Comércio Internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SÍTIO ELETRÔNICO DA COMISSÃO EUROPEIA. Disponível em: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/International_trade_in_goods/pt. Acesso em: 02 maio 2016.

HUFFBAUER, G.; SCHOTT, J. **The payoff from the World Trade Agenda**. Washington: Instituto Petersen, 2013.

KISS, Alexandre. Emergence des principes généraux de droit international et d'une politique internationale de l'environnement. *In*: RENS, I.. **Le droit international face à l'éthique et à la politique de l'environnement**. Genève: Coll. "sebes", 1996, p. 19-35.

OMC. **SÍTIO ELETRÔNICO OFICIAL DA OMC**. Disponível em: https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/what_stand_for_f.htm. Acesso em: 05 maio 2016.



PUGLIESI, Fabio. A livre circulação de mercadorias no MERCOSUL. *In*: BAPTISTA, Luiz Otávio; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. **MERCOSUL**: das negociações à implantação. 2. ed. São Paulo: Ltr, 1998. p. 176-177.

THORSTENSEN, Vera. **OMC - Organização Mundial do Comércio**: As regras do comércio internacional e rodada do milênio. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

[Ir para o índice](#)

The environmental crisis as a mutational period, from the mental-rational limits of the material growth to a new integral a-perspectival paradigm

La crisis ambiental como un período mutacional, entre los límites de crecimiento como resultado del paradigma racional y el emerger de un paradigma integral

JUAN PABLO BELLENE ARENA

Resumen

La crisis ambiental como la punta del iceberg de una problemática más compleja y profunda. Los límites del crecimiento como manifestación de las deficiencias del paradigma dominante, una expresión de la crisis de conciencia humana que se reproducen a escala global y cuyas consecuencias se ven reflejadas en los más diversos ámbitos, entre ellos: la base del razonamiento jurídico en el ámbito del derecho ambiental. Situada dentro de la filosofía del derecho, el eje de la investigación se



orienta en demostrar que la superación de la crisis ambiental conlleva en sí mismo la mutación o cambio de paradigma, el emerger de un nuevo paradigma, al cual puede llamarse *Integral* conforme la tesis de *Jean Gebser*, o *cosmovisión cosmoteándrica* en palabras de *R. Panikkar*. Una nueva forma holística, integral, o cosmoteándrica, de razonamiento jurídico que alcanza al derecho como ciencia y al jurista como hombre.

Palabras-chave: Cambio de Paradigma. Cosmovisión Integral. Evolución de conciencia, jurista y derecho holístico.

INTRODUCTION

This essay is intended to demonstrate that the current environmental crisis is consequence of the contemporary paradigm, which conceives reality merely according to a mental-rational structure. While at the same time, this crisis configures a mutational period towards the emergence of a new paradigm¹. The general purpose of this paper focuses on the contemporary in-

1 This paper follows the thesis of Jean Gebser, according to whom human's evolution is centered on a mutation of consciousness structures which evolve from an ever present-origin. The ever present-origin may be described as a spiritual welfare, an essential guide-contention from which all springs, but it is that which springs forth itself. The structures represent the way to understand the Universe during a certain period towards the mutation of a new understanding which shall integrate the prior one. The structure of consciousness may be also called "paradigm". Gebser saw throughout history traces of collapse, which he called "deficiency", and emergence or "efficiency", of various structures of consciousness. Every structure of consciousness entails a deficiency stage, which is always consequence of a lack of moderation, the deficiency stage operates as a mutation towards the emergence of a new efficient structure contributing to the human's evolution. According to Gebser in the history of the consciousness's evolution, the prior mutation evolved from a mythical structure, characterized as a *pre-perspectival*, two-dimensional structure symbolized by the circle and characterized by cyclical time (*kairos*), into the contemporary mental-rational structure. See, GEBSER Jean (2011). "The Ever-Present Origin". Spanish version. Origen y presente. Primera edición. Girona. España: Editorial Atalanta, S.L. This historical moment is called Axial point; see, JASPERS, Karl (1949) "Vom Ursprung und Ziel der Geschichte" (*The Origin and Goal of History*).

ternational legal system, which has been built according to a mental-rational perspectival paradigm, and its mutation towards an integral a-perspectival² system, which may serve as an efficient frame able to support the subjective integral development of humanity. At this point, it is important to make clear that this paper is not a criticism of the contemporary mental-rational legal system; on the contrary, it has been useful to approach the mutational period towards the emergence of a new integral system. In particular, the purpose of this paper is to build a connection, a bridge, between the deficiencies of the contemporary legal system and the efficiency of a new integral one; this bridge is at the same time a connection between the deficiency of the dominant mental-rational paradigm to overcome the environmental-human crisis, and the mutation towards the efficiency of a new integral a-perspectival paradigm. In order to demonstrate the intended hypothesis, I shall probe: first, that the environmental crisis, represented by the limits of material growth, is a consequence of the deficiencies involved by conceiving the world according to a merely mental-rational perspective; secondly, the connection between the deficiencies of the mental-rational system and its mutation towards a new-integral one. To demonstrate this I will take as specific object of analysis the idea of sustainable development, which represents both: on the one hand, from the point of view of the deficiencies of the contemporary system, the sustainable development is the neuralgic point of the international environmental laws, and as a consequence it represents also the deficiencies of the mental-rational paradigm; on the other hand,

2 The term integral-aperspetival refers to a pluralistic or multiple-perspectives view. “*Aperspectival*” means that no single perspective is privileged; contrasted the integral-*aperspectival* cognition with formal rational, this last one is also called “perspectival reason” and it tends to take a single, monological perspective and view of reality. Where perspectival reason privileges the exclusive perspective of the particular subject, the *aperspectival* adds up all the perspectives, the multiple contexts in a fluid holing and multidimensional tapestry. at 167. WILBER KEN. (2000) “Integral Psychology”. Shambala Publications, Inc. Horticultural Hall 300 boston, Massachusetts.



from the point of view of the mutation towards a new integral system, the sustainable development manifests a subjective inner-human wish to achieve a secure and permanent welfare, which may be also called as an original guide-contention, or “*Ever present-origin*” by the words of Jean Gebser. On this sense, the essence and efficiency of the new paradigm lays on the development of the subjective *integral-a perspectival* welfare capable to reach beyond the limits of the material growth.

1. THE ENVIRONMENTAL CRISIS AS A MUTATIONAL PERIOD

Following with the thesis; a crisis is a mutational period to the emergence of a new paradigm. The mutational period always characterized by two facts: first, on the one hand is the awareness about the deficiencies and the consequences involved by conceiving the world according to the dominant paradigm; secondly, on the other hand is the resistance against the mutation towards the new paradigm. Below, I will probe these two facts on the contemporary mental-rational paradigm, facts which are reflected on the environmental crisis.

1.1. Mutational Period, first fact: The deficiencies of the mental-rational structure: objective-measurable and subjective-unmeasurable

1.1.1 The objective-measurable deficiency, the limits of material growth and the anthropocentric awareness about the danger of mankind’s self-destruction

The mental structure, which on its efficient stage, had provided to the individual of the power of creation projecting himself through the directed

thought-action out of the boundaries of the complementary mythical circle³; it derives in a second moment into its deficiency stage as a consequence of the lack of moderation, an excessive projection of the individual directed-thought action. The mental structure on its deficiency stage is called by Gebser mental-rational structure, the excess provokes the duality between the individual in opposition with the world, this abstraction of reality provokes at the same time an illusion of “disconnection” from the “Ever-present origin”, which carries within itself the deficiency of the contemporary structure; because, in the mythical structure, even at its deficiency stage, the “*Ever-present origin*”, the guidance-contention was still present-manifested on the circle of complementary polarities; but once the individual has reached out of the circle in the mental paradigm, as a consequence of the lack of moderation, the mental-rational individual pretends to have achieved a complete power and independence beyond Nature. On the mental-rational structure the “*Ever-present origin*”, which confers guidance-contention is replaced by the projection of the individual directed-thought action onto a separated material world to be conquered in a chronological abstract ti-

3 According to Gebser the mental paradigm characterized as a *perspectival*, three-dimensional, symbolized by the triangle and characterized by chronological-linear time. The mutation from the mythical to the mental structure was triggered by the individual’s awareness of the deficiencies stated by conceiving reality according to a circle of complementary polarities. As historical example of this Gebser mentioned the Greek Amphitheater in which the “*individual-personae*” was “caught”, only able to recognize himself against the voice of the “*choir*” as an echo of the voices of the Gods. This awareness of the individual deficiencies involved by conceiving reality according to a mythical structure operated the mutation towards the efficiency of the mental structure of consciousness. The mental structure is centered on the **individual directed-thought action**, which lets the individual get out of the complementary circle by the entails of a new “rhythm” (with MOZART breaks a new perception of time. See, GEBSER Jean; at 168) based on a chronological-lineal-time, conferring at the same time the necessary space where the individual may project and display his own power of creation. See GEBSER Jean (2011). “The Ever-Present Origin”. Spanish version. Origen y presente. Primera edición. Girona. España: Editorial Atalanta, S.L



meline; time is related to space, and so, the individual loses his sense of the present. The mental-rational individual can only recognize himself on his directed thought-action projected on the material world to be achieving on an illusory future; the individual depends on the material world in order to find guidance and contention. Therefore, at the same time that the individual directed-thought action pretends to be gaining independence projecting and recognizing himself onto a material world, what is actually happening is that the individual is getting an illusion of disconnection from the ever present-origin, as far as the matter been depleted. Thus, as far as the individual pretends to gain independence by the conquest of the objective world, indeed the mental-rational structure becomes silently and invisibly deficient by the depletion of matter. As a consequence of this illusory abstraction of time and space provoked by the excessive projection of the individual directed-thought action, the individual isolated on an illusory independence⁴ alienated by the constant search of matter, the alienation turns the individual power of creation into a power of self-frustration⁵ and self-destruction. As a confirmation of this fact, the mental-rational paradigm assumes its own objective deficiency by the 1972 publication "*The limits to*

4 [...] "*nothing is by itself, but everything is merely a consequence... we do not know where it leads*" GEBSER, Jean. at 172. See also: "*Non participation of reality*" on BERMAN Morris (1987). "*The Reenchantment of the World*". at 11. BARFIELD Owen (2015). See also: "*Saving the Appearances: A Study in Idolatry*". Spanish version: "*Salvando las apariencias. Un estudio de la idolatría*". Editorial Atalanta. Girona. España. at. 17 y 18.

5 "*The real reason why human life can be so utterly exasperating and frustrating is not because there are facts called death, pain, fear, or hunger. The madness of the thing is that when such facts are present, we circle, buzz, writhe, and whirl, trying to get the "I" out of the experience. We pretend that we are amoebas, and try to protect ourselves from life by splitting in two. **Sanity, wholeness, and integration lie in the realization that we are not divided, that man and his present experience are one, and that no separate "I" or mind can be found.***" WATTS Alan W. (2007). "*The Wisdom of Insecurity. A Message for an Age of Anxiety*". Spanish versión. "*Mensaje para una era de ansiedad. La sabiduría de la incertidumbre*". Editorial Kairos. Barcelona, España. At 48.

*growth*⁶, as well as in 1992 by the “World Scientists’ Warning to Humanity”⁷, which provokes an individual-social awareness, a “call of consciousness” about the danger of mankind’s self-destruction. Although this awareness is still an anthropocentric objective warning, it contributes to the mutation towards the emergence of a new paradigm⁸.

1.1.2 The subjective-unmeasurable deficiency as the real cause beneath the environmental crisis

As it was said before; the duality and opposition between the individual and the material world is a characteristic of the mental-rational paradigm, which lies on “perspective” and “fixation”; this perspective separates and fixes on the one hand what is observed, and on the other hand the observer. This opposition produces at the same time a clash between

6 “The limits to growth”. A report for the club of Rome’s project on the predicament of mankind”. (1972). Donella H. Meadows, Dennis L. Meadows, Jorgen Randers and William W. Behrens III, *Limits to Growth*, New York: New American Library. “A point has been reached in history when we must shape our actions throughout the world with a more prudent care for their environmental consequences. Through ignorance or indifference we can do massive and irreversible harm to the earthly environment on which our life and well being depend...” To defend and improve the human environment for present and **future** generations has become an imperative goal for mankind—a goal to be pursued together with, and in harmony with, the established and fundamental goals of peace and of worldwide economic and social development”. United Nations Conference on the Human Environment. June 5–16 1972. “Our Common Future. The Brundtland Report”.(1987)United Nations World Commission on Environment and Development (WCED).<http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm>.

7 World Scientists’ Warning to Humanity (1992). Some 1,700 of the world’s leading scientists, including the majority of Nobel laureates in the sciences, issued this appeal in November 1992. At: http://www.ucsusa.org/about/1992-world-scientists.html#_VqYRMDZ3ZEQ.

8 JARIA i MANZANO (2015). El constitucionalismo de la escasez (derechos, justicia y sostenibilidad). Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, núm. 30. At. 295-349. BOSELTMANN Klaus (2008). The Principle of Sustainability. Transforming law and governance. Ashgate publishing company, Burlington USA.



what is considered objective-measurable and what is considered subjective-unmeasurable. On this sense the deficiency of the mental-rational paradigm is like an iceberg; on the surface, it appears the objective-measurable, which is confirmed by the 1972 publication "*The Limits to growth*", but the real cause beneath is that the world as an "objective-tangible" geometry is measurably insufficient to satisfy the subjective-unmeasurable "sum" of the individual directed thought-action projected on the material world, in order to find guidance and contention. The real reason of the current environmental crisis, caused by the lack of moderation of the individual directed thought-action projected on the conquest of the matter, is actually this subjective-unmeasurable deficiency, which is represented in the surface by the objective-measurable deficiency manifested on the limits of material growth, but which veritably lays on the permanent subjective search for original guidance and contention.

1.2. Mutational period, second fact: Sustainable development as a sign of resistance⁹ of the mental-rational structure against the new integral a-perspectival paradigm

The idea of sustainable development represents the deficiencies of the actual environmental legal system as well as the resistance of the mental-rational structure against the emergence towards a new

9 According to Gebser the emergence of a new structure of consciousness is revealed on the immediate **resistance** of the dominant structure of consciousness against the mutation to the new paradigm; this resistance responds according to Gebser to a completely and predicably fear to perish, as well as an assuage of self-preservation mode. This resistance is the attempt of a dominant deficient paradigm to understand the mutation and the pretention to solve the deficiencies by its own terms and by its own structure, providing on this way a feeling of control and a security of an endless continuity. GEBSER, Jean (2011), at 72. *Resistance* is an own sign present on every shift of *consciousness's* structures". See, GEBSER, Jean; at 131.

integral a-perspectival system. The material sustainable development is an attempt of the mental-rational paradigm to solve its deficiencies, which are reflected on the environmental crisis, according to its own objective-measurable perspectival logic; in other words, the concept of sustainable development is an attempt of self-preservation mode of the mental-rational paradigm. To make this point clear it is necessary to remember that the mental-rational structure produces a duality between what is considered the objective-measurable and the subjective-unmeasurable. On the one hand the objective-measurable is controllable and predictable by the mental-rational paradigm, on the other hand the subjective-unmeasurable is not. So, the deficiencies of the mental-rational structure of consciousness, reflected through the idea of a material sustainable development are also embodied of this duality: on the surface, a material-objective deficiency, the measurable limits of material growth; on the depths, when matters is exhausted, the subjective-unmeasurable deficiency becomes visible. Because, when the objective-measurable limits are confirmed by the limits of the material growth, the “sum” of the subjective immeasurable individuals directed thought-actions projected on the material world cannot be satisfied; the original guidance and contention cannot be found in the material world anymore, so the individual’s pretended independence which was projected on the material development becomes visibly an illusion. It is the awareness about the material limits which makes the illusion visible; the individual, whom until this moment had been secure¹⁰ projecting and identifying himself finding guidance and contention in a “future matter to be achieved”, becomes aware of it in 1972 when

10 To be secure means to isolate and fortify the “I,” but it is just the feeling of being an isolated “I” which makes me feel lonely and afraid. In other words, the more security I can get, the more I shall want. WATTS Alan W. (2007). At 48.



science says that matter is exhausted. Time is related to space, then what the limits of material growth also manifest is: “time runs out”; in this sense sustainable development is a race against time, an unhappy ephemeral synthesis which confirms the deficiency as well as makes visible that the mental-rational paradigm is a labyrinth from which one cannot get out. The sustainable development as a product of the mental-rational paradigm ignores the subjective-unmeasurable deficiency, it pretends to solve the environmental crisis by terms of its own objective-measurable rational perspective. The reason of this ignorance is that the mental-rational paradigm can survive only as far as the world is objective and it can be measurable apprehended; on this sense the limits of material growth is indeed the limit of the mental-rational paradigm, which pretends to overcome its deficiencies only by the terms of an objective-material sustainable development. Therefore, the ignorance is actually resistance; because the underline idea of the sustainable development manifest the pretention to make the mutation towards the new paradigm controllable understood¹¹ according to its own objective-measurable logic, it represents so the anthropocentrically¹² resistance, the self preservation mode of the dominant mental-rational structure against the emergence of a new a-perspectival paradigm on which the subjective-unmeasurable may be also a-perspectival integrated.

11 The 1972 publication “*The limits to Growth*” put it in these words: “join us in understanding and preparing for a period of great transition— the transition from growth to global equilibrium”.

12 TARNAS, Richard (1991). “*The Passion of the Western Mind*”. “*La pasión de la mente occidental*”. Spanish version. Second edition. Girona. España: Editorial Atalanta; from page 285 to 409. TARNAS Richard.(2009). “*Cosmos and Psyche: Intimations of a New World View*”. “*Cosmos y psique. Indicios para una nueva visión del mundo*”. Spanish version. Editorial Atalanta, S. L. Girona. España. At 71.

2. SUSTAINABLE DEVELOPMENT, AN INVISIBLE BRIDGE FROM THE LIMITS OF MATERIAL GROWTH TO THE DEVELOPMENT OF THE SUBJECTIVE INTEGRAL WELFARE

However the idea of a sustainable development may appear, even under a mental-rational critical analysis, as an oxymoron¹³; it is possible to say that on the apparently contradiction of this idea, actually lays an invisible connection between the measurable-material limits of the perspectival mental-rational structure and the mutation towards an a-perspectival one, which shall integrate the mental-rational paradigm into a new one. On the one hand the idea of a sustainable-material development is a deficient answer of the mental-rational paradigm to solve the limits of material growth, whereas this idea is needed for the survival of the dominant paradigm. On the other hand, the idea of pretending to achieve a permanent limitless development manifest the mutation towards an integral paradigm, it is on this sense that I consider that the idea of sustainable development actually lays an invisible bridge between the deficiencies of the nowadays dominant mental-rational paradigm represented by the limits of material growth, and the connection to the emerge of a new integral system able to support and contribute to the development of the subjective-unmeasurable qualities of humankind. The idea of sustainable development discloses the bridge; the limitations of the dominant paradigm to provide guidance and contention works as the connection to the emerge of the efficiency of a new a-perspectival structure on which the mental-rational paradigm might be integrated in support to the develo-

¹³ Time and space are related, the depletion of matter is also the depletion of time. Sustainable development is a race against time, a dialectical labyrinth on which the thesis of continuous material development against the antithesis of timetable sustainability are unable to find a happy lasting synthesis.



ment of the subjective. The integral paradigm overcomes the material limits caused by the duality and the opposition between the individual and the world, the integral development is focused not merely on the objective but also in the subjective, which is limitless.

CONCLUSION

“And the day came when the risk to remain tight in a bud was more painful than the risk it took to blossom”.

Anais Nĭn

The idea of a sustainable material development, as the mental-rational answer to the limits of material growth, is clearly ineffective because the matter itself is unable to provide the subjective guidance and contention, the matter is unable to replace the “Ever present-origin”. The deficiency of the mental-rational structure tries in vain to fulfill the individual subjective search of guide and contention (ever-present origin) by means of measurable matter, which is impossible. This is the crux of the human-environmental crisis, the objective-measurable natural resources are limited but the subjective individual directed-action projected on the material world might be unlimited (as example: the lust for power)¹⁴. So the concept of sustainable development is an oxymoron, a contradiction itself, because it is impossible to satisfy the unlimited with the limited. However, the apparent contradiction of a material sustainable development it is bearded

¹⁴ “The world has enough for everyone’s need, but not enough for everyone’s greed.” Mahatma Gandhi.

also the essence of the new coming paradigm; the idea exposes but a link between the objective measurable and the subjective immensurable; the dominant paradigm, *“the tight bud”*, bears the seed for the emergence of the new a-perspectival integral paradigm, *“the blossom of the flower”*. The environmental crisis configures actually a mutational period; on this sense, if the objective material development has limits, the subjective development is ocean’s depth, limitless, (as examples: love, cooperation and compassion). From this point of view the idea of sustainable development manifest an unexpressed wish to achieve a secure permanent welfare, an endless time-space on which to develop the subjective-unmeasurable qualities (may be also described as the expansion of the spiritual human values) that confers at the same time permanent guidance and contention. The only possible limitless sustainable development is subjective, so the emerging of the new paradigm requires the mutation of the old objective-measurable predictable and controllable future, as well as the mutation of duality and the individual as someone separated from the universe. Considering all the above the juridical system should open to a leap of consciousness in order to be able to serve as a frame-support of the emergence of an integral a-perspectival paradigm based on the development of the subjective-unmeasurable welfare.



A inserção do princípio da concorrência na contratação pública: melhoria do bem-estar social e maior eficiência do Estado

The insertion of the principle of competition in public procurement: the improvement of the social welfare and a greater efficiency of the state

RUTH M. P. SANTOS
RENATA MENEZES

Resumo

O presente trabalho versa sobre a relação entre o direito da concorrência e os contratos públicos, a partir da inserção do princípio da concorrência no direito dos contratos públicos. Busca-se alcançar um processo licitatório eficiente para o Estado, com o alcance do bem-estar social. Ademais, a crescente cartelização dos contratos públicos tem sido uma preocupação mundial, tendo em vista o aumento dessa prática anticoncorrencial. É necessário, portanto, acompanhar a modificação da contratação pública, que parte da vertente global para a nacional, a partir do Princípio da Concorrência. Esse princípio é a ligação valorativa entre o di-

[Ir para o índice](#)

reito dos contratos públicos e o direito concorrencial, por meio do seu reconhecimento como norma standard global. Nesse sentido, apresenta-se e verifica-se o cenário licitatório brasileiro, que possui inúmeras falhas, que levam a fraudes, e conseqüentemente, a corrupção, razão pela qual se mostra necessário, alterar a lógica normativa existente, para inserir o Princípio da concorrência nos contratos públicos, como se verifica nas diretivas europeias de contratação pública.

Palavras-chave: Contratação Pública. Direito da Concorrência. Princípio da Concorrência. Cartel.

Abstract

The present work deals with the relationship between competition law and public contracts from the insertion of the principle of competition to public procurement law. It seeks to achieve an efficient bidding process for the State, with the achievement of social welfare. In addition, the growing cartelization of public procurement has been a worldwide concern, in view of the increase in this anticompetitive practice. It is therefore necessary to accompany the modification of public procurement, which starts from to global from to national, starting from the Competition Principle. This principle is the evaluative link between public procurement law and competition law, through its recognition as a global standard. In this sense, we present the Brazilian bidding scenario, which has numerous statements, which lead to fraud, and consequently, to corruption, a reason that proves necessary, to change the existing normative logic, to insert the principle of competition in public procurement, as it is verified in the European Directives of public procurement.



Keywords: *Public Procurement. Competition Law. Principle of Competition. Cartel.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da necessidade de inserção do princípio da concorrência nos contratos públicos, porque não se pode mais vislumbrar um processo de contratação pública alheio as normas globais, existentes, diante da crescente cartelização e ocorrência de práticas abusivas na concorrência dos contratos públicos, que tem levado à baixa eficiência dos serviços públicos e a queda do bem-estar social, logo, resultando na insatisfação do cidadão com o Estado.

O contexto global enseja uma modificação dos paradigmas no direito dos contratos públicos e no direito da concorrência. Desse modo, passa-se a ter uma preocupação com a eficiência da contratação pública, no que se refere às práticas anticoncorrenciais ocorridas no processo licitatório, não apenas na concorrência pautada na igualdade de participação. Nesse sentido, o princípio da concorrência, incorporado na ótica global, como uma norma *standard* vai possibilitar a alteração dos procedimentos administrativos dos contratos públicos, a fim de inserir sanções concorrenciais, direcionadas aos abusos concorrenciais.

Para tanto, o presente trabalho foi dividido em três partes: a inserção do princípio da concorrência na contratação pública, o reconhecimento do princípio da concorrência na esfera global e aplicabilidade, no direito europeu dos contratos públicos, e a contratação pública brasileira, diante da necessidade de incorporação dos padrões normativos globais.

[Ir para o índice](#)

No primeiro tópico, tratou-se da possibilidade de correlação dos domínios: direito dos contratos públicos e direito da concorrência, associados ao princípio da concorrência. Na segunda parte, demonstrou-se que a ligação valorativa entre a contratação pública e o direito da concorrência se torna possível, a partir do reconhecimento do padrão global normativo do princípio da concorrência, que assume um papel regulatório entre os dois ramos do direito, servindo de exemplo para tal, o direito dos contratos públicos europeu. Por fim, apresenta-se o cenário licitatório brasileiro e a necessidade de alteração da lógica normativa existente.

1. INSERÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA NA CONTRATAÇÃO PÚBLICA

O estudo da contratação pública tem se alterado muito e ganhado relevância na esfera global/internacional, refletindo diretamente na modificação do direito nacional dos contratos públicos. Isso ocorre em virtude da expansão das relações administrativas para além das fronteiras internas. Nessa perspectiva, se faz necessário vislumbrar os contratos públicos, a partir de uma ótica internacional e europeia, a fim de se adequar às necessidades de um mundo globalizado.

Portanto, quando se observa uma contratação pública, sob o prisma do direito internacional e europeu, encontra-se um ponto de convergência necessário para o desenvolvimento da eficiência dos processos licitatórios, seja no Brasil ou no restante do mundo. A globalização dos contratos públicos leva à discussão da inserção do direito concorrencial, por meio do princípio da concorrência, nas normas de contratação pública, o que significa dizer que as normas de contratos públicos devem garantir a concorrência do ponto de vista dos procedimentos inter-



nos de licitação, bem como, os efeitos externos dos comportamentos das empresas e da própria entidade adjudicante.

O Estado e as entidades adjudicantes devem ter um comportamento proativo no que concerne a defesa da concorrência, no direito dos contratos públicos, a fim de evitar -distorções no mercado de compras públicas e combater as práticas anticoncorrenciais em concursos públicos. Justifica-se dizer que a própria lei de licitações/adjudicações e o comportamento da entidade adjudicante podem promover a cartelização dos contratos públicos. Para tanto, se faz necessário criar sanções específicas e rigorosas para as empresas que participam de conluio nos contratos públicos¹.

Essa mudança de paradigma, que ainda caminha a passos lentos, se tornou possível em virtude do direito internacional, que tem alterando tanto o direito dos contratos públicos, quanto o direito concorrencial. Os tratados trazem direitos e obrigações internacionais, que devem ser implementadas no direito interno, como o Acordo Plurilateral de Contratos Públicos da Organização Mundial do Comércio (OMC). Além das diretrizes ou *guidelines* fornecidas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que tem influenciado os seus membros, para avaliar as suas normas de contratação pública e o impacto das práticas anticoncorrenciais entre os licitantes, a fim de que os países revisem as suas leis nacionais, a favor da concorrência².

1 GRAELLS, Albert Sanchez. Public Procurement and Competition: Some Challenges Arising from Recent Developments in EU Public Procurement Law. *In.*: BOVIS, C. (ed.). *Research Handbook on European Public Procurement*, Forthcoming. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2206502>. Acesso em: 6 jul. 2016, p. 3.

2 GRAELLS, Albert Sanchez. Competition Law and Public Procurement. *In.*: Forthcoming in J Galloway (ed), *Intersections of Antitrust: Policy and Regulations* (Oxford, OUP, 2016). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2643763>. Acesso em: 6 jul. 2016, p. 6.

Diante disso, é necessário observar o princípio da concorrência, que adota duas vertentes: uma para a regulação da contratação pública e outra para a regulação da concorrência³. A partir da regulação da concorrência nos contratos públicos, se torna possível a aplicabilidade das sanções às práticas anticoncorrenciais, aumentando a consciência das entidades adjudicantes sobre as implicações da concorrência nos contratos públicos, bem como, estimularia o desenvolvimento de uma prática licitatória, mais orientada para a competição⁴.

O princípio da concorrência na regulação econômica tem por objetivo a proteção ou a tutela da concorrência no mercado, ou seja, é a segurança de que o mercado de contratos públicos funcionará sem impedimentos e em condições normais de competição, entre os agentes econômicos. Nesse sentido, as empresas participantes dos processos de licitação pública devem agir de forma a não causar desvios ou praticar atos lesivos ao interesse geral. Entende-se, portanto, que o valor aqui contido no princípio da concorrência revela-se como um instrumento destinado a proibir comportamentos que constituem abusos ou desvios, capazes de alterar as condições naturais de competição no mercado, garantindo a igualdade de acesso entre as empresas⁵.

É preciso entender que o princípio da concorrência, em causa, não se confunde apenas com a equiparação dos concorrentes e com a igualdade

3 GONÇALVES, Pedro Costa. **Concorrência e contratação pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)**. Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, vol. 1, Coimbra: Almedina, 2012, p. 482.

4 GRAELLS, Albert Sanchez. Competition Law and Public Procurement. In.: Forthcoming in J Galloway (ed), **Intersections of Antitrust: Policy and Regulations** (Oxford, OUP, 2016) Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2643763>. Acesso em: 6 jul. 2016, p. 6

5 GONÇALVES, Pedro Costa. **Concorrência e contratação pública (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública)**. Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, vol. 1, Coimbra: Almedina, 2012, p. 482.



de participação na licitação, pois isso está afeito as regras procedimentais relacionadas ao processo adjudicatório. O que se defende é o reconhecimento do princípio da concorrência, a partir da esfera econômica, como mecanismo necessário para minimizar e sancionar as práticas anticoncorrenciais na própria lei de contratos públicos.

O Estado deve garantir a estrutura do mercado de compras públicas, de uma forma concorrencial, porque necessita permitir a participação de todos os fornecedores e produtores que preencham os requisitos dispostos na legislação e administração dos contratos públicos. Nenhum fornecedor ou produtor deve ser detentor do mercado, influenciando em seu funcionamento, pois caso isso ocorra, estar-se-á falando de uma falha do mercado (*marketfailure*), em que este deixa de cumprir os requisitos de competitividade, gerando desperdício de recursos públicos e perdas de eficiência, diminuindo o bem-estar⁶.

Tal correlação se faz necessária, uma vez que a concorrência nos contratos públicos está direcionada para garantir a criação de um mercado de acesso não discriminatório, por meio de um procedimento aberto, com garantias de acesso em condições de igualdade, assegurando a participação de vários proponentes, a fim de encontrar a melhor proposta para a Administração Pública, com a melhor eficiência do gasto público.

A interseção entre os dois domínios se torna possível em virtude da elevação do direito dos contratos públicos e do direito da concorrência a uma esfera multinível. Isso quer dizer que esses sistemas não se restringem, unicamente, a ótica nacional. Nesse passo, o princípio da concorrência assume uma posição de *standard* normativo, realizando uma

6 GOMES, José Luís Caramelo. **Lições de Direito da Concorrência**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 42.

regulação global da proteção da concorrência nos contratos, o qual pode ser defendido à luz da teoria do direito administrativo global.

2. RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA CONCORRÊNCIA NA ESFERA GLOBAL E APLICABILIDADE NO DIREITO EUROPEU DOS CONTRATOS PÚBLICOS

Atualmente, há um cenário internacional multifacetado que permite a interação entre as estruturas, atores e procedimentos nacionais e internacionais, bem como, a criação de padrões normativos, a fim de realizar a regulação global. As administrações nacionais e regionais têm se pautado em princípios, valores e normas comuns, defendidos em uma escala global. Esse novo desenho do direito exige o reconhecimento de órgãos administrativos internacionais e transnacionais que interagem de formas complexas no espaço administrativo global, que está composto das relações interestatais e regulamentação em diferentes níveis.

Para justificar o reconhecimento do princípio da concorrência, como norma padrão global, socorre-se a teoria do direito administrativo global que se funda no conceito de governança global. Tal ideia é compreendida como uma forma de administração, seguindo princípios que se expandiram para uma escala global, exercendo exercem funções regulatórias. Com isso, propõe-se uma aproximação das práticas divergentes, compreendendo-as como parte de um todo, a fim de inserir na esfera global procedimentos do direito administrativo, nacional e internacional, para realizar a regulação global de governança de maneira responsável⁷.

7 KRISCH, Nico. KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional. **RDA** – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13-32, set./dez, p. 16.



A partir dessa perspectiva, o direito administrativo global, em sentido lato, é o direito aplicável a todas as situações que ultrapassam os limites dos Estados, mas que podem ter ou ter repercussões na vida administrativa dos mesmos Estados ou dos seus indivíduos. Assim, esse direito pode ser definido como o conjunto de princípios e regras jurídicas que tem por escopo a regulação da organização administrativa pública transnacional e da atividade administrativa dos órgãos que a compõem, bem como, as pessoas públicas ou privadas que são afetadas pelas atividades transnacionais⁸.

Tal regulação, se faz necessária devido ao entrelaçamento dos sistemas autônomos, posto que há uma diversidade de formas de regulação que irão compor o espaço administrativo global, que inclui mecanismos legais, princípios e práticas que afetam, diretamente, a responsabilidade dos órgãos administrativos globais, que encontrarão padrões adequados. Na esfera global, além dos instrumentos formais públicos e privados, há a inclusão de acordos institucionais informais, em algumas vezes não-estatais, que serão responsáveis pela regulação global⁹.

Ademais, a governança global, entendida como uma forma de administração, permite a reformulação das preocupações comuns acerca da legitimidade das instituições internacionais, de forma mais específica e focada, proporcionando uma análise crítica do déficit democrático e dos mecanismos de *accountability*, o que permite maior interação entre as esferas públicas nacional e global. Isso porque o direito administrativo

8 RODRÍGUEZ, Libardo. **El derecho administrativo transnacional o global:** un nuevo capítulo del derecho administrativo. Disponível em: <http://es.globallawpress.org/wp-content/uploads/DERECHO-ADMINISTRATIVO-GLOBAL-NUOVO-CAP%3%8DTULO-2015.doc>. Acesso em: 8 jul. 2016

9 VARELLA, M. D. **Internacionalização do Direito:** Direito Internacional, Globalização e Complexidade. Brasília: Uniceub, 2012.

global trata com diferentes ramos do direito, que estão inseridos na administração global, e que até então, foram tratados de forma separada¹⁰.

O direito administrativo global tem levado o desenvolvimento da governança em uma escala multinível, expandindo o campo de atuação das organizações internacionais e dos tratados, os quais trazem funções reguladoras que deixam de ser, exclusivamente, nacionais e se tornam globais. As ações internacionais são combinadas com as nacionais em redes de coordenação global, bem como, decisões globais podem afetar o espaço nacional ou, diretamente, pessoas e/ou empresas¹¹.

Nessa perspectiva, a Administração Pública Global é constituída por um arcabouço jurídico comum a vários Estados, com origens não tradicionais (fontes do direito internacional), possuindo mecanismos próprios de efetividade e de sanção, possibilitando a solução de problemas similares, em virtude do compartilhamento de informações por meios tecnológicos, de forma rápida e eficaz. Por conseguinte, há a criação de consensos, tanto das práticas administrativas, quanto da profissionalização da administração pública e privada que se tornam possíveis de forma mais rápida¹².

Ademais, as fontes do direito administrativo global incluem, também, mecanismos legais, princípios e práticas que asseguram que os órgãos busquem padrões apropriados de transparência, de participação, de ra-

10 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. El derecho administrativo que emerge. **Revista de Derecho Público**, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, n. 24, p. 15-28, ene./jun. 2010, p. 16.

11 TRIPATHI, Rajeshwar. **Concept of Global Administrative Law An Overview**. In: *India Quarterly: A Journal of International Affairs* 2011 67: 355. Disponível em: <http://iqg.sagepub.com/content/67/4/355>. Acesso em: 8 jul. 2015, p. 358.

12 VARELLA, M. D. **Internacionalização do Direito**: Direito Internacional, Globalização e Complexidade. Brasília: Uniceub, 2012, p. 276.



cionalidade e de legalidade, bem como, favorecem a revisão efetiva das regras e decisões que os organismos tomam¹³, isso revela a pluralidade de fontes normativas que vão além das fontes nacionais, devido à transnacionalidade das relações estatais.

Portanto, há de se concluir que o direito administrativo não está mais afeito somente aos limites internos do Estado. É preciso vislumbrar a figura de um direito administrativo, dentro de um contexto internacional, haja vista que as relações estatais, e, sobretudo, a contratação pública não se restringe ao âmbito nacional. Todavia, o direito administrativo não está alheio ao/do direito internacional, uma vez que as relações administrativas do estado muito se “confundem com o próprio direito internacional público, que se delimitava a aplicação das normas e atuações jurídico-administrativas”¹⁴. Isso se modifica com a presença das organizações internacionais, nas relações administrativa dos Estados, que cria a verticalidade na comunidade internacional, pois se adota uma posição de cooperação, uma vez que as organizações podem atuar em conjunto ou separadamente dos Estados, em assuntos comuns e interesses de ambos¹⁵.

É preciso ter em conta que o direito administrativo se altera a partir das novas relações construídas pelos Estados¹⁶, e que nesse contexto é

13 VARELLA, M. D. **Internacionalização do Direito**: Direito Internacional, Globalização e Complexidade. Brasília: Uniceub, 2012, p. 28.

14 ROQUE, Miguel Prata. **A dimensão transnacional do direito administrativo**. Lisboa: AAFDUL, 2014, p. 446.

15 BORIS, Clémentine. **Rapport Introductif**: Histoire des phénomènes administratifs. Cahiers Internationaux, n. 28, Centre de Recherches sur les Droit Public. Disponível em: <http://www.iilj.org/gal/documents/CBORIEseds-AGlobalAdministrativeLaw.pdf>. Acesso em: 10 jul. p. 36.

16 SILVA, Suzana Tavares da. **Sumários desenvolvidos Direito Administrativo 2º ciclo (2ª Turma)**. Disponível em: www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/SuzanaAdm.pdf. Acesso em: 10 jul. 2016, p. 3.

necessário observar a ótica global sobre a contratação pública que surge com a alteração da teoria clássica sobre a Administração Pública. Inserir-se na lógica administrativa elementos internacionais, que não se finda na ordem jurídica interna, mas sim, no assentamento de relações com outros Estados, transformando as características do direito administrativo geral, compreendido, na visão tradicional, unicamente sob a égide da lei e do poder democrático do Estado¹⁷.

Há, portanto, a criação de relações intergovernamentais, que necessitará de normas *standards* de direito administrativo, os quais os governos nacionais devem se adequar, a fim de assegurar que os princípios do Estado de Direito sejam respeitados¹⁸. Nesse contexto, a contratação pública está inserida, pois se faz necessário a existência de princípios globais que garantirão maior eficiência ao processo de contratação, seja ela nacional ou internacional.

O domínio público global se forma nesse espaço comunicativo, que traz consigo o critério da transnacionalidade, e permite que diversos atores troquem informações acerca de questões similares, em diversos lugares do globo. Com isso permite-se também a construção normativa motivada pelo diálogo dos administradores públicos¹⁹, possibilitando uma melhor solução e compreensão de assuntos globais.

É nesse cenário que a contratação pública associada ao direito da concorrência deve ser analisada, vez que este espaço administrativo global

17 SILVA, Suzana Tavares da. **Sumários desenvolvidos Direito Administrativo 2º ciclo (2ª Turma)**. Disponível em: www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/SuzanaAdm.pdf. Acesso em: 10 jul. 2016, p. 3.

18 ARANA, Jaime Rodriguez et. Al. **Derecho internacional de las contrataciones administrativas**. San José: Guayacán, 2011, p. 25.

19 VARELLA, M. D. **Internacionalização do Direito**: Direito Internacional, Globalização e Complexidade. Brasília: Uniceub, 2012, p. 278.



representa um conglomerado de normas com soluções comuns, que foram aderidas por diversos Estados e atores privados, mesmo sem existir instrumentos jurídicos que prevejam a cooperação entre eles. O que justifica essa relação é o reconhecimento mútuo das partes (atores) envolvidas, pois se constrói um espaço de confiança para compartilhar as informações e encontrar soluções mútuas, dando maior confiabilidade aos processos administrativos, tornando-os mais transparentes e eficientes.

Essa situação de entrelaçamento de soluções e de atores internacionais públicos e privados fez surgir uma responsabilidade e um controle maior das ações dos agentes envolvidos²⁰ na contratação pública, ou seja, há um aumento do processo de *accountability*. Isso é necessário, frente ao crescimento do exercício do poder regulatório global, que promove a extensão do direito administrativo nacional além de seu território, bem como, novos mecanismos do direito administrativo global são adotados para enfrentar decisões e normas adotadas nas relações intergovernamentais²¹.

O direito administrativo global traz consigo mecanismos, princípios, práticas e acordos sociais que respaldam e promovem e/ou afetam a *accountability* dos órgãos globais administrativos, a fim de assegurar que se cumpram padrões de concorrência, transparência, participação, tomada de decisões fundamentadas dentro da legalidade, promovendo a efetiva avaliação das normas e decisões que aprovam.

Nessa perspectiva, destaca-se o direito europeu dos contratos públicos, que incorporou as regulamentações e princípios reconhecidos na

20 INA. **8º Congresso Nacional de Administração Pública**. 2011. Disponível em: <http://repap.ina.pt/bitstream/10782/591/1/Accountability%20e%20controle%20social.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2016, p. 144.

21 KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. El derecho administrativo que emerge. **Revista de Derecho Público**, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, n. 24, p. 15-28, ene./jun. 2010. p. 23.

esfera global para o direito comunitário, e consequentemente, para os direitos nacionais dos Estados Membros. Portanto, há a modificação dos modelos clássicos de contratação pública, a fim de criar uma uniformização do regime jurídico dos contratos públicos dentro da União Europeia²².

As novas diretivas europeias sobre contratação pública com base no direito internacional, observadas as normas da OCDE e da OMC, modificam a lógica da concorrência no contexto dos contratos públicos. Assim, expande-se o conceito de concorrência para além da igualdade de participação de todos os interessados, que se trata da concorrência intraprocedimental, passa-se a adotar critérios de concorrência construído, a partir do direito concorrencial. Isso quer dizer, que há concorrência extraprocedimental nos contratos públicos, também.

A diretiva clássica, 2014/24/CE²³ traz alguns dispositivos que chama a atenção para o princípio da concorrência, na contratação pública, como o art. 18, o art. 24, o art. 57 e o art. 67. Esse conjunto de artigos traça a modificação da lógica concorrencial nos contratos públicos, pois, estabelece regras procedimentais desde o comportamento dos participantes, critérios de adjudicação e até a exclusão do operador econômico do processo de contratação pública, a fim de manter o processo licitatório concorrencial, em todos os seus aspectos.

Nesse sentido, destaca-se o conteúdo do art. 57, n. 4, parágrafo 1º, alínea “g” Diretiva 2014/24/CE, que traz a possibilidade de excluir deter-

22 ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito dos Contratos Públicos** - Por Uma Contratação Pública Sustentável. Lisboa: Almedina, 2013, p. 63.

23 EUR-LEX. **Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE Texto relevante para efeitos do EEE.** Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>. Acesso em: 10 jul. 2016.



minando participante de um procedimento adjudicatório, o que já era previsto na Diretiva anterior, 2004/18. No entanto, a inovação trazida pela nova diretiva é que as autoridades adjudicantes podem excluir, ou ainda, os Estados-Membros podem solicitar a exclusão de operador econômico da participação de uma licitação, caso este tenha atuado com irregularidades significativas ou persistente na execução de um ponto essencial de um contrato anterior, bem como, podem ser condenados aos danos e outras sanções com fins reparatórios²⁴.

Verifica-se, portanto, que a novidade trazida pela Diretiva 2014/24/CE demonstra uma preocupação do legislador europeu em garantir os critérios mínimos de transparência, igualdade e concorrência. No momento em que a entidade adjudicante tem a possibilidade de excluir um operador econômico, imediatamente após a averiguação de uma irregularidade em um contrato público anterior, que pode ser uma das práticas restritivas da concorrência, é possível evitar que novamente venha ocorrer. Pode-se afirmar que tal possibilidade se torna viável ante a relação criada entre o direito da concorrência e o direito dos contratos públicos, em virtude da europeização dos contratos, com foco na concorrência para a própria proteção do mercado interno europeu.

É evidente que não se pode tratar a diretiva europeia como eficaz contra as práticas abusivas da concorrência, nos contratos públicos, posto que ainda é muito incipiente a sua aplicação, sobretudo, por pender de transposição para os direitos internos. Todavia, demonstra a internacionalização e europeização dos contratos públicos, focado na concorrência, tomando como ligação o princípio da concorrência.

24 QUINTA NOVA, Ana Rita Vieira. **A Exclusão de Operadores Económicos à Luz da Nova Directiva sobre Contratos Públicos** – o artigo 57º, nº 4, 1º parágrafo, alínea g). Publicações CEDIPRE Online – 22 Disponível em <http://www.cedipre.fd.uc.pt>, Coimbra, setembro de 2014. Acesso em: 7 de set. 2015. p. 8.

Devido a confluência do direito internacional e do direito comunitário no cenário europeu, pode-se inferir que o processo de contratação nos países da União Europeia não atende mais ao critério de que a contratação pública deve respeitar, o direito interno do Estado a qual pertence a Administração Pública²⁵. Ao revés, o direito nacional é o último a ser observado, que de qualquer forma, deve estar em conformidade com as normas comunitárias.

Como se pode verificar, a contratação pública tem sido um dos temas mais preocupantes, nos últimos anos, seja em virtude da crescente cartelização nos contratos públicos ou simplesmente em razão da modernização da legislação dos contratos públicos. Em ambos os casos, é preciso ter em conta que a baixa qualidade dos contratos públicos, as práticas abusivas e a ausência de *accountability* dos gestores públicos refletem diretamente na ineficiência do Estados nos serviços públicos e o bem-estar social dos cidadãos, podendo levar às crises políticas, econômicas e sociais, como vem ocorrendo no Brasil, nos últimos meses.

3 CONTRATAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: NECESSIDADE DE INCORPORAÇÃO DOS PADRÕES NORMATIVOS GLOBAIS

Este estudo se mostra de fundamental importância para o direito brasileiro, uma vez que é possível pensar uma relação entre o direito administrativo global e o direito administrativo nacional, a fim de melhorar os procedimentos administrativos internos, de modo a inserir nas normas de contratos públicos, as sanções, do direito concorrencial, específicas para as práticas de conluio nas licitações públicas.

25 ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito dos Contratos Públicos** - Por Uma Contratação Pública Sustentável. Lisboa: Almedina, 2013, p. 66.



O estudo dos mecanismos do direito global e comunitário em torno do tema da contratação pública revela possibilidades jurídicas importantes, que podem tanto ser utilizadas para o desenvolvimento brasileiro, como podem ter impactos altamente negativos. De um lado, caso o conjunto de políticas públicas e de normas seja efetivo, pode significar o ganho de importantes mercados públicos estrangeiros, mais eficiente e concorrente do ponto de vista intra e extraprocedimental. De outro lado, representa a perda do acesso aos mercados públicos nacionais, pelas empresas brasileiras.

No Brasil, o regime de contratação pública se dá, primordialmente, por meio da Lei n. 8.666/93, que trata de normas para licitação e contratos públicos, regulamentado no art. 37, XXI, da Constituição Federal. Há outras legislações específicas, como a Lei n. 12.232/10, que versa sobre os serviços de publicidade; a Lei n. 8.987/95 e Lei n. 9.074/95 que tratam dos serviços públicos, precedida ou não de obra pública e a permissão de serviços públicos; as parcerias público-privadas são previstas na Lei n. 11.079/04; a Lei n. 10.520/02 e Dec. N. 5.450/05 versam sobre pregão e pregão eletrônico, respectivamente. E mais, recentemente, a lei 12.462/11 que tem por objeto o regime diferenciado de contratação (RDC) para obras da Copa do Mundo e das Olimpíadas²⁶, expandido em 2014 para diferentes setores, bem como, a alteração da Lei Complementar n. 147 que incluiu as micro e pequenas empresas nesse regime.

Todo o arcabouço jurídico brasileiro direcionado para a contratação pública não está preparado para combater as distorções da concorrência. Arrisca-se ainda dizer, que os procedimentos adotados pelas entidades adjudicantes e a própria legislação brasileira promovem a colusão e prática de cartéis. Portanto, é necessário no ordenamento jurídico brasileiro, com

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 71.

base no direito internacional e europeu, criar um espaço de convergência entre direito dos contratos públicos e o direito concorrencial, com sanções direcionadas para as empresas que violem o direito da concorrência.

Ademais, a própria Lei de Defesa da Concorrência, n. 12.529/2011, não está preparada para lidar com as práticas anticoncorrenciais na contratação pública, uma vez que as sanções inseridas, nessa norma, estão direcionadas para toda e qualquer infração contra a ordem econômica. Portanto, possui um sentido lato, não propriamente direcionado aos contratos públicos, que posteriormente a análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, vai para o Poder Judiciário analisar a irregularidade penal da medida.

A título de exemplificação do problema, em causa no Brasil, destaca-se que as licitações lideram as irregularidades e são inseridas em práticas corruptivas, decorrente de “troca de favores”, oriundos da campanha eleitoral. Portanto, realiza-se o direcionamento de licitação ou licitações fictícias para que os recursos públicos se mantenham com os fraudadores, acarretando, inclusive em cartéis e práticas colusivas impedindo a concorrência, bem como, diminuindo a eficiência da contratação pública²⁷.

O Programa de Fiscalização, por Sorteio da Controladoria Geral da União, que fiscalizava os municípios brasileiros, anualmente, constatou, de forma seguida, que as irregularidades mais constantes ocorrem nos processos licitatórios. Dentre as anomalias destaca-se a dispensa indevida de licitação, uso da mesma licitação para contratar diversas obras, montagem

27 OLAYA, Dr. Juanita; WIEHEN, Michael. **How to Reduce Corruption in Public Procurement**: The Fundamentals. Handbook For Curbing Corruption In Public Procurement, Part I, pp. 13-105, Transparency International, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1313787>. Acesso em: 10 jul. 2016.



irregular dos processos licitatórios e vínculos familiares entre os licitantes e o prefeito municipal²⁸. Além do uso de notas fiscais falsas, de empresas ou em nome de “laranjas” e direcionamento dos processos licitatórios²⁹, houve ainda desvio de recursos e de equipamentos, prática de superfaturamento do contrato e pagamento por serviços não realizados³⁰.

Em alguns casos a CGU encontrou irregularidades, como a ausência de numeração de páginas, na contratação da modalidade convite, no valor de R\$ 2,5 milhões, sendo possível a inclusão ou retirada de páginas do documento, bem como, a inexistência de empresas convidadas para a referida licitação. Outra situação foi a existência de vínculo familiar, entre os sócios da empresa vencedora, de várias licitações ocorridas no município e a aquisição de compra de merenda escolar, acima da quantidade necessária. No caso em tela, o município de Pimenta Bueno, em Rondônia, adquiriu seis mil quilos de frango, para utilizar em uma escola, no período de três semanas, a quantidade é equivalente ao consumo de um ano, para todas as escolas do município.

Além desses casos, salienta-se a aquisição de um veículo para a prefeitura, no valor de R\$ 87.5 mil, jamais localizado. Verificou-se, também, que a prefeitura contrata empresas para realizar as obras, mas na verda-

28 CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Licitações fraudadas continuam liderando as irregularidades encontradas pela CGU em municípios**. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/noticias/2010/07/licitacoes-fraudadas-continuam-liderando-as-irregularidades-encontradas-pela-cgu-em-municipios>. Acesso em: 10 jul. 2016.

29 CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Licitações lideram indícios de fraude em municípios**. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/noticias/2004/09/licitacoes-lideram-indicios-de-fraude-em-municipios>. Acesso em: 10 jul. 2016.

30 CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Licitações fraudadas continuam liderando as irregularidades encontradas pela CGU em municípios**. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/noticias/2010/07/licitacoes-fraudadas-continuam-liderando-as-irregularidades-encontradas-pela-cgu-em-municipios>. Acesso em: 10 jul. 2016.

de são realizadas pelos moradores ou por operários, sem vínculo com a empresa contratada. Por fim, constatou-se que há inclusão de moradores dos municípios como proprietários de empresas que irão participar da licitação, no entanto, esses moradores são agricultores ou empregadas domésticas, que não tem nenhuma relação com a contratação, servindo apenas de laranjas para as licitações irregulares.

Nota-se, portanto, a inexistência do princípio da concorrência nos processos licitatórios, tampouco, mecanismos capazes de coibir as práticas concertadas entre as empresas, bem como, a própria atuação das entidades adjudicantes, que deveriam agir de forma proativa com a concorrência. Isso leva, conseqüentemente, a inúmeros casos de corrupção que envolvem fraudes e cartéis, em licitações, dentre outras irregularidades, como exemplo, a atual investigação do Ministério Público Federal³¹, juntamente, com a Polícia Federal brasileira, chamada de “Operação Lava-Jato”. A investigação teve início em março/2014, envolvendo diversas empresas, políticos, servidores públicos e setores públicos como petróleo e energia, levando o Brasil a uma grave crise institucional, política, social e financeira.

Por essa razão é que se propõe a modificação da lógica do direito dos contratos públicos para a inserção de instrumentos e mecanismos do direito concorrencial, a partir da regulação global proposta pelo direito administrativo global, por meio dos princípios de caráter global, como princípio da concorrência. Desse modo, entende-se a necessidade da modificação da legislação brasileira para incorporar os *standards* globais, a fim de coibir as práticas anticoncorrenciais.

31 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato**. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em: 30 jul. 2015.



CONCLUSÃO

Verifica-se, portanto, uma crescente inter-relação entre o direito dos contratos públicos e o direito da concorrência, motivado, sobretudo, pelo exercício da regulação global, pautada no princípio da concorrência. O atual sistema jurídico europeu de contratos públicos demonstra que há necessidade de concorrência extraprocedimental nos contratos públicos, uma vez que incorpora às diretivas europeias, mecanismos concorrenciais nos procedimentos licitatórios a fim de coibir e sancionar as práticas abusivas da concorrência.

Além disso, conclui-se que a construção de mecanismos concorrenciais aplicáveis a contratação pública é fundamental para estabelecer sanções aos abusos concorrenciais, sobretudo, a formação de cartéis presentes nos mercados de compras públicas. Para tanto, é necessário buscar no direito internacional e europeu, por meio do Direito Administrativo Global, mecanismos para a melhoria do processo licitatório, principalmente, no que se refere ao processo brasileiro de contratação pública, porque as regras vigentes não são suficientes para impedir e punir as práticas de colusão, decorrentes dos procedimentos adjudicatórios.

De igual modo, o princípio da concorrência, no sentido de defesa concorrencial não é aplicável ao Brasil, devendo-se repesar a lógica das licitações públicas, não apenas na eficiência do gasto público e na sua gestão. Mas também, por parte do cidadão, no que se refere ao seu bem-estar social, frente aos serviços públicos.

Entende-se que a defesa da concorrência, nos processos de adjudicação, promove a igualdade e maiores possibilidades de participação, reprime e sanciona as práticas abusivas da concorrência, diretamente, nos contratos públicos. Além disso, promove a melhoria do bem-estar social e a eficiência do gasto público.

[Ir para o índice](#)

REFERÊNCIAS

ARANA, Jaime Rodriguez et. Al. **Derecho internacional de lãs contrataciones administrativas**. San José: Guayacán, 2011.

BORIES, Clémentine. **Histoire des phénomènes administratifsau-de là de lãs phèrèetatique**: tâtonnements et hésitationsdudroit et/ou de la doctrine. CahiersInternacionaux, n. 28, Centre de RecherchessurlesDroit Public. Disponível em: <http://www.iilj.org/gal/documents/CBORIESeds-AGlobalAdministrativeLaw.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2016. p. 25-66.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 27 dez. 2017.

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. Acesso em: 27 dez.2017.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm. Acesso em: 27 dez.2017.

BRASIL. **Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1996**. Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9074cons.htm. Acesso em: 27 dez.2017.

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37,



inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm. Acesso em: 27 dez.2017.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm. Acesso em: 27 dez.2017.

BRASIL. **Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005**. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm. Acesso em: 27 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941- Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 27 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010**. Dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12232.htm. Acesso em: 27 dez. 2017.

Ir para o índice

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Licitações fraudadas continuam liderando as irregularidades encontradas pela CGU em municípios.** Disponível em <http://www.cgu.gov.br/noticias/2010/07/licitacoes-fraudadas-continuam-liderando-as-irregularidades-encontradas-pela-cgu-em-municipios>. Acesso em: 10 jul. 2016.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. **Licitações lideram indícios de fraude em municípios.** Disponível em <http://www.cgu.gov.br/noticias/2004/09/licitacoes-lideram-indicios-de-fraude-em-municipios>. Acesso em: 10 jul. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2014.

ESTORNINHO, Maria João. **Curso de Direito dos Contratos Públicos - Por Uma Contratação Pública Sustentável**. Lisboa: Almedina, 2013.

EUR-LEX. **Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE** Texto relevante para efeitos do EEE. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32014L0024>. Acesso em: 10 jul. 2016.

GOMES, José Luís Caramelo. **Lições de Direito da Concorrência**. Coimbra: Almedina, 2010.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Concorrência e contratação pública** (a integração de preocupações concorrenciais na contratação pública). Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles, vol. 1, Coimbra: Almedina, 2012.

SANCHEZ-GRAELLS, Albert. **Public Procurement and Competition: Some Challenges Arising from Recent Developments in EU Public Procurement Law** (January 24, 2013). Bovis, C. (ed.) Research Handbook on Euro-



pean Public Procurement, Forthcoming. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2206502>. Acesso em: 6 jul. 2016.

SANCHEZ-GRAELLS, Albert. **Competition Law and Public Procurement**. (August 13, 2015). Forthcoming in J Galloway (ed), *Intersections of Antitrust: Policy and Regulations* (Oxford, OUP, 2016). Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2643763>. Acesso em: 6 jul. 2016

INA. **8º Congresso Nacional de Administração Pública**. 2011. Disponível em: <http://repap.ina.pt/bitstream/10782/591/1/Accountability%20e%20controle%20social.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2016.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH, Nico; STEWART, Richard B. El derecho administrativo que emerge. **Revista de Derecho Público**, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, n. 24, p. 15-28, ene./jun. 2010.

KRISCH, Nico. KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13-32, set./dez. 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Caso Lava Jato**. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>. Acesso em: 30 jul. 2015.

OLAYA, Dr. Juanita, WIEHEN, Michael. **How to Reduce Corruption in Public Procurement: The Fundamentals**. Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement, PART I, p. 13-105, TransparencyInternational, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1313787>. Acesso em: 10 jul. 2016.

QUINTA NOVA, Ana Rita Vieira. **A Exclusão de Operadores Económicos à Luz da Nova Directiva sobre Contratos Públicos** – o artigo 57º, nº 4, 1º parágrafo, alínea g). Publicações CEDIPRE Online – 22. Coimbra, setembro de 2014. Disponível em: <http://www.cedipre.fd.uc.pt>. Acesso em: 7 set. 2015.

Ir para o índice

RODRÍGUEZ, Libardo. **El derecho administrativo transnacional o global**: um nuevo capitulo Del derecho administrativo. Disponível em: <http://es.globallawpress.org/wp-content/uploads/DERECHO-ADMINISTRATIVO-GLOBAL-NUEVO-CAP%C3%8DTULO-2015.doc>. Acesso em: 8 jul. 2016.

ROQUE, Miguel Prata. **A dimensão transnacional do direito administrativo**. Lisboa: AAFDUL, 2014.

SILVA, Suzana Tavares da. **Sumários desenvolvidos Direito Administrativo 2º ciclo (2ª Turma)**. Disponível em: www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/SuzanaAdm.pdf. Acesso em: 10 jul. 2016.

TRIPATHI, Rajeshwar. Conceptof Global Administrative Law An Overview. **India Quarterly**: A JournalofInternationalAffairs, v. 67, p. 355-372, dec.2011. Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/10.1177/097492841106700405>. Acesso em: 8 jul. 2015.

VARELLA, M. D. **Internacionalização do Direito**: Direito Internacional, Globalização e Complexidade. Brasília: Uniceub, 2012.



O desrespeito aos tratados internacionais sobre Direitos Humanos pelo Tribunal Superior do Trabalho manifestado no acórdão do processo nº 0000776-12.2011.5.04.0411

The disregard of international Human Rights treaties by the Superior Court of Labor declared in the judgment of the proceeding no. 0000776-12.2011.5.04.0411

JOSÉ JACKSON NUNES AGOSTINHO
EDUARDO RODRIGUES BRITO DE SOUSA

Resumo

Este estudo trata da análise do desrespeito aos tratados internacionais de direitos humanos, na decisão do Superior Tribunal do Trabalho acerca da possibilidade de cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade. Sua pertinência para o povo e para o ambiente jurídico, deriva da abordagem da problemática da não aplicação dos tratados e convenções sobre direitos humanos, ratificados pelo Brasil, refletindo, de forma nega-

[Ir para o índice](#)

tiva na vida dos trabalhadores. Dessa forma, este tema é relevante, já que seu estudo permitiu identificar que são totalmente ignorados a forma de internalização desses/destes tratados, a teoria de convencionalidade e a possibilidade de aplicação pelos tribunais brasileiros, mesmo se tratando de temas consagrados pelo Guardião da Constituição Federal pátria. Logo, com os objetivos alcançados, a partir de uma metodologia bibliográfica, demonstra-se que a Corte Trabalhista desrespeita os mencionados tratados, embora sejam regulados por normas internacionais de direitos humanos, ratificadas pelo Brasil, com status de supralegalidade.

Palavras-chave: Tratados Internacionais. Direitos Humanos. Adicionais de Periculosidade e Insalubridade. Controle de Convencionalidade. Internalização dos Tratados Internacionais.

Abstract

The study deals with the analysis of the disrespect of international human rights treaties in the decision of the Superior Labor Court on the Possibility of accumulation of the Safety and health risk premiums. The research is pertinent to the people and to the legal environment, because it deals with the problematic of the non-application of the treaties and conventions on human rights ratified by Brazil, thus reflecting negatively on the life of the workers. In this way, a subject of relevance, since the study allowed to identify of internalization of the treaties, the theory of conventionality and a possibility of application by Brazilian courts, themes consecrated by the Guardian of the Federal Constitution, that are totally ignored. Therefore, with the objectives reached, from a bibliographical methodology, demonstration that the Labor Court disregards the above treaties, although these are regulated by international standards ratified by Brazil, with status of supra-legal.



Keywords: *International Treaties. Human Rights. Safety and health risk premiums. Conventional Control. Internalization of the International Treaties.*

INTRODUÇÃO

Os tratados internacionais de direitos humanos vêm desempenhando um papel fundamental na relação entre os Sujeitos Internacionais, sobretudo pelo histórico de guerras, pois despertam o espírito de cooperação e união, nos mais diversos tipos de negociações. Nesse sentido, os tratados internacionais seguem, articulando-se, nos últimos anos, a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, de modo a resguardar a dignidade e os direitos das pessoas, nas nações.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), em conjunto com os tratados internacionais e a Declaração Universal de Direitos Humanos, ganhou força na regulamentação das relações de trabalho, a fim de garantir condições dignas aos trabalhadores, haja vista a Revolução Industrial, momento no qual os operários eram tratados de forma humilhante, tendo que trabalhar em condições precárias, ganhando valores aviltantes. Nesse período, inclusive crianças laboravam, até 12 (doze) horas por dia.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo abordar a problemática do desrespeito aos tratados internacionais de direitos humanos, à luz do acórdão do processo n.º 0000776-12.2011.5.04.0411 do Tribunal Superior do Trabalho, o qual não reconheceu a possibilidade de cumulação dos institutos da insalubridade e periculosidade, embora versem sobre normas de saúde e segurança no meio ambiente de trabalho, com caráter essencial de normas de direitos humanos, estando em harmonia com o posicionamento dos Países protetores desses direitos. Nesta pesquisa, procurou-se

[Ir para o índice](#)

expor o fundamento e a importância da Convenção de Viena, das convenções nº 148 e nº 155 da OIT e a relação dessas com as normas de direitos humanos e com os adicionais de insalubridade e periculosidade.

Além disso, abordou-se o atual posicionamento do Superior Tribunal Federal (STF) quanto aos tratados em questão, a inserção desses tratados no ordenamento jurídico brasileiro, e o tipo de controle que poderá ser realizado para compatibilizar os tratados internacionais de direitos humanos e as normas internas.

1. A PROBLEMÁTICA DO DESRESPEITO AOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Superada a predominância, após milênios, da fonte consuetudinária no direito internacional, que regia a relação entre “Estados”, pautada, sobretudo no *pacta sunt servanda e boa-fé*, surgem, os tratados internacionais, sendo esses, segundo Piovesan, “a principal fonte de obrigação do direito internacional na atualidade”¹. Assim sendo, diferentemente do costume, os tratados internacionais trazem diante da contemporaneidade uma maior segurança jurídica, proporcionalizando estabilidade, haja vista o conteúdo formal e a publicidade que é oferecida.

Nesse sentido, Delgado diz que: “tratados são documentos obrigacionais, normativos e programáticos firmado entre dois ou mais Estados ou entes internacionais”². Já Rezek afirma que “Tratado é todo acordo formal

1 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105.

2 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 156.



concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, destinado a produzir efeitos jurídicos”³. Ou ainda, nas palavras de Guerra:

Tratado é um termo genérico que pode servir para designar um acordo entre dois ou mais Estados para regular um assunto, determinar seus direitos e obrigações, assim como as regras de conduta que devem seguir, mas em nenhum caso é aplicável a um acordo entre um Estado e uma pessoa privada⁴.

Dessa forma, tratado internacional pode ser conceituado como o conjunto de regras, formalmente escritas, que regulam o cotidiano entre os sujeitos de direito internacional público, na forma ajustada entre si, a fim, principalmente, de alcançar a cooperação.

Logo, os tratados internacionais são de demasiada importância, não só no contexto mundial, em virtude da acelerada globalização que diminui a “distância” entre Estados, porque mitiga as barreiras e possibilita, mais facilmente, a realização de contratos entre eles, como também, no cenário interno, econômico, político, social e jurídico brasileiro, uma vez que por intermédio desses tratados, o País adquire visibilidade e maturidade internacional, o que influi direta e indiretamente no Sistema brasileiro.

Nesse diapasão, os tratados internacionais caminham sobre direitos humanos de imensurável importância, especialmente para o Brasil, tendo em vista as mazelas sofridas à época da ditadura militar, vivenciadas

3 RESEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 48.

4 GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 84.

sob os atos institucionais, decretos do governo militar, sem qualquer partícula de democracia, com supressão de direitos e torturas, que posteriormente, teve como consequência o desenvolvimento do processo democrático no País, o qual desencadeou em uma larga positivação de direitos e garantias fundamentais, na, doravante, conhecida como Carta Maior de 1988, pautados na dignidade da pessoa humana.

Segundo Luño (1991, p. 48 apud PIOVESAN, 2013, p.65):

Os direitos humanos surgem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos nacional e internacional⁵.

Vale destacar, que o direito do trabalho tem relevância no que toca os direitos humanos, frente a sua força de inserção do indivíduo, no atual contexto capitalista, assegurando direitos e garantias, vez que respalda o trabalhador de elementos para adentrar no plano socioeconômico em que coexiste, bem como, contribui para evitar o chamado *dumping social* e, conseqüentemente, uma série de danos sociais.

Entende-se, do mesmo modo, que *dumping social*, segundo Mazzuoli, “é a prática de certos Estados em explorar o trabalhador, desrespeitando padrões trabalhistas mínimos já consagrados, a fim de conseguir

5 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 65.



competitividade no mercado internacional, na produção de bens a um custo final muito mais baixo do que o normal”⁶.

Ainda, quanto à relação do direito do trabalho e os direitos humanos, destaca Delgado que:

O Direito do Trabalho corresponde à dimensão social mais significativa dos Direitos Humanos, ao lado do Direito Previdenciário (ou de Seguridade social). É por meio desses ramos jurídicos que os Direitos Humanos ganham maior espaço de evolução, ultrapassando as fronteiras originais, vinculadas basicamente à dimensão da liberdade e intangibilidade física e psíquica da pessoa humana⁷.

Tamanha é a importância do direito do trabalho que, em junho de 1919, foi assinada como parte do Tratado de Versalhes, encerrando oficialmente a primeira guerra mundial, a criação da OIT, cuja finalidade era alcançar a paz universal, baseada na promoção da justiça social, através, principalmente, de suas convenções e recomendações, em virtude do sofrimento dos trabalhadores, devido as condições precárias de trabalho à época.

No entanto, não obstante a natureza histórica dos tratados internacionais, direitos humanos e convenções da OIT, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) no seu Acórdão decidiu de modo diverso, quando não reconheceu a possibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, apesar de serem normas de direitos humanos voltadas para a qualidade de vida, respeito e bem-estar do trabalhador.

6 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.1010.

7 DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 85.

Em que pese os vastos argumentos favoráveis à acumulação dos adicionais supramencionados, este estudo foi delimitado ao que diz respeito aos Tratados Internacionais.

Ocorre que o Tribunal Superior do Trabalho, no seu Acórdão do processo n.º 0000776-12.2011.5.04.0411, decidiu pela não cumulação dos adicionais de periculosidade e insalubridade, passando por cima dos tratados internacionais firmados e ratificados pelo Brasil, em especial as convenções n.º 148 e n.º 155 da Organização Internacional do Trabalho.

A tese do Tribunal Superior do Trabalho, no entendimento majoritário do TST aponta no sentido da constitucionalidade do § 2º do artigo 193 da Consolidação das Leis do Trabalho, o que impossibilita o percebimento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade, não merecendo prosperar, em virtude da obrigatoriedade no cumprimento das Convenções da OIT, ratificadas pelo Brasil, e também pela nova forma de pensar quanto à Pirâmide Kelsiana, a partir da Emenda Constitucional n.º 45/2004, da qual o STF passou a interpretar no sentido de abordar os tratados de direitos humanos, como normas supralegais ou status de emenda constitucional, conforme se verificará.

A mencionada convenção de n.º 148 da OIT foi ratificada pelo Brasil, em 14 de janeiro de 1982, a qual versa sobre proteção e saúde dos trabalhadores no que diz respeito à contaminação do ar, ruídos e as vibrações. Por sua vez, a convenção de n.º 155 da OIT foi ratificada pelo Brasil, em 18 de maio de 1992, para dispor sobre segurança e saúde dos trabalhadores. Ou seja, ambas as convenções tratam, precipuamente da segurança e da saúde no meio ambiente do trabalho, para prevenção de acidentes e danos à saúde do obreiro, haja vista o perigo inerente, de certos tipos de trabalho, como os insalubres e perigosos. Afinal, o local trabalho é onde o trabalhador passa grande parte de sua vida. Percebe-se, também, que



essas convenções são normas de direitos humanos, direitos sociais em segunda dimensão, nas quais o Estado tem o dever de agir para proporcionar o bem-estar dos trabalhadores.

Dessa forma, as convenções da Organização Internacional do Trabalho, exercem predominada força de obrigatoriedade, pois não são lançadas de qualquer forma no ordenamento jurídico, passam por todo um procedimento formal externo e interno, que em resumo necessitam de 2/3 dos delegados presentes para aprovação (cada Estado-Membro tem direito de enviar quatro delegados). Tanto é que se o quórum não for atingido, o objeto de votação se tornará uma recomendação, conforme explica Mazzuoli:

As recomendações da OIT são instrumentos internacionais, destituídos da natureza de tratados, adotados pela Conferência Internacional do Trabalho sempre que a matéria nelas versada não possa ser ainda objeto de uma convenção. A criação de uma recomendação pode se dar, dentre outros motivos, pelo fato de as disposições aprovadas pela Conferência da OIT não terem contado com número suficiente de adesões⁸.

Já, considerando as palavras de Nascimento acerca das Convenções internacionais, elas: “são normas jurídicas emanadas da Conferência Internacional da OIT, destinadas a constituir regras gerais e obrigatórias para os Estados deliberantes, que as incluem no seu ordenamento interno, observadas as respectivas prescrições constitucionais”⁹. Ademais,

8 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.1036.

9 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.136.

depois de celebrado pelo Chefe do Executivo, antes de se tornar norma obrigatória para o Estado-Membro, o Estado da sua origem deve ratificar tal convenção, ou seja, levar para apreciação da autoridade competente, para dessa forma incorporar a convenção ao ordenamento interno, que no Brasil é o Congresso Nacional, para ser previamente analisada, para então ser decidido se ratificada ou não.

Assim, o inciso I do artigo 49 e inciso VIII do artigo 84, ambos da Constituição Federal de 1988, dispõem:

Artigo 49.

É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

artigo 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VIII- celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. (BRASIL, 1988, online).

Logo, depois de todo o processo externo e interno, com análise minuciosa pelas autoridades competentes, não é aceitável o argumento da não obrigatoriedade das Convenções da OIT, ou aceitar que simplesmente o Estado as ignore ou deixe de aplicá-las, em virtude de leis internas ordinárias. Até porque, caso o Estado-Membro da OIT não deseje mais aplicar as normas da Convenção, poderá utilizar-se do instituto da denúncia, que de acordo com Nascimento: é “o aviso prévio



pelo qual o Estado comunica à OIT a sua disposição de não continuar aplicando as normas contidas na convenção”¹⁰.

Outrossim, o Acórdão do TST contraria o que dispõe, expressamente, a Convenção de Viena, ou Tratados dos Tratados, da qual o Brasil é signatário, cujo tratado foi ratificado em 2009. A convenção dita que não é permitido o Estado alegar o seu direito material interno para se esquivar das responsabilidades advindas das ratificações dos tratados internacionais, *in verbis*: “artigo 27- uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Essa regra não prejudica o artigo 46”.

De forma elucidativa, acerca do assunto Mazzuoli ensina que:

A Convenção de Viena não permite, como regra geral, que o Estado invoque seu Direito interno, para eximir-se das responsabilidades decorrentes do compromisso assumido (art. 27). Para essa norma ampla, prevê, entretanto, uma exceção: se o consentimento em obrigar-se foi expresso em violação a uma disposição interna sobre a competência para concluir tratado, e desde que a violação seja manifesta e se refira a uma regra de seu Direito interno de importância fundamental, o Estado pode eximir-se de cumprir o pactuado (art. 46). A expressão regra de seu direito interno de importância fundamental deve ser interpretada em sentido restritivo: fundamental é a Constituição do Estado, o Direito Constitucional vivo e efetivo, tal qual aplicado e entendido. A competência,

10 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.137.

entretanto, pode se referir: ao Poder (ou órgão, se for o caso) ao qual ela é atribuída, para a conclusão do tratado, ou à própria matéria objeto do pacto¹¹.

Dessa forma, tratando-se de direito material interno, o Estado não poderá alegá-lo para não cumprir os Tratados assumidos, já que não cabe exceção. Comporta, porém, no aspecto formal, exceção no caso da competência ou matéria, sendo necessário ainda o confronto com a Carta Magna brasileira, o que não se encontra no presente Acórdão supracitado. Além disso, o Tribunal Superior do Trabalho tão pouco poderia, no seu Acórdão, arguir a incompatibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos, em face das leis ordinárias da Consolidação das Leis do Trabalho, para justificar a impossibilidade de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade (normas de direitos humanos), tendo em vista a Emenda Constitucional n.º 45/2004 e o atual posicionamento do Superior Tribunal Federal.

Ocorre que aquele era um entendimento que prosperou, a partir do julgamento do processo 80.004-SE, do ano de 1977, julgamento do qual o STF fixou opinião de que os tratados internacionais teriam igualdade de posição com as leis federais, ou seja, as leis internas do País poderiam revogar os tratados anteriores, o que se tornou propício na ocasião, haja vista, o período militar e os decretos que a todo tempo eram emanados à época.

Todavia, esse entendimento está superado, pois o Superior Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.343/2008 entendeu que com o advento da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, que houve no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a introdução do

11 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 288.



parágrafo 3º, do qual os tratados internacionais de direitos humanos que percorressem o rito formal, com aprovação de *quórum* qualificado, teriam *status* de emenda constitucional, já os tratados internacionais que ocorressem pelo rito acima, seriam norma *supralegal*, ou seja, estariam acima das leis e abaixo da Constituição.

Dessa forma, devem prevalecer as convenções n.º 148 e n.º 155 da OIT, já que tratam de direitos humanos, tendo o nível de norma *supralegal*, já que não houve a aprovação pelo rito do §3º do artigo 5º da Constituição Federal, conforme o STF. Portanto, acima da Consolidação das Leis do Trabalho e abaixo da Constituição Federal.

Para Mazzuoli, todos os Tratados Internacionais de Direitos Humanos têm hierarquia de norma constitucional e acrescenta:

Caso não se entenda que as convenções da OIT têm hierarquia de norma constitucional no Brasil, não se pode deixar de atribuir-lhes o nível, no mínimo, *supralegal*, a partir de decisão do STF no RE 466.343-1/SP, julgado em 3 de dezembro de 2008 [...]. De uma forma ou de outra, a superioridade hierárquica das convenções da OIT relativamente às leis ordinárias terá repercussão na aplicação judiciária de diversas normas do art. 7º da Constituição (direitos dos trabalhadores urbanos e rurais) combinadas com os direitos previstos nas convenções adotadas pelo Brasil¹².

Aliás, o entendimento acima corrobora com o inciso XXIII do artigo 7º da Constituição Federal, que sem nenhuma ressalva, diz que o adicional

12 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1032-1033.

de insalubridade e periculosidade é um direito do trabalhador. Portanto, total consonância entre as convenções da Organização Internacional do Trabalho e a Constituição Federal de 1988.

Diante dessa mudança decorrente da Emenda Constitucional n.º 45/2004, e principalmente do julgado do STF, que foi um marco no que se refere ao surgimento de um novo tipo de controle, qual seja, o chamado controle de convencionalidade das leis, no aspecto concentrado, perante o STF. Esse controle de convencionalidade (difuso ou concentrado) é uma espécie de proteção aos direitos humanos, porquanto compatibiliza as normas internas com os tratados internacionais de direito humanos, de modo a respeitar os tratados que foram ratificados pelo Brasil. Acerca da convencionalidade, nas palavras de Mazzuoli:

O controle de convencionalidade poderá ser difuso ou concentrado, neste último caso quando o tratado de direitos humanos for aprovado pela sistemática do art. 5, § 3º, da Constituição e entrar em vigor no Brasil (entenda-se, após ratificado...) com equivalência de emenda constitucional¹³.

Portanto, infere-se que é plenamente possível o controle de convencionalidade pelos Tribunais Superiores, quando provocados, na medida que são os responsáveis em interpretar, controlar e aplicar o direito. Entretanto, os Tribunais Superiores devem respeitar a Constituição Federal brasileira e posteriormente, os tratados internacionais de direitos humanos, pois esses, além da natureza em que se fundam, estão alinhados no interesse do bem comum mundial.

13 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 383.



CONCLUSÃO

Pelo exposto, percebe-se o progresso dos tratados internacionais de direitos humanos no contexto mundial e os seus reflexos nos Estados, ao longo do tempo, pois, por intermédio deles se tem alcançado a harmonia nas relações entre os Estados. Nota-se, também, a contribuição do direito do trabalho, para proteção da dignidade da pessoa humana, unificando normas através da Organização Internacional do Trabalho, de modo a garantir os direitos sociais aos trabalhadores e alcançar a justiça social.

Cumpra mencionar que, a partir do momento que o Brasil ratificou as convenções da OIT, em especial, a de n.º 148 e n.º 155, assumiu compromisso perante os Entes Internacionais e os trabalhadores brasileiros de respeitar a sua integridade, observando as questões relativas a saúde e ao meio ambiente do trabalho. Verifica-se, ainda, a natureza de direitos humanos das mencionadas convenções e a sua relação com os adicionais de insalubridade e periculosidade, bem como, a obrigatoriedade de aplicação das convenções da OIT, quando ratificadas pelo Brasil, haja vista, a natureza do tratado e o extenso procedimento formal que é adotado para sua aprovação.

Após análise, quanto a inserção dessas convenções no ordenamento jurídico interno, constatou-se que as convenções de n.º 148 e n.º 155 da Organização Internacional do Trabalho, adentram no ordenamento jurídico brasileiro como normas supralegais, pois apesar de serem normas de direitos humanos, não obedeceram ao formalismo do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal, portanto, estão abaixo da Carta Magna, prevalecendo sobre as leis ordinárias.

Conclui-se que, embora o peso desses tratados, em especial as convenções n.º 148 e n.º 155 da OIT que versam, como exposto, so-

[Ir para o índice](#)

bre segurança e saúde no meio ambiente do trabalho, tudo em consonância com a Constituição Federal, ainda assim, o Tribunal Superior Trabalho acolheu a Consolidação das Leis do Trabalho em detrimento dos tratados internacionais de direitos humanos, ignorando o controle de convencionalidade, o caráter de supralegalidade dessas normas e o entendimento da mais Alta Corte brasileira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado. Acesso em: 03 jul. 2016

BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. **Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 03 jul. 2016

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 01 jul. 2016

BRASIL. Tribunal Superior Do Trabalho. Recurso de Revista nº 0000776-12.2011.5.04.0411, da 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Data de Julgamento: 20 mai. 2015, Data de Publicação: DEJT 22 maio 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.



GUERRA, Sidney. **Curso de direito internacional público**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenções ratificadas pelo Brasil**. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/convention>. Acesso em: 7 jul. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RESEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

Uma análise da proteção aos Direitos Fundamentais e do acesso à justiça trabalhista do imigrante ilegal no Brasil

An analysis of Fundamental Rights protection and access to labor justice of the illegal immigrant in Brazil

MATEUS RODRIGUES LINS
THIAGO PESSOA COLARES
VANESSA BATISTA OLIVEIRA

Resumo

Este artigo tem por escopo a análise da perspectiva jurídica que envolve a figura do imigrante ilegal, em especial, aquele que, ao se estabelecer em território brasileiro, passa a trabalhar e ter seus direitos trabalhistas violados. Assim, essa pesquisa aborda implicações inerentes à situação jurídica desses trabalhadores, bem como, os principais impactos decorrentes das relações desenvolvidas por eles diante da ótica dos direitos fundamentais e da legislação infraconstitucional, objetivando a análise de um efetivo acesso à justiça. Para isso, este trabalho propõe a solução por meio de uma substituição processual através de sindicatos. Parte-se dessa pers-



pectiva, tencionando compreender como a legislação trabalhista deve ser interpretada e aplicada, para assimilar o comportamento jurisprudencial envolvendo a figura do imigrante ilegal, destacando decisões de tribunais trabalhistas brasileiros, com o intuito de chegar a alguma conclusão a respeito da garantia de um efetivo acesso à justiça, para tais trabalhadores.

Palavras-chave: Imigrantes ilegais. Acesso à justiça. Direitos trabalhistas. Direito constitucional. Comportamento jurisprudencial.

Abstract

The study aims to analyze the legal perspective of the illegal immigrant, particularly the one who, establishing itself in the Brazilian territory, starts to work and has his labor rights violated. Thus, the research addresses implications inherent to the legal situation of these workers, as well as what are the main impacts resulting from the relations developed from the viewpoint of fundamental rights and legislation, aiming at the analysis of an effective access to justice. In this context, this scientific work proposes a solution by means of a procedural substitution through unions. It starts from this perspective, intending to comprehend how the labor legislation should be interpreted and applied, to, then, assimilate the jurisprudential behavior involving the illegal immigrant, highlighting decisions from Brazilian labor courts, in order to, finally, reach conclusions about the guarantee of an effective access to justice for the workers.

Keywords: *Illegal immigrant. Access to justice. Labor rights. Constitutional rights. Jurisprudential behavior.*

[Ir para o índice](#)

INTRODUÇÃO

O mundo em geral tem presenciado grandes fluxos migratórios decorrentes de conflitos no Oriente médio, desastres ambientais ou busca individual pela integração em novos mercados de trabalho. A imigração para o Brasil decorre das situações citadas, e não tem se restringido, meramente, a quesitos legais para sua admissão em território brasileiro, como acontece em outros países. Aqui, há também, uma constante busca pelos direitos fundamentais.

Nesse aspecto, a problemática gira em torno do fato de que muitos imigrantes irregulares, principalmente os provenientes de países latino-americanos, na tentativa de sobreviver, submetem-se ao desenvolvimento de atividades laborais em que sofrem frequentes abusos que ferem aos direitos trabalhistas. Em razão dessa situação de vulnerabilidade, os imigrantes são silenciados pelo medo, uma vez que correm risco de deportação. Assim, os patrões tiram proveito dessa condição, usando-a para coagi-los mantendo a operação de suas atividades.

Nesse limiar, a situação de clandestinidade torna muito árduo o acesso à justiça para essa parcela populacional, dificulta o reconhecimento do seu vínculo trabalhista e, conseqüentemente, impossibilita a obtenção de qualquer indenização e de outros direitos trabalhistas.

Nesta pesquisa, objetiva-se entender, na perspectiva do acesso à justiça, a forma mais efetiva de garantir os direitos fundamentais e trabalhistas dos imigrantes ilegais que exercem labor em território brasileiro, tendo em vista as constantes violações a seus direitos. Nesse viés, realizou-se pesquisa bibliográfica exploratória, em artigos científicos, tendo em vista o aprimoramento de ideias, com abordagem qualitativa, uma vez que procura-se maior compreensão das ações nas relações humanas, bem como, aprofundar observação dos fenômenos sociais.



1. O TRATAMENTO AOS IMIGRANTES DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

O art. 4º do Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80) apresenta um rol de espécies de visto que pode ser vinculado a questão imigratória, servindo àquele que vem em busca de trabalho, para ser considerado “estrangeiro residente no país”, com todas as prerrogativas e direitos apontados pelo art. 5º da Constituição Federal, que deve, necessariamente, portar um visto permanente¹, por exemplo, caso adotada interpretação literal da lei².

Podendo ficar condicionado ao prazo de até cinco anos, o visto permanente representa relação do estrangeiro com o desenvolvimento econômico do país onde está residindo. Assim, nas relações privadas, apenas aquele que tem o visto permanente nomeia-se imigrante³. Nessa perspectiva, o art. 16 do estatuto, em seu parágrafo único, elucida a mão de obra especializada como condição à entrada de imigrantes em território nacional. Contudo, há controvérsia fática mostrada em dados levantados pela Coordenação Geral de Imigração (CGI) do Ministério do Trabalho e Emprego, em que o número de imigrantes com menor nível de escolaridade tem aumentado. Esse importante fato demonstra a entrada elevada de pessoas com menor possibilidade de ingresso no mercado de trabalho formal, que vivem a margem do acesso à justiça, e que, em decorrência disso, tornam-se mais propícias a sofrerem violações de caráter trabalhista.

1 Conforme o art. 17 da Lei nº 6.815/80, para a obtenção do visto permanente, devem restar satisfeitos os requisitos do art. 5º do referido estatuto, bem como, eventuais exigências de natureza especial previstas em normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Imigração.

2 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.651.

3 BATISTA, V. O.; PARREIRA, C. G. **Perspectivas jurídicas da política migratória no Brasil**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c559da2ba967eb82>. Acesso em: 14 mar. 2016.

O imigrante ilegal é aquele que nunca obteve qualquer documento que legalizasse sua situação, antes ou após ingressar num país estrangeiro, ou porque possui documento com visto não compatível à sua condição.

Assim, evidenciada a ilegalidade, se torna necessário enfrentar a questão desse tipo de imigrante, não a partir da sua característica de estrangeiro despido de cidadania, mas mediante sua condição de ser humano despido de direitos e garantias fundamentais, como o próprio acesso à justiça, que é imprescindível para que possa pleitear, em âmbito judicial, a cessação da violação de seus direitos.

2. A LÓGICA E A AMPLITUDE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM FACE DOS IMIGRANTES ILEGAIS

Segundo George Marmelstein⁴, os direitos fundamentais são normas jurídicas que mantêm estreito vínculo com a ideia de Dignidade da Pessoa Humana, bem como, com a limitação do poder estatal, positivadas no âmbito constitucional do Estado Democrático de Direito, a ponto de fundamentar e legitimar todo o ordenamento jurídico pátrio. Nesse Ínterim, precisa ser feito a análise da Constituição Federal em conformidade com o conceito exposto, primeiramente quanto às disposições do *caput* do art. 5º, inserido no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, que expressa o seguinte:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos es-

⁴ MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.20.



trangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...].

Assim, conclui-se que se a interpretação literal do texto for aplicada, somente seriam titulares de direitos fundamentais, os brasileiros e os estrangeiros residentes no país, restando outros, excluídos do âmbito da proteção judicial que de acordo com tal hermenêutica, são os estrangeiros não residentes. Se assim fosse, aqueles que não tivessem ânimo definitivo de permanecer no Brasil, como os turistas ou estrangeiros, que não obtivessem visto permanente, não mereceriam proteção do Estado, ficando à margem do mundo jurídico. Tal entendimento restaria por contribuir para a manutenção de imigrantes ilegais no país, em condições de trabalho análogo à escravidão, fomentando a impunidade dos empregadores que os contratam.

Posto isso, se torna necessária a leitura do parágrafo 2º, art. 5º da Constituição Federal, que traz no âmbito dos direitos fundamentais a ideia de abertura material da Constituição: “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”. A interpretação do dispositivo permite compreender que, além dos direitos fundamentais expressos no rol do mencionado artigo 5º, existem outros que, pelo próprio conteúdo, também, se enquadram no corpo fundamental da Constituição, ainda que não constem no catálogo. Sendo assim, visualizam-se duas categorias de direitos fundamentais: *direitos formal e material*, compreendendo aqueles que estão expressos na Constituição formal, e direitos apenas materialmente fundamentais, não expressos no texto constitucional⁵.

5 SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.80-82.

As constituições do Estado Social Democrático representam documentos de transformação da realidade, buscando ampliar a pauta democrática do Estado pela maior abertura constitucional, alicerçando um conjunto de “normas, princípios e programas, sujeitos a variadas possibilidades exegéticas e esquemas de aplicabilidade”⁶. Assim, a partir da abertura material do catálogo dos direitos fundamentais, é possível concluir que podem existir outros direitos fundamentais explícitos e implícitos em todo o texto constitucional, bem como, nos tratados em que a República Federativa do Brasil seja parte. Abre-se, portanto, a possibilidade de serem incluídos aos direitos fundamentais do trabalhador, presentes no art. 7º da Constituição Federal, outros princípios como aqueles que constam nos títulos “Da Ordem Econômica” e “Da Ordem Social”, valorizando o trabalho humano como meio para assegurar a existência digna, pautada nos ditames da justiça social e do bem-estar coletivo⁷.

Nesse sentido, o art. 5º da Constituição Federal deve ser aplicado mediante interpretação conforme a Constituição, uma vez que não pode ser ignorada a Dignidade da Pessoa Humana, inerente a todo ser humano, sendo a valorização do trabalho condição para implementação de uma ordem social e econômica justas, cabendo, ao imigrante ilegal reivindicar direitos trabalhistas por meio das mesmas garantias constitucionais outorgadas aos nacionais.

A interpretação a ser feita em torno do dispositivo supracitado, no momento em que aponta serem os direitos fundamentais atribuídos a brasileiros e “estrangeiros residentes no país”, diz respeito tão somente a

6 CASTRO, C. R. S. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.35-36.

7 Ibidem



dimensão territorial, a qual se aplica a tutelados os direitos fundamentais, certificando que a proteção desses direitos é inerente a ordem jurídica brasileira⁸.

Importa ainda afirmar que os direitos fundamentais devem se pautar no princípio da universalidade, sendo cabível a qualquer pessoa, nativo ou estrangeiro residente ou não, diretamente fundados na dignidade humana. Sendo assim, uma eventual ilegalidade da permanência de um estrangeiro no Brasil, ainda que possa gerar sanções, não importa no afastamento da titularidade dos direitos fundamentais pelo imigrante⁹. Seguindo esse limiar, José Afonso da Silva¹⁰ afirma que por força do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, os tratados dos quais o Brasil faz parte repercutem no âmbito interno do país, devendo, portanto, ser reconhecida a condição humana a toda e qualquer pessoa, tendo em vista a incidência de tratamento digno, uma vez que a República Federativa do Brasil é subscriitora da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em razão do exposto, ficam assegurados aos imigrantes ilegais, como direitos fundamentais pautados na dignidade humana e no conceito de abertura material da constituição, os direitos e garantias trabalhistas, sendo totalmente devido o efetivo acesso à justiça.

8 SALADINI, A. P. S. **Trabalho e Imigração**: os direitos sociais do trabalhador imigrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais. 2011. 285 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Paraná, 2011.

9 SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 213.

10 SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p.193.

3. ACESSO À JUSTIÇA TRABALHISTA POR MEIO DE SINDICATOS

A garantia de acesso à justiça está prevista na Constituição Federal, no art. 5º, inc. XXXV, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. É, portanto, uma garantia fundamental, inerente a todo ser humano, cidadão ou mero integrante da população nacional, o encontro com a ordem jurídica brasileira e o acesso à justiça. O art. 8º da Declaração Universal dos Direitos do Homem reafirma essa ideia, dispondo que “Todas as pessoas têm direito a um recurso efetivo dado pelos tribunais nacionais competentes contra os atos que violem os seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

Segue-se o preceito universalista dos direitos fundamentais, não podendo os juízes e tribunais de Estado que tenham ratificado a Declaração Universal dos Direitos do Homem se negar a conceder prestação jurisdicional, nos casos em que tenha havido violação de direitos fundamentais de um estrangeiro, ainda que ele se encontre em situação de ilegalidade¹¹.

Importa, porém, dissociar a visão de acesso à justiça, da mera possibilidade de acionar o Poder Judiciário, já que, muitas vezes, o simples “ingressar” não é bastante para obter uma justa prestação jurisdicional. O termo “acesso à justiça” deve ser entendido como acesso a uma ordem jurídica justa¹², sendo indispensável que se observe as regras do devido processo legal, garantindo a participação dos litigantes de forma intensa na formação do convencimento do juiz.

11 CASTRO, C. R. S. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 2010, p. 320.

12 CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 39-40.



Sendo assim, apesar da possibilidade de vir o trabalhador a ingressar com ação na Justiça Trabalhista, por meio do *jus postulandi*, atuando pessoalmente, sem necessidade de advogado, não se pode negar a ele o direito relativo à assistência judiciária gratuita e à substituição processual por meio de sindicato, fator que melhor proveria o acesso a uma ordem jurídica justa, uma vez que a atuação em juízo se tornaria muito mais eficaz do que a atuação pessoal do trabalhador, o qual, geralmente, não detém conhecimento jurídico suficiente para conduzir o processo de maneira adequada.

3.1. Substituição processual por sindicato e assistência judiciária gratuita

Aqui, cabe buscar a compreensão da operabilidade da proteção aos imigrantes que trabalham ilegalmente no Brasil e como deve ser viabilizado o seu acesso à justiça, por meio dos sindicatos.

O Brasil adotou o princípio da Unicidade Sindical, tendo em vista a recusa da convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que se enquadra entre as convenções de óbice fundamental. A Unicidade Sindical compreende que para cada zona territorial haverá apenas um sindicato atuante em representação de determinada categoria, configurando-se impossibilitada a existência de mais de um sindicato dotado de representatividade, em um mesmo espaço geográfico¹³.

Dispõe o art. 8º, III, da Constituição Federal que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Esse dispositivo foi alvo de diversos entendimentos, principalmente no que diz respeito à

13 CASSAR, V. B. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Grupo Editorial Nacional, 2015.

possibilidade de atuação do sindicato como substituto processual, já que alguns consideravam que tal substituição estaria condicionada às hipóteses previstas em lei infraconstitucional, enquanto outros defendiam a inexistência de restrições para isso¹⁴. Prevaleceu, por fim, o entendimento de que a substituição processual pelo sindicato deve se dar, de forma ampla, sem restrições.

O sindicato poderá agir como substituto processual, atuando em nome próprio na defesa de direitos individuais homogêneos alheios, quais sejam “aqueles que se originam da mesma situação fática ou jurídica, cujos titulares são determinados, o interesse seja divisível e as questões comuns predominem sobre as individuais”¹⁵.

No caso dos imigrantes ilegais, para que se torne possível a defesa de seus direitos individuais homogêneos, mediante substituição processual por sindicato, devem ser eles pertencentes à mesma categoria profissional, tendo a violação de seus direitos sido oriunda da mesma situação fática ou jurídica. Tal mecanismo permite, a esses trabalhadores, maior efetividade no acesso à justiça, uma vez que racionaliza a prestação jurisdicional, visando, caso houvesse multiplicidade de ações individuais, o resguardo de relações fático-jurídicas semelhantes, a fim de evitar a prolação de decisões judiciais contraditórias. Aumenta-se, dessa maneira, o poder negocial dos sindicatos, possibilitando melhor resguardo dos direitos defendidos e o acesso do imigrante à ordem jurídica por meio de defensor, com conhecimento suficiente para demandar em juízo de forma eficaz¹⁶.

14 LAURINO, S. F. de L. **Questões atuais sobre a substituição processual**. Disponível em: file:///C:/Users/pc/Downloads/14_Artigo.pdf. Acesso em: 15 mar. 2016.

15 SCHIAVI, M. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 340.

16 LORA, I. M. B. **Substituição processual pelo sindicato**. Disponível em: file:///C:/Users/pc/Downloads/05_Artigo_Ilse_M._Bernardi_Lora.pdf. Acesso em: 15 mar. 2016.



É concedido, ainda, a qualquer empregado, incluindo o imigrante ilegal, o direito de ser representado em ação individual por sindicato, conforme dispõe o art. 791, §1º, da CLT, requerendo em juízo assistência judiciária gratuita. Será dispensado do pagamento das despesas processuais, segundo o art. 14, §1º, da Lei nº 5.584/70, aquele que receber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando o mesmo benefício assegurado ao trabalhador que perceber maior salário, desde que prove que sua situação econômica não permite que demande sem prejuízo de seu sustento ou de sua família.

3.2. Aplicação da lei trabalhista em território brasileiro

Tendo em vista que soberania é o poder exercido por um Estado dentro de seu território, conclui-se que as leis aplicadas em prol dos imigrantes ilegais será a lei brasileira, em razão do princípio da Territorialidade¹⁷. Desta feita, pode-se falar na aplicação da principiologia trabalhista brasileira para os imigrantes ilegais, argumentando, com base no princípio da Primazia da Realidade, que, sendo cumpridos os requisitos da relação de emprego, garantem-se ao imigrante as proteções outorgadas ao empregado brasileiro, o qual é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Fala-se, então, do princípio da Proteção para eleger as condições e normas mais favoráveis ao empregado, bem como, do Princípio da Irrenunciabilidade e da Prevalência das Normas Trabalhistas, voltando-se ao bem maior: a Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse sentido, tem se posicionado a jurisprudência pátria, conforme pode-se observar no julgado do Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 12ª Região:

17 BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 137-138.

TRABALHADOR ESTRANGEIRO SEM VISTO PARA TRABALHO EM SOLO BRASILEIRO. VÍNCULO DE EMPREGO. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO E DE APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.

O fato de o trabalhador estrangeiro não deter visto emitido pela Polícia Federal para permanência e trabalho em solo brasileiro, apenas como turista, e ainda vencido, não impede que se aplique a legislação trabalhista brasileira, tampouco o reconhecimento de vínculo de emprego, por aplicação do princípio do valor social do trabalho (CF, art. 170, caput), dos direitos fundamentais à igualdade e à dignidade humana (CF, art. 5º, caput) e do disposto no Decreto n. 6.964/2009- Acordo Sobre Residência para Nacionais dos Estados-Partes do Mercado Comum do Sul - MERCOSUL -, que garante aos cidadãos dos Estados do Bloco a igualdade na aplicação da legislação trabalhista, independentemente da regularidade da situação migratória. (TRT-12- RO: 00002858520145120052 SC 000028585.2014.5.12.0052, Relator: JOSE ERNESTO MANZI, SECRETARIA DA 3ª TURMA, Data de Publicação: 11/09/2015).

Ressalta-se a aplicação do Valor Social do Trabalho, presente no art. 170 da Constituição Federal, ratificando o entendimento esboçado no presente estudo inerente a abertura material da Constituição. Outro caso a ser explorado mostra como a jurisprudência trabalhista tem se comportado frente à proteção dos direitos fundamentais dos imigrantes:

TRABALHADOR ESTRANGEIRO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROVANDO A REGULARIDADE DO INGRESSO E PERMANÊNCIA NO BRASIL. IGUALDADE ENTRE BRASILEIROS E ESTRANGEIROS. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.



VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. VÍNCULO DE EMPREGO RECONHECIDO E CONSECUTÓRIOS LEGAIS DEFERIDOS. Primeiramente, impõe-se destacar o fato de que a Constituição Federal assegurou a igualdade entre brasileiros e estrangeiros, mormente no que tange à tutela dos direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, o caput do artigo 5º da Lei Maior foi redigido da seguinte forma: “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:”. Importante observar, ademais, que ao firmar contrato de emprego o trabalhador, em última análise, busca assegurar o próprio sustento por meio da percepção de parcelas cuja natureza é eminentemente alimentícia. Assim, não há como negar o fato de que o adimplemento de tais direitos visa proporcionar ao obreiro o acesso ao núcleo essencial de outros direitos fundamentais, como educação, vestuário, lazer, higiene, moradia, etc. Expostas tais premissas, emerge de forma clara a conclusão de que a manutenção da r. sentença é a única maneira de dar efetividade, no caso concreto, à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF). Não se pode perder de vista, demais disso, que a força de trabalho despendida pelo trabalhador gerou riqueza para o empregador, que deve suportar a contra prestação devida, sob pena de enriquecimento sem causa, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio. Não bastasse o amparo constitucional e axiológico exposto acima, faz-se mister mencionar a existência de regra jurídica criada com o condão de regulamentar especificamente

Ir para o índice

hipóteses como esta que se afigura *in casu*. (TRT-2- RO: 00005534620135020055 SP 00005534620135020055 A28, Relator: RICARDO ARTUR COSTA E TRIGUEIROS, Data de Julgamento: 24/09/2013, 4ª TURMA, Data de Publicação: 04/10/2013).

Dos casos em tela, percebe-se que o raciocínio desenvolvido neste trabalho encontra respaldo jurisprudencial para sua fundamentação, o que vem facilitar sua defesa quanto à possibilidade da substituição processual, por parte de sindicatos, em casos que envolvam imigrantes em situação irregular, com finalidade de legitimar a previsão do efetivo acesso à justiça, garantindo uma ordem jurídica justa com o intuito de combater relações de trabalho, por vezes em condições análogas à escravidão, que violam direitos e garantias fundamentais.

CONCLUSÃO

A problemática do presente estudo resume-se ao questionamento que paira sobre o imigrante ilegal, no sentido de analisar a incidência de direitos fundamentais e trabalhistas que o protejam em eventuais relações de trabalho, de modo a compreender seus meios de acesso à justiça e assimilar o comportamento da justiça trabalhista em casos que envolvam temas de tal complexidade.

Desse modo, foram analisados a força e a eficácia dos direitos fundamentais diante da situação do imigrante irregular, a substituição processual por parte dos sindicatos como forma de garantir o acesso a justiça, a sistemática da aplicação da norma brasileira e, por fim, foi realizado um estudo de casos emblemáticos que confirmaram as suposições no estudo.



Conclui-se, que o imigrante ilegal, apesar da situação de irregularidade, goza de direitos – principalmente os de caráter fundamental – e que a principiologia trabalhista e constitucional o abrange de forma a protegê-lo em relações de trabalho que violem direitos garantidos pela Constituição de 1988 e pela Consolidação das Leis Trabalhistas. Desta feita, o acesso à justiça desses trabalhadores deve ser contemplado pelo Estado e facilitado pelos Sindicatos, por meio da substituição processual que deve se dar, de forma ampla.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BATISTA, V. O.; PARREIRA, C. G. **Perspectivas jurídicas da política migratória no Brasil**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c559da2ba967eb82>. Acesso em: 14 mar. 2016.

BRASIL. **Consolidação das Leis do trabalho**. Decreto-Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. **Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970**. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5584.htm. Acesso em: 10 mar. 2016.

Ir para o índice

BRASIL. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980**. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. **Ministério do Trabalho e Previdência Social – Coordenação Geral de Imigração (CGI)**. Relatório Estatístico das Autorizações de trabalho concedidas a estrangeiros. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://acesso.mte.gov.br/data/files/8A7C816A4FF110CB0153321BB87F5A40/Relat%C3%B3rio%20CGI.29.02.2016.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2016.

CASSAR, V. B. **Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Grupo Editorial Nacional, 2015.

CASTRO, C. R. S. **A constituição aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. **Teoria Geral do Processo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

LAURINO, S. F. de L. **Questões atuais sobre a substituição processual**. Disponível em: file:///C:/Users/pc/Downloads/14_Artigo.pdf. Acesso em: 15 mar. 2016.

LORA, I. M. B. **Substituição processual pelo sindicato**. Disponível em: file:///C:/Users/pc/Downloads/05_Artigo_Ilse_M._Bernardi_Lora.pdf. Acesso em: 15 mar. 2016.

MARMELSTEIN, G. **Curso de Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.



MAZZUOLI, V. de O. **Curso de Direito Internacional Público**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SALADINI, A. P. S. **Trabalho e Imigração**: os direitos sociais do trabalhador migrante sob a perspectiva dos direitos fundamentais. 2011. 285 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Paraná, 2011.

SÃO PAULO. **Processo 0000108-81.2012.5.02.0081**. Reclamante: Ministério Público do Trabalho. Reclamada: Arthur Lundgren Tecidos S/A. Juiz do Trabalho: Marcelo Donizeti Barbosa. São Paulo, 5 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2014/12/Senten%C3%A7a-ACP-Pernambucanas.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2016.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHIAVI, M. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2015.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

A vulnerabilidade dos refugiados ambientais e o acesso à justiça: os haitianos na Amazônia Ocidental

The vulnerability of environmental refugees and access to justice: haitians in western amazon

APARECIDA LUZIA ALZIRA ZUIN
SANDRA APARECIDA SILVESTRE DE FRIAS TORRES
ARLEN JOSÉ SILVA DE SOUZA

Resumo

O foco deste estudo se concentra no fenômeno migratório de pessoas que, em virtude dos desastres naturais, são forçosamente obrigadas a deixar seus países, os chamados refugiados ambientais. Para entender esse fenômeno é necessária uma breve conceituação sobre refugiado ambiental, haja vista não se tratar do mesmo caso de refugiado político, declarador de perseguição pelo Estado por questões de raça, religião, nacionalidade, grupo social etc. Por isso, a necessidade de estender a discussão no sentido de aprofundar a definição de refugiado, de modo mais abrangente, e avaliar a legislação que possa atendê-los. Nessa direção,

[Ir para o índice](#)



será investigado as principais dificuldades da cidade de Porto Velho, capital do estado de Rondônia, de aceitação e acolhimento dos refugiados ambientais que saem do Haiti, em busca do acesso à justiça, ao mesmo tempo que se procura identificar o motivo pelo qual o fluxo migratório desses refugiados se dá pela região da Amazônia Ocidental.

Palavras-chave: Refugiados ambientais. Vulnerabilidade. Haitianos. Porto Velho. Amazônia Ocidental.

Abstract

The focus of this study is the phenomenon of migration of persons who, due to natural disasters, are forced to leave their countries, the so-called environmental refugees. In order to understand said phenomenon, it is necessary to briefly conceptualize environmental refugee, as it is not the same as the case of a political refugee, who declares to be persecuted by the Government due to race, religion, nationality, social group, etc. Therefore, there is a need to define refugee in a broader manner and to study the legislation that might serve them. In this regard, this work investigates the main difficulties of Porto Velho, Capital City of Rondônia, to accept and receive environmental refugees from Haiti seeking access to justice; at the same time, it seeks to identify the reason why the migration flow of these refugees occurs through the Western Amazon region.

Keywords: Environmental refugees. Vulnerability. Haitians. Porto Velho. Western Amazon.

[Ir para o índice](#)

INTRODUÇÃO

Um fenômeno que tem chamado a atenção da comunidade internacional é o deslocamento de grupos de pessoas para as mais diversas regiões do planeta. Dentre as causas que levam pessoas a saírem dos seus países de origem, em busca de melhores condições de vida, estão as crises financeiras, as guerras civis, as diferenças de ordem política e preconceitos raciais. No entanto, outro fenômeno migratório tem surgido nos últimos tempos, em virtude dos desastres naturais que forçam e/ou obrigam pessoas a deixarem seus países, conhecido como processo migratório dos refugiados ambientais.

Para entender esse fenômeno é necessária uma breve conceituação sobre os refugiados, haja vista não se tratar de refugiados políticos, declaradores de perseguição pelo Estado por questões de raça, religião, nacionalidade ou grupo social etc.

A justificativa desta pesquisa a respeito da justiça social e ambiental, no contexto da crise global, é a revisão das violações dos direitos humanos dos refugiados ambientais, devido tratar-se de pessoas que fogem dos seus países, por causa de acidentes, de alguma ordem ambiental, provocadas pela natureza ou pelo próprio ser humano. Desse modo, considera-se não ser plausível, esses tipo de refugiados não ser acolhido com os mesmos direitos das pessoas que residem no país e/ou lugar onde procuram abrigo sendo, inclusive, tratado de maneira diferente dos demais tipos de refugiados, pois o refugiado ambiental tem pouco apoio jurídico, para ser acolhido, devidamente, porque é uma categoria quase que desconhecida no âmbito jurídico, muito embora as catástrofes naturais, como: inundações, furacões, terremotos, tsunames, desertificação etc. serem antigas. Por outro lado, há os danos ambientais causados pelo homem, os quais comprometem a qualidade de vida e a segurança dos povos, levando



aqueles que sofrem com esses danos, a se tornarem, também, refugiados ambientais, que pela falta de legislação específica sobre o assunto, terão difícil acesso a proteção jurídica nacional e internacional.

Tudo isso, revela que, no Brasil existe um vácuo na legislação que atende-a esses tipo de refugiados. Essa constatação tem levado a comunidade jurídica a fazer acordos internacionais, que discorrem sobre os direitos humanos, ciente da importância de discutir a realidade dessa nova categoria de refugiados.

Nessa perspectiva, a problematização recai sobre as dificuldades brasileiras, em particular sobre a região amazônica, em implantar os programas de acolhimento e cumprir em território nacional os direitos sociais voltados aos refugiados ambientais, como previstos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988: “o direito à saúde, à educação, ao trabalho, ao lazer”, entre outros. No entanto, no recorte do objeto, o problema se volta para os refugiados advindos do Haiti, em virtude do abalo sísmico que atingiu esse país, em 2010.

Uma das hipóteses deste estudo é que no Brasil, especificamente a região da Amazônia Ocidental (porta de entrada dos haitianos), e, particularmente, o Estado de Rondônia, cidade de Porto Velho (lugar da pesquisa) tem dificuldade no acolhimento dos haitianos e na efetivação dos seus direitos sociais, por não possuir amparo jurídico nacional ou internacional que tutele os direitos específicos dessa nova categoria de refugiados, criada pela literatura especializada: os refugiados ambientais. Outra situação merecedora de análises é a concessão do visto humanitário pelo Brasil aos haitianos, porque a medida é meramente temporária e imediata, contrária à condição de refugiado ambiental em que o haitiano se encaixa.

[Ir para o índice](#)

Nessa direção, os objetivos desta pesquisa, são: investigar as principais dificuldades de Porto Velho- RO, de aceitação e acolhimento do refugiado ambiental com vistas ao atendimento à justiça social, apresentar documentos que comprovam a desatualização jurídica do Direito brasileiro e Internacional sobre o assunto, analisar o perfil desse refugiado, analisar as relações internacionais mantidas entre Brasil e Haiti, a fim de identificar qual o motivo desencadeia o fluxo migratório pela região amazônica, em específico. Pra atingir tais objetivos esta pesquisa se enquadra nas categorias qualitativa-descritiva e de campo.

Trata-se de tema relevante, dada a contemporaneidade dos fatos que desencadearam a imigração forçada dos haitianos para o Brasil. Em atendimento aos objetivos apresentados, à problemática e às hipóteses, em um primeiro momento, por meio do levantamento bibliográfico e das análises qualitativas pretendeu-se o aprofundamento sobre o tema. No segundo momento, a pesquisa de campo terá o propósito de averiguar como os haitianos, aqui classificados como refugiados ambientais, são acolhidos em Porto Velho e se os Direitos Humanos dessa categoria estão sendo atendidos. A revisão bibliográfica serviu ao trabalho com o propósito de conferir o diálogo ambiental, constitucional e internacional. Tal procedimento foi contemplado, como visto no trabalho do cientista ambiental britânico Norman Myers, publicado em 1995, que já sinalizava a necessidade do reconhecimento do fenômeno do refugiado ambiental, como questão internacional.

[...] a questão dos refugiados ambientais promete estar entre uma das maiores crises da humanidade dos nossos tempos. Até o momento, no entanto, ela tem sido vista como uma preocupação periférica, uma espécie de aberração da ordem normal das coisas- mesmo que seja uma manifestação externa de profunda privação e desespero. Enquanto deriva principalmente de problemas ambien-



tais, gera inúmeros problemas de tipo político, econômico e social. Como tal, ele poderia facilmente se tornar uma causa de tumulto e confronto, levando a conflitos e violência. No entanto, como o problema se torna ainda mais premente, as nossas respostas políticas de curto-prazo são insuficientes para o tamanho do desafio. Para repetir um ponto-chave: refugiados ambientais ainda têm de ser oficialmente reconhecidos como um problema de todos¹.

Busca-se fundamento, também, na Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração n° 97, de 12/01/2012 e suas alterações, sobre a concessão de visto humanitário aos haitianos, sendo este, talvez, o documento mais importante no Brasil na tutela jurídica desses imigrantes, criado com base na Lei 6.815/80, definindo a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, e criando o Conselho Nacional de Imigração. Destaca-se a atuação da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento das Nações Unidas (CMMAD), constituída em 1983, por solicitação da Assembleia Geral das Nações Unidas, incumbida na elaboração de uma agenda global para abordar o assunto, a partir do diagnóstico de preocupações e desafios comuns.

1. OS DIREITOS HUMANOS E A JUSTIÇA SOCIAL: INDICAÇÕES BREVES

À luz dos Direitos Humanos, a discussão do combate da injustiça social e econômica, do desarmamento, da desmilitarização, possibilitando as condições para que os conflitos não ocorram é importante para essa

¹ MYERS, Norman. **Environmental Exodus**: an emergent crisis in the global arena. Washington DC: Climate Institute, 1995, p. 23-27.

problemática. Nesse diapasão, utiliza-se como base teórica o doutrinador Dalmo Dallari, que em sua obra *Direitos Humanos e Cidadania* (2004) descreve, além de um histórico das conquistas essenciais para o convívio democrático, os direitos fundamentais de todo ser humano, tais como: o direito à vida, à liberdade, à igualdade de oportunidades, à moradia, ao trabalho decente, à educação, à saúde, à participação do poder, entre outros.

Na obra de Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, a autora avalia como pode se dar a dinâmica da interação entre o direito brasileiro e o internacional, no sentido de salvaguardar os princípios da cidadania a favor da justiça social.

Avaliar a dinâmica da interação entre o direito brasileiro e o Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como, os limites e as possibilidades de intervenção desse instrumental internacional no processo de redefinição e reconstrução do próprio conceito de cidadania no Brasil².

A obra de Luciana Mendes Barbosa, intitulada “A construção da categoria de refugiados ambientais: uma análise pós-estruturalista do regime para refugiados das Nações Unidas” (2007), corrobora no sentido de analisar como a nova categoria de refugiados {ambientais} são percebidos e tratados pelo “Regime Internacional para Refugiados das Nações Unidas”.

Nessa direção, em texto comentando sobre a escassez da água e como isso, também, ocasionaria ondas de refugiados ambientais e,

2 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 68.



no avanço de guerras. Isabella Pearce de Carvalho Monteiro³ aponta a dimensão da população de refugiados, no mundo, de acordo com a Organização das Nações Unidas – ONU , o que chama a atenção para a urgência dos estudos sobre o tema:

Imaginemos a quantidade e intensidade de conflitos que nascerão e/ou crescerão num cenário de escassez de água cada vez maior. É formula certa para guerras e grandes ondas de refugiados ambientais — a ONU também estima que a população de refugiados no mundo estará na incrível ordem de 2 (dois) bilhões de pessoas, se atitudes não foram tomadas em diversas áreas. Em obra com o intuitivo título “A corrida pelo que sobrou” (“The race for what’s left), Michael Klare profetiza que “a água virou o novo petróleo, causa de batalhas ferrenhas. Guerras que aumentarão em número e dimensão, já que a demanda cresce enquanto a oferta diminui.

Assim, o *status* de refugiados ambientais haitianos no Brasil, embora seja temporário e excepcional, defende-se que a justiça social, para eles, seja plena, muito embora a vulnerabilidade das suas condições em terras brasileiras lhes impõem severos desafios.

1.1 As limitações de acesso a justiça típicas do Brasil: os impactos na vida dos haitianos como refugiados ambientais

As limitações de acesso a justiça típicas do Brasil impactam a realização dos direitos dos refugiados ambientais, caso dos haitianos que

3 MONTEIRO, Isabella Pearce de Carvalho. Precificação da água: entre o direito fundamental de acesso à água e a tragédia do bem comum (KLARE, 2012, p. 27). *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz et al (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 6, 2016, p. 175.

chegaram ao Brasil, se fixaram na região Amazônica, Estado de Rondônia, cidade de Porto Velho. É imperativo reconhecer essa natureza, e por isso perceber a necessidade de propor as mudanças jurídicas que atentem para os aspectos multiculturais e visem o acolhimento desses indivíduos e a realização de seus direitos integralmente.

Para compreender um pouco sobre o problema apontado acima, e conferir a afirmação, apresenta-se uma breve incursão no histórico do Haiti, com o intento de refletir o papel do país no contexto internacional e na América Central, e por consequência, a relação com o Brasil, no contexto dos refugiados ambientais haitianos, principalmente na região Amazônica.

O Haiti tem papel precursor na história das liberdades da América Central porque foi o primeiro país, de origem afrodescendente, a declarar sua independência, em 1804, final do século XVIII⁴. Apesar do não reconhecimento das grandes potências, tornou-se um importante representante nas conquistas do povo negro e da valorização de sua identidade.

Por questões geográficas, políticas e econômicas, o país se viu afundado em sucessivas crises, com uma das mais longas ditaduras modernas, o que deflagrou o caos que perdurou até 2004, sucitando a intervenção das Nações Unidas na reversão do problema. Nesse período, criou-se a Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti – a conhecida MINUSTAH⁵, liderada, militarmente, pelo Brasil que, à época

4 JAMES, C. L. R. **Os jacobinos negros**. Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos. São Paulo, Boitempo, 2000.

5 A Missão das Nações Unidas para Estabilização do Haiti (Minustah) foi criada por Resolução do Conselho de Segurança da ONU, em fevereiro 2004, para restabelecer a segurança e normalidade institucional do país após sucessivos episódios de turbulência política e violência, que culminaram com a partida do então presidente, Jean Bertrand Aristide, para o exílio. O Brasil comanda as forças de paz no Haiti, que tem a participação de tropas de outros 15 países, mantendo na ilha um efetivo que varia entre dois mil quatro capacetes azuis da Marinha, do Exército e da Força Aérea. Mais informações sobre a MINUSTAH, acesso em: <http://www.defesa.gov.br/relacoes-internacionais/missoes-de-paz/o-brasil-na-minustah-haiti>.



desenvolvia uma política internacional expansionista, visando conquistar um assento no Conselho de Segurança das Nações Unidas.

De acordo com Sandra Silvestre:

[...] apoiar o Governo de transição, para garantir um ambiente seguro e estável, para auxiliar na supervisão, reestruturação e reforma da Polícia Nacional do Haiti, para ajudar com o desarmamento global e sustentável, Desmobilização e Reintegração (DDR), para auxiliar a restauração e manutenção da regra de direito, segurança pública e da ordem pública no Haiti, para proteger o pessoal das Nações Unidas, das instalações e equipamentos e para proteger civis sob ameaça iminente de violência física; para apoiar os processos constitucionais e políticos, para ajudar na organização, acompanhamento e realização de eleições livres e municipais, parlamentares e presidenciais para apoiar o Governo Transitório do Haiti, assim como instituições de direitos humanos e grupos em seus esforços para promover e proteger os direitos humanos, e para monitorar e informar sobre situação dos direitos humanos no país⁶.

A desestrutura política, social e econômica interna do Haiti veio a ser agravada em decorrência de catástrofes naturais sucessivas, exigindo ações humanitárias que pudessem atender aquela população, então considerada a mais pobre das Américas, com “IDH- Índice de Desenvol-

6 SILVESTRE, Sandra. **Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti Minustah**. Disponível em: <https://ajonu.org/tag/minustah/>. Acesso em: 20 nov. 2016.

vimento Humano de 0,404 (baixo). Aproximadamente 60% da população é subnutrida e mais da metade vive abaixo da linha de pobreza, com menos de 1,25 dólar por dia⁷. Nesse contexto, devido as crises anteriores, agravado pelas catástrofes de ordem ambiental, os haitianos se viram impulsionados a sair do seu país. Isso ocorreu com grande parte da população, porque o país estava privado de desenvolvimento e com dificuldades na solução dos problemas internos.

Nessa direção, há tempos consta no histórico do Haiti o fluxo de imigrações para outros países. Mas, foi no ano de 2010 que o Brasil entrou para a rota da imigração haitiana. Não se sabe ao certo, se foram estimulados pela presença dos militares brasileiros no Haiti ou se foi por um convite do então ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, quando os haitianos teriam entendido como tendo sido formulado, durante a sua visita ao país. De uma forma ou de outra, "sabe-se por meio de dados que, no final de 2014, o Brasil passará a contar com 50.000 haitianos em seu território"⁸, sendo certo que desde o início da migração, muitos deles rumaram para a Amazônia, atraídos pela oferta de empregos gerados pelo Programa de Aceleração do Crescimento, o conhecido PAC, que disponibilizava vários empreendimentos para a Amazônia. Contudo, destaca-se as construções dos Complexos Hidrelétricos: Usinas Santo Antônio e Usina Jirau, no rio Madeira em Porto Velho – RO.

7 FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. **O Terremoto no Haiti**. Brasil Escola. Disponível em: <http://brasilescuela.uol.com.br/geografia/o-terremoto-no-haiti.htm>. Acesso em: 03 jan. 2017.

8 FERNANDES, DUVAL (coord.). **Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral**. PUC-MG, Belo Horizonte, MG, 2014.



1.2 Os haitianos em Porto Velho - RO

Outro fato marcante que aumentou o fluxo migratório dos haitianos, ao Brasil, se deu em virtude do desastre ambiental ocorrido no dia 12 de janeiro de 2010: um terremoto de magnitude 7,0 na escala Richter, que atingiu o país deixando uma série de feridos, desabrigados e mortes. Estima-se que cerca de 250 mil pessoas foram feridas, 1,5 milhão de habitantes ficaram desabrigados e que o número de mortos ultrapassou 200 mil, de acordo com as notícias da época. Essa situação catastrófica causada pelo terremoto e a consequente falta de perspectivas de vida, levaram os haitianos a procurar abrigo no Brasil e também em outros países, tornando-os conhecidos como os refugiados ambientais.

Segundo dados da Secretaria Municipal de Assistência Social – SEAS (2015) de Porto Velho, aproximadamente 2.800 haitianos vivem na cidade⁹ com moradia fixa. Desses, cerca de 800 ainda trabalham nas usinas do rio Madeira.

2. O QUE SIGNIFICA SER REFUGIADO AMBIENTAL, NO CENÁRIO DE CRISE GLOBAL

A expressão refugiados ambientais não advém da terminologia jurídica, mas, assim é consagrada pelo seu uso, e passou a ser conceituada como:

Aquelas pessoas que foram forçadas a deixar seu habitat tradicional, temporária ou permanentemente, porque

9 Não se sabe o número exato e isso é um reflexo nacional, pois não há uma triagem do governo brasileiro e de nenhum governo local, o que não é diferente em Rondônia. Assim, o que há é uma aproximação e isso se explica pela rotatividade desse fluxo migratório, uma vez que, a cada dia, haitianos chegam e saem das cidades. COTINGUIBA; PIMENTEL, 2013, p. 4.

uma marcante perturbação ambiental (natural e/ou desencadeada por pessoas) colocou em perigo sua existência e/ou afetou seriamente sua qualidade de vida¹⁰.

Para Norman Myers “os refugiados ambientais são pessoas que não podem mais ter um meio seguro de vida em suas pátrias tradicionais, por causa de fatores de abrangência incomum: seca, desmatamento, erosão de terra, escassez de água, ciclones”¹¹. Complementa dizendo: “Em face dessas ameaças ambientais, as pessoas sentem que elas não têm alternativas senão buscar amparo em outro lugar, dentro de seus próprios países ou além e seja em uma base semi-permanente ou permanente”¹².

De acordo com Silva:

o próprio conceito de refugiado deve ser reconstruído. Assim como também as características básicas de sua estrutura. O *status* de refugiado foi criado para ser temporário, para que a pessoa pudesse retornar ao seu país de origem quando cessassem os conflitos ou as perseguições¹³.

O tratamento sobre esse assunto não é recente, pois aconteceu, pela primeira vez, na Convenção de Estocolmo de 1972, na Conferência das

10 .EL-HINNAWI, Essam. Environmental Refugees. Nairobi: United Nations Environment Programme (UNEP), 1985. In: RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. **Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 131-136.

11 MYERS, Norman. **Environmental Exodus: an emergent crisis in the global arena**. Washington DC: ClimateInstitute, 1995, p. 19.

12 Idem, p. 20.

13 SILVA, Camilla Rodríguez Braz. **A questão dos refugiados ambientais: Um novo desafio para o direito internacional**, 2009, p. 12. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br>. Acesso em: 20 jul. 2017.



Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano. Nessa reunião, realizada entre os grandes chefes de Estado do mundo, organizada pelas Nações Unidas, com a finalidade de tratar das questões relacionadas a degradação do meio ambiente e a relação harmônica do homem com o meio em que vive, originou a ideia de que um meio ambiente saudável pode constituir uma pré-condição para o gozo de certos direitos, inerentes ao homem.

Esse movimento, em prol dos Direitos Humanos e da defesa do meio ambiente saudável, culminou na elaboração de alguns instrumentos legais conferindo proteção aos direitos dos refugiados, também serviu à ampliação do conceito, a exemplo da Declaração de Cartagena sobre os Refugiados (1984). Há ainda, a Declaração de São José sobre os Refugiados e Pessoas Deslocadas (1994) que reforça no âmbito dos Direitos Humanos, a aplicação da Declaração de Cartagena, com destaque para a dignidade da pessoa humana ao tratamento dos refugiados e das pessoas deslocadas, internamente, na América Latina e no Caribe.

Nessa direção, os enfoques em defesa dos direitos dos refugiados vêm ao encontro da realidade brasileira com relação aos refugiados ambientais haitianos. Segundo pesquisa recente publicada pela Organização Internacional do Trabalho – a OIT e Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG¹⁴, os imigrantes haitianos, em todo o Brasil, vivem em condições subumanas, sem acesso as políticas públicas básicas de saúde, educação, moradia, cultura e lazer, vivendo agrupados em locais impróprios, verdadeiros “guetos”, além de sofrerem discriminação pela condição de negros e pobres.

14 FERNANDES, DUVAL (coord.). **Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral**. PUC-MG, Belo Horizonte, MG, 2014.

O significativo fluxo migratório dos haitianos impôs à sociedade brasileira uma nova realidade, trazendo ao debate interno a questão dos direitos humanos dos imigrantes, evidenciando total descompasso entre a política externa e a brasileira que, após inúmeras medidas paliativas, findou por reconhecer que os imigrantes haitianos têm no país um “*status*” diferenciado, reconhecendo-os como população, em especial condição de vulnerabilidade.

Para tentar amenizar a condição de vulnerabilidade, foi regularizada a situação desses imigrantes de forma diferenciada dos demais. Essa condição implicou na concessão de visto humanitário pelo prazo de 05 (cinco) anos, o que os colocam em condição legal análoga a dos brasileiros, como sujeitos de direito e com possibilidade de acesso a todos os bens e políticas públicas nos termos do artigo 6º dos Direitos Sociais constantes na Constituição Federal¹⁵.

No entanto, uma pesquisa coordenada por Duval Fernandes (2014) em ação conjunta entre vários órgãos e a Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG evidenciou que, ainda assim, os haitianos são submetidos a condições desumanas tanto no percurso para chegar ao Brasil, quanto após a chegada em solo brasileiro. De acordo com o pesquisador, os haitianos estão vivendo em condições subumanas, com dificuldades de acesso as políticas públicas, a que têm direito, mostrando assim, a necessidade premente de que a abertura das fronteiras para essa população corresponda também, aos meios mais eficientes e eficazes de acesso aos serviços públicos essenciais e ao gerenciamento da justiça social, a eles destinados.

15 BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.



2.1 Os haitianos na Amazônia Ocidental – Rondônia – Porto Velho

Evidencia-se, aqui, como os refugiados ambientais haitianos passaram a viver na região Amazônica brasileira, em particular no Estado de Rondônia, cidade de Porto Velho (capital). Dentre os aspectos identificadores, há os que dizem respeito a criminalidade, uma vez que os dados levantados junto a Polícia Federal e Polícias Civil e Militar dos estados do Acre, Amazônia e Rondônia indicam a inexistência de envolvimento de haitianos em prática de crimes comuns, de uso ou tráfico de entorpecentes. Nesse sentido, é fato notório no Brasil, que a exclusão social dessa população é um fator que aleva a criminalidade.

Segundo Sérgio Adorno, não é somente a classe social que pode ser dotada de preconceitos, porque o grupo racial pode ser determinante, principalmente quando o grupo é negro: “A cor é poderoso instrumento de discriminação na distribuição da justiça. O princípio de equidade de todos, perante as leis, independentemente das diferenças e desigualdades sociais, parece comprometido em face dos resultados alcançados”¹⁶.

Constam nas pesquisas que os imigrantes haitianos que chegam a Porto Velho tem nível de instrução elevado, portanto, seriam detentores de capital cultural e simbólico, não são analfabetos, mas letrados. Por outro lado, os dados não identificam o mesmo perfil dos haitianos que chegam ao restante do Brasil:

42,1% dos homens informaram ter grau de ensino, no mínimo secundário completo, enquanto 43,2% das mulhe-

¹⁶ ADORNO, Sérgio. Violência e Racismo. Discriminação no acesso à justiça penal. In: SCHWARCZ, Lília; QUEIROZ, Renato da Silva. **Raça e Diversidade**. São Paulo: EDUSP, 1995, p. 255-274, p. 274.

res indicaram a mesma situação, e os que declararam ter segundo grau completo e incompleto, 50,8% das mulheres estariam nessa situação, contra 41,8% dos homens¹⁷.

Não bastassem alguns obstáculos de ordem cultural ou de adaptação, os haitianos se deparam com as limitações da língua portuguesa, falada no Brasil, e com a cultura do lugar onde chegam, bem como, com o fato de que a sua permanência é por tempo limitado (o visto humanitário tem período fixo de 5 anos). Além desses fatores, o acesso às políticas públicas brasileiras, inclusive ao próprio sistema judiciário não é tão eficiente, o que necessita ser revisto tomando como fundamento a ótica do multiculturalismo, conforme apregoa Kymlyncka¹⁸. Esse aspecto é importante porque reconhece que o Brasil, enquanto uma moderna sociedade, deve atuar do mesmo modo, isto é, modernizando suas instituições com o objetivo de atender os grupos minoritários, os quais requerem o reconhecimento de suas identidades e diferenças culturais, como o caso dos haitianos trazidos ao debate.

É importante levar essa afirmação em conta, porque por exemplo, a língua de origem dos haitianos é o “creole”, e a maioria dos refugiados ambientais que chegam a Porto Velho falam na sua língua de origem. No entanto, vão se deparar com uma variedade de pessoas advindas de outros Estados do Brasil residentes na cidade, ocasionando choques dos mais diversos, desde a dificuldade na leitura de manuais, informes publicitários, cartazes elucidativos, até mesmo os que pretendem informá-los de como poderão ter acesso à justiça ou buscar proteção no Poder

17 FERNANDES, DUVAL (coord.). **Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral**. PUC-MG, Belo Horizonte, MG, 2014, p. 46.

18 KYMLINCKA, W. **Ciudadanía multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996.



Judiciário. Nesse âmbito, observa-se que a tentativa de inclusão desses refugiados não será eficaz, tendo em vista a própria deficiência comunicativa entre os interessados: o judiciário e os haitianos.

Ademais, verifica-se a existência de preconceito, devido serem afro-descendentes, (dado apontado também por Adorno, 1995) e por isso, enfrentam o racismo “velado” brasileiro, nos termos de Petrarca¹⁹. Outra situação complexa e merecedora de atenção é a exclusão implícita que a sociedade local destina à população haitiana, quando aportam no lugar, quanto a sua condição de saúde. Por motivos diversos, pressupõem-se que são portadores de doenças contagiosas. Mas, a mais comum é a AIDS, que é uma doença endêmica no Haiti e, conseqüentemente, muitos são realmente portadores do vírus, quando ingressam no país, inclusive crianças e grávidas, ocasionando a esses refugiados problemas sérios. Nesse contexto, os gestores da saúde pública local têm se sensibilizado, mas sabe-se que embora os haitianos recebam um tratamento especial, dada a sua condição de vulnerabilidade e, conseqüentemente a dificuldade de acesso às políticas públicas, ainda mais específicas, acaba colocando o Poder Judiciário, como destinatário final dessa clientela. Importa reconhecer aqui, a necessidade de políticas públicas diferenciadas que possam ser colocadas em prática, no sentido de respeitar os direitos humanos dessa categoria de refugiados. Há ainda a premente urgência de compreender, assim como os seus direitos, enquanto grupo minoritário, devam ser concretizados, o combate à injustiça social, destinando-lhes um olhar distinto e um tratamento diferenciado de todas as demais categorias de imigrantes, que aqui estão.

19 PETRARCA, FERNANDA RIOS, **Los Derechos Humanos se conquistan en la lucha**: igualdad racial, activismo jurídico y la defensa de las causas colectivas en el sur de Brasil. 2011. Disponível em: <http://www.revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/viewFile/16745/17441>.

Assim, a política de acesso ao Judiciário para ser eficaz precisa revestir-se de enfoque multicultural que dê acesso à justiça e que permita aos imigrantes ter a sua identidade cultural respeitada assim como a sua língua de origem e outros direitos, ainda que, a tempo de sua permanência no lugar, para o retorno ao seu país e a sua cultura de origem, venha a ser breve. Por essa perspectiva, o enfoque não é a exclusão, ao contrário, uma vez que em termos filosóficos, o melhor tratamento dado a um imigrante é o mesmo dado ao cidadão nacional. E isso, o Brasil já fez ao conceder o visto humanitário e equiparar, em termos de direito, os haitianos aos brasileiros. Assim, na medida em que se mantém íntegros os elementos essenciais da cultura dessa parcela da população, permite-se uma abordagem digna, humanitária e eficaz na adaptação deles no Brasil, aqui em particular, na cidade de Porto Velho, durante o período pressupostamente temporário até que retornem, com integridade, ao seu país de origem.

Desse modo, é válido dizer que para o alcance da justiça social dos haitianos em terras rondônicas é preciso o diálogo entre o Direito Ambiental, Constitucional e Internacional a fim de que, a tutela desses que são obrigados a sair do seu país de origem, em busca da sobrevivência, esteja evidenciada na normativa, para que possam ser cidadãos, como outros aqui residentes.

Fato é que os haitianos não se sentem como dominados ou oprimidos, por serem obrigados a frequentar os Tribunais, as escolas, postos de saúde, ou todos os lugares e serem engolidos pela língua portuguesa e pela cultura brasileira, sendo obrigados a assimilar a cultura no novo país, vendo seus filhos serem, nela educados e a ela aderirem. Para a maioria deles, essas circunstâncias são sentidas como natural, porque sabem e se consideram imigrantes no país. No entanto, no caso concreto, essa situação é anômala, pois a política externa, do Brasil, tem sido



no sentido de recepcionar os haitianos numa condição diferenciada, por questões humanitárias, ainda que temporariamente.

Ao contexto da argumentação é incorporada uma necessária análise sobre a dinâmica dos princípios dos direitos humanos e a realidade atual. Na linha do debate proposto por Nicolas Guilhot²⁰, essa questão traz a síntese contemporânea das ambíguas práticas de mudanças de regime político e promoção de democracia, e apesar de citar o caso particular da política externa dos Estados Unidos, amplia-se o olhar para a atuação do Brasil no Haiti.

Por outro lado, afigura-se que o Brasil tem assumido uma postura de responsabilidade social muito mais efetiva que outros países da atualidade, em especial, diante da grave crise humanitária que assola o mundo moderno. Nesse percurso histórico, o Poder Judiciário brasileiro está sendo convocado para, uma vez mais, assumir seu papel e se mostrar capaz de apresentar soluções criativas e de baixo custo para efetivar a sua parcela de responsabilidade social e mundial, em respeito aos refugiados ambientais.

CONCLUSÃO

O *status* migratório da população de haitianos no Brasil, os coloca numa categoria diferenciada, e por isso mesmo, é necessário ser repensada, inclusive sobre sua conceituação. Mas, não basta teorizar e conceituar, buscando os sentidos semânticos para os refugiados ambientais. É preciso um olhar sensível, a fim de que possam ser vistos de modo mais humano.

20 GUILHOT, Nicolas. Limitando lasoberanía o produciendo goberamentalidad? Dos modelos de Derechos Humanos en el discurso político de Estados Unidos. **Política**: revista de ciência política, Universidad de Chile, v. 49, n. 1, p. 219-241, 2011.

Do mesmo modo, fica a indagação: basta aos refugiados ambientais, terem a concessão do visto humanitário temporário, o que os colocam, em termos de direitos, em condição semelhante dos próprios brasileiros, se de fato isso não ocorre na prática ou na realidade desses cidadãos?

Nessa linha, a conclusão vai um pouco em direção às possíveis soluções dos problemas apresentados, se a concessão dos direitos esbarra em limites práticos, como o fato deles não conhecerem a língua portuguesa, condição que facilitaria o acesso às informações, e por conseguinte, à justiça, para a sua proteção. Se faz necessária a busca de soluções viáveis que possam alcançar essa nova parcela da população, de forma a tornar efetivo o princípio do amplo acesso à Justiça, de forma eficaz, célere e com baixo custo. Para tanto, as propostas vão desde iniciativas básicas, como a colocação de cartazes orientadores em língua “creole” nos locais de atendimento ao público, para que ele se sinta acolhido e respeitado, dentro da estrutura do Poder Judiciário.

Há outras propostas mais complexas e audaciosas, como, por exemplo, a contratação em caráter excepcional, de haitianos no Judiciário para trabalharem nas Secretarias Judiciais ou postos avançados de atendimento, servindo como intermediários e/ou intérpretes para esta população. Além disso, aqueles Tribunais que dispõem de projetos de Justiça itinerante ou postos avançados poderiam possibilitar a inclusão deles, como auxiliares de atendimento, porque dada a sua especial condição de vulnerabilidade, serviria com mais precisão, aos outros iguais, na mesma situação.

Na cidade de Porto Velho, os haitianos têm contribuído em várias frentes de trabalho, mas, deve-se atentar para as condições de trabalho, saúde, educação e moradia dessas pessoas. É nesse sentido, é urgente o diálogo entre as áreas do Direito Ambiental, Constitucional e Internacional, no sentido de se atualizarem para que possam trazer à luz das necessidades atuais, respostas aos conflitos que ferem os direitos dos cidadãos, haitianos.



REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. Violência e Racismo. Discriminação no acesso à justiça penal. *In*: SCHWARCZ, Lília; QUEIROZ, Renato da Silva. **Raça e Diversidade**. São Paulo: EDUSP, 1995, p. 255-274.

BARBOSA, Luciana Mendes. **A construção da categoria de refugiados ambientais**: uma análise pós-estruturalista do regime para refugiados das Nações Unidas. 1º Simpósio em Relações Internacionais do Programa de Pós-graduação em Relações Internacionais San Tiago Dantas (UNESP, UNICAMP E PUC-SP). São Paulo, 12 a 14 de novembro de 2007.

BRASIL. **Carta da Organização das Nações Unidas**. Promulgada pelo Decreto n. 19.841 de 22 de outubro de 1945.

BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília. Distrito Federal. Senado Federal, 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.474**, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. 1997.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Conselho Nacional de Imigração. **Resolução Normativa nº 97**, de 12 de janeiro de 2012. Dispõe sobre a concessão do visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, as nacionais do Haiti. 1980.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 11**, de 07/07/1960. Aprova a Convenção de 25 de julho de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados, assinada pelo Brasil a 15 de julho de 1952.

[Ir para o índice](#)

BRASIL. **Decreto Executivo nº 50.215**, de 28/01/1961. Promulga a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em Genebra, em 28 de julho de 1951.

BRASIL. **Brasil autoriza residência permanente a 43,8 mil haitianos**. Publicado em 11 out. 2015. Portal Brasil. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/brasil-autoriza-visto-de-residencia-permanente-para-43-8-mil-haitianos>. Acesso em: 11 nov. 2016.

COTINGUIBA, Geraldo Castro; PIMENTEL, Marília Lima. Apontamentos sobre o processo de inserção social dos haitianos em Porto Velho. **Travessia** (São Paulo), v. 70, p. 99-106, 2013.

DALLARI, Dalmo. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

EL-HINNAWI, Essam. Environmental Refugees. Nairobi: United Nations Environment Programme (UNEP), 1985. In: RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa (org.). **Ultrapassando fronteiras**: a proteção jurídica dos refugiados ambientais. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.p. 131-136.

FERNANDES, DUVAL (coord.); CASTRO, Maria da Consolação G. De. **Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral**. PUC-MG, Belo Horizonte, MG, 2014.

FRANCISCO, Wagner De Cerqueria E. **O Terremoto no Haiti**; Brasil Escola. Disponível em: <http://brasilecola.uol.com.br/geografia/o-terremoto-no-haiti.htm>. Acesso em: 13 jul. 2017.

GUILHOT, Nicolas. Limitando lasoberanía o produciendogobernentalidad? Dos modelos de Derechos Humanos enel discurso político de Estados Unidos. **Política**: revista de ciência política, Universidad de Chile, v. 49, n. 1, p. 219-241, 2011.



JAMES, C. L. R. **Os jacobinos negros**. Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos. São Paulo, Boitempo, 2000.

KYMLINCKA, W. **Ciudadanía multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996.

MONTEIRO, Isabella Pearce de Carvalho. Precificação da água: entre o direito fundamental de acesso à água e a tragédia do bem comum. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et al. (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v. 6. 167-187.

MYERS, Norman. **Environmental Exodus**: an emergent crisis in the global arena. Washington DC: Climate Institute, 1995.

PETRARCA, FERNANDA RIOS, **Los Derechos Humanos se conquistan en la lucha**: igualdad racial, activismo jurídico y la defensa de las causas colectivas en el sur de Brasil. 2011. Disponível em: <http://www.revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/viewFile/16745/17441>. Acesso em 14 abr 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Camilla Rodriguez Braz. **A questão dos refugiados ambientais**: Um novo desafio para o direito internacional. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br>. Acesso em: 20 jul. 2017.

SILVESTRE, Sandra. **Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti Minustah**. Disponível em: <https://ajonu.org/tag/minustah/>. Acesso em: 20 nov. 2016.

Transplantes legais, organismos multilaterais e a “escola direito e desenvolvimento”: há uma política nacional de desenvolvimento econômico no Brasil?

Legal transplants, multilateral organizations and the “law and development” school: is there a national economic development policy in Brazil?

ROBERTO GUILHERME LEITÃO

Resumo

Este artigo dispõe-se a enfrentar o tema das ingerências e condicionamentos impostos por organismos internacionais multilaterais, de natureza econômica e financeira, notadamente os engendrados pelo Banco Mundial, com o fim de promover, financiar, implementar e reformar o arcabouço jurídico-constitucional e político-institucional brasileiro, veiculando como propósito o enfrentamento do subdesenvolvimento econômico. Justifica-se pelo aumento dos fluxos jurídicos que envolvem políticas de desenvolvimento econômico, concebidas por organismos internacionais multilaterais. Por meio de uma análise crítica, a teoria do “*Legal Trans-*



plants” investiga as consequências normativas desse fenômeno, frente ao Estado Democrático de Direito. Propõe-se o resgate da compreensão e da importância do modelo econômico de desenvolvimento, constitucionalmente, consagrado na Constituição Econômica de 1988.

Palavras-chave: Transplantes Legais. Organismos Multilaterais. Escola “Direito e Desenvolvimento”. Desenvolvimento Econômico.

Abstract

This article deals with the issue of interference and conditioning imposed by Multilateral International Organizations, of an economic and financial nature, notably those generated by the World Bank, in order to promote, finance, implement and reform the juridical-constitutional and political framework Brazilian institution, with the purpose of confronting economic underdevelopment. The article is justified by the increase in legal flows involving economic development policies devised by multilateral international organizations. Through a critical analysis of the theory of “Legal Transplants”, it investigates the normative consequences of this phenomenon before the democratic Rule of Law. It is proposed to rescue the understanding and importance of the economic model of development constitutionally enshrined in the 1988 Constitution.

Keywords: *Legal Transplants. Multilateral Organizations. School “Law and Development”. Economic development.*

INTRODUÇÃO

Este texto se desenvolve em diferentes direções. Primeiramente, realiza-se uma análise bibliográfica de títulos nacionais e estrangeiros, nota-

[Ir para o índice](#)

damente, dando a estes últimos, ênfase às doutrinas jurídicas e constitucionais de centro acadêmicos, com realidade social, cultural e econômica que guarde similitude com a realidade brasileira após 1988. Posteriormente, estuda-se e faz-se compilação de bancos de dados institucionais, nacionais, de atores e agentes internacionais e multilaterais e em especial as agências do Grupo do Fundo Monetário Internacional. Por fim, apresenta-se uma análise crítica construtiva e histórica das ingerências e condicionamentos impostos por Organismos Internacionais Multilaterais, de natureza econômica e financeira, especialmente os engendrados pelo Banco Mundial, com o fim de promover, financiar, implementar e reformar o arcabouço jurídico-constitucional e político-institucional brasileiro, veiculando, como propósito, o enfrentamento do subdesenvolvimento econômico, bem como, perscrutar as consequências normativas desse fenômeno frente ao Estado Democrático de Direito.

Assim, este artigo se utiliza de metodologia qualitativa, mediante análise jurisprudencial, doutrinária e documental, ao abordar as teorias do direito comparado, em uma perspectiva dinâmica dos “fluxos jurídicos”, em um contexto normativo globalizante, de matiz econômica, financeira, cultural, informacional. Para tanto, utilizam-se fundamentos doutrinários da Teoria dos legal transplants¹, contextualizando-os histórica e culturalmente com a realidade brasileira, no propósito de consagrar identidade e fundamento legitimador ao ordenamento jurídico brasileiro.

1 Atribui-se a Alan Watson os primeiros estudos e utilização da tipologia dos “*legal transplants*”. Vide, WATSON, Alan. *Legal transplants: an approach to comparative law*. University of Georgia Press, 1993. Pode-se elencar ainda, a doutrina de FRANKENBERG, Günther. **A gramática da constituição e do direito**. Trad. Elisete Antonuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 173; MATTEI, Ugo. Efficiency in legal transplants: An essay in comparative law and economics. **International Review of Law and Economics**, v. 14, n. 1, p. 3-19, mar. 1994. p. 6. Disponível em: http://works.bepress.com/ugo_mattei/14/. Acesso em: 25 maio 2016 e MEDINA, Diego López. El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde América Latina. **International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional**, v. 13, n. 26, p. 117-159, jan./jun. 2015, p.137.



Lucio PEGORARO² no ensaio *“Trasplantes, injertos, diálogos: Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del derecho comparado”* adverte para a pluralidade de nomenclaturas utilizadas para se referir ao mesmo fenômeno jurídico, como: *“trasplantes”, “legal borrowing”, “migración” “turismo legal” “cross-fertilización” e “diálogos”* com variantes devidas aos sistemas jurídicos que daí advêm. Para os fins da presente pesquisa, se utiliza o termo fluxo jurídico.

Caracterizados e contextualizados os fluxos normativos, pela teoria dos *legal transplants*, este texto lança luzes nas interferências impostas por Organismos Internacionais Multilaterais, de natureza econômica e financeira engendrados pelo Banco Mundial, com o fim de promover, financiar, implementar e reformar o arcabouço jurídico-constitucional e político-institucional brasileiro, veiculando como propósito o enfrentamento do subdesenvolvimento econômico, bem como, perscrutar as consequências normativas deste fenômeno frente o Estado Democrático de Direito.

Para que se possa estabelecer um juízo acerca dos dilemas e desafios propostos pela emergência de ordens jurídicas transnacionais e supranacionais, no que se refere ao modelo desenvolvimentista nacional e o conflito não aparente com as políticas jurídico-institucionais, patrocinadas pelo Banco Mundial, há de se enfrentar cinco questões centrais, a saber:

- a) compreender os termos referencial/conceitual desta investigação, ou seja: i) transnacionalidade do direito; ii) desenvolvimento econômico e iii) os efeitos des-

2 PEGORARO, Lucio. *Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho Comparado*. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Herrera (coord.). **Diálogo jurisprudencial enderechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. Valencia: Tirantlo Blanch, 2013. p. 33-80.

- ta realidade frente ao constitucionalismo, após 1988, bem como, a densidade democrática dessas reformas;
- b) Identificar qual a relação existente entre *rule of law* e a matriz desenvolvimentista da organização internacional.
 - c) Discutir de que maneira o modelo econômico de desenvolvimento, constitucionalmente, consagrado tem incorporado os relatórios de “aconselhamento” do Banco Mundial;
 - d) Examinar qual das concepções da Escola de Direito e Desenvolvimento será ser adotada, vislumbrando os atores internacionais e nacionais, ativamente, envolvidos;
 - e) Conceber a relação existente entre desenvolvimento econômico e arranjos jurídicos e/ou institucionais, nos preceitos constitucionais consagradores da Constituição Econômica.

Assim, ultrapassada a dimensão conceitual dos fluxos normativos, e sem pretensões ao exaurimento da temática, há de se perscrutar o entendimento e o alcance conceitual da Constituição Econômica e do modelo desenvolvimentista nela consagrado no arcabouço jurídico nacional, bem como, examinar o modo pelo qual a ordem econômica constitucional tem incorporado esses valores, buscando neste trabalho avaliar o impacto dos conflitos entre ordens jurídicas, nacionais, transnacionais e supranacionais, em relação ao processo de superação do subdesenvolvimento, revelando os principais desafios e perspectivas para a implementação de políticas públicas desenvolvimentistas endógenas, distributivas e de longo prazo, sempre num contexto democrático.



1. POR UMA TEORIA DOS TRANSPLANTES LEGAIS

Por fluxos jurídicos concebem-se interações comunicativas que ocorrem entre os operadores do direito, *lato sensu*, a partir de diversos ordenamentos e racionalidades jurídicas³ distintas. Essa dinâmica normativa produziu imitações, migrações de ideias normativas, empréstimos constitucionais, entre várias ordens jurídicas, nem sempre resultantes da mesma gênese sistêmica-normativa. A análise dessas dinâmicas requer, necessariamente, duas premissas metodológicas: (1) uma abertura transdisciplinar para: a história social, a sociolinguística, a antropologia da comunicação e para a sociologia jurídica; (2) o conhecimento das dimensões ideológicas da geopolítica e do geodireito⁴ em uma ambiência globalizante.

Mario Losano, por sua vez, atribui ao termo Transplante Jurídico a ideia de “uma das metáforas que indicam a transferência, anteriormente submetida por um tratamento de triagem, de uma cultura para outra”. São acoplamentos equivalentes as enxertias e transferências. Por outro lado, parte significativa da doutrina comparatista constitucional utiliza o termo “teoria da recepção”.

3 Em sentido conforme, CARDUCCI, Michele; BRUNO, Anna Silvia. The BRICS Countries as a legal dynamic network and the multilevel ‘hard’ EU regional structure – a comparative survey. **International Journal of Public Law and Policy**, v. 4, n. 1, p. 1-13, jan./mar. 2013.

4 Cite-se a doutrina de IRTI, Natalino. **Norma e luoghi**. Problemi di geoeconomia e diritto. Roma: Laterza, 2001. p. 37 LOSANO, Mario. Teoria e pratica dei trapianti giuridici tra colonialismo e multiculturalismo. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 7, Parte I, 93 p.; Parte II, p.48, fev./maio 2012. p. 5 e de historicidade CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A Governança do terceiro capitalismo e a Constituição Social. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Entre discursos e culturas jurídicas**. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 145-154.

Mattei⁵ e Losano ressaltam a existência de transferências voluntárias, frequentemente violentas. Na leitura de Mattei⁶ e Nader⁷, na obra *“Plunder: when the rule of Law is illegal”*, resultantes da teorização da teoria da lei imperial (*theory of imperial law*) consagradora do processo geral de americanização do pensamento jurídico, identifica-se essa mesma ideia.

Para Ugo Mattei, “A lei de Império” é agora uma camada dominante dos sistemas jurídicos, em todo o mundo. Nesse contexto, estabelecendo um liame relacional com a ambiência democrática, Mattei⁸ conclui:

A “Lei imperial” é produzida, no interesse do capital internacional, por uma variedade de instituições públicas e privadas, compartilhadas com uma lacuna de legitimidade, às vezes chamado de “deficit democrático”. “Lei imperial” é moldada por um processo espetacular de contundência, para fins de dominação hegemônica⁹. “Lei

5 MATTEI, Ugo. Efficiency in legal transplants: An essay in comparative law and economics. **International Review of Law and Economics**, v. 14, n. 1, p. 3-19, mar. 1994. Disponível em: http://works.bepress.com/ugo_mattei/14/. Acesso em: 25 maio 2016.

6 Neste sentido, MATTEI, Ugo. A theory of imperial law: a study on US hegemony and the Latin resistance. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 10, Iss. 1, Article 14, p. 383-448, winter, 2013. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1260&context=iijls>. Acesso em: 20 mar. 2017.

7 MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Plunder: when the rule of law is illegal**. John Wiley & Sons, Malden, MA: Blackwell. 2008.

8 MATTEI, Ugo. A theory of imperial law: a study on US hegemony and the Latin resistance. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 10, Iss. 1, Article 14, p. 383-448, winter, 2013. p. 383. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1260&context=iijls>. Acesso em: 20 mar. 2017.

9 É imperioso destacar que Ugo Mattei, fora fortemente influenciado pela lógica hegemônica e contra-hegemônica de Gramsci e de Império, ao veicular o imperialismo jurídico e da noção de Gramsciana de hegemonia como o poder, consagrando a combinação de força e consenso. “O Poder não pode ser alcançado apenas pela força bruta; ele precisa ser imposto pelos indivíduos aceitem voluntariamente a esse Governo.” Hegemonia tem sido um conceito-chave nas reflexões de Gramsci. Ele foi desenvolvido na Seleção dos Cadernos do Cárcere de Antonio Gramsci. Neste sentido, aponte-se: GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. Edição e tradução de Carlos Nelson Coutinho e Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1999. v. 1: Introdução ao estudo da filosofia. A filosofia de Benedetto Croce.



imperial” subordina arranjos legais locais de todo o mundo, reproduzidos em escala mundial o mesmo fenômeno do dualismo legal que até agora tem como característica o direito dos países em desenvolvimento.

Os transplantes legais podem ser considerados como um aspecto específico dos transplantes políticos, mais gerais. Ocorre que há dificuldades científicas e metodológicas, no sentido de aplicar critérios válidos que mensurem o grau de legitimidade democrática em ambos os campos. Com efeito, é difícil organizar a multiplicidade que envolve o fenômeno dos fluxos e transplantes legais, por uma tipologia científica válida, na comunidade do Direito. Manifestando ciência dessa realidade, Mário Losano, comparatista italiano e brasilianista, estabeleceu a distinção entre os fenômenos da recepção e os transplantes jurídicos, bem como, sugeriu a existência de densidades normativas em fracas e fortes¹⁰:

Você pode distinguir “recepção” de “transplante”, considerando-se a recepção por um fenômeno voluntário e lento - por exemplo, a recepção do direito romano no Sacro Império Romano de Nação Germânica - e transplantar um fenômeno abrupto e imposto, por exemplo, a recepção, em 1923, do direito europeu (e, em particular, os princípios do código Civil suíço) no Kemal Atatürk da Turquia. Usando categorias dos limites ainda mais fluidos, pode-se falar de recepção ou transplante de uma “Lei Forte” quando, por exemplo, no curso da expansão colonial, se sobrepõe inteiramente ou em grande parte para os direitos de uma “Lei fraca”.

10 LOSANO, Mario. Teoria e pratica dei trapiantigiuridicitra colonialismo e multiculturalismo. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 7, Parte I, 93 p.; Parte II, p.48, fev./maio 2012. p. 7.

Há, neste contexto, frente a realidade brasileira, a fusão dos dois fenômenos: a recepção e o transplante; considerando-se a recepção voluntária e lenta de alguns institutos jurídicos, já consolidados na Europa continental, bem como, o transplante, um fenômeno abrupto e imposto que ocorre, notadamente, nos casos de institutos jurídicos próprios da tradição da common law e da rule of law.

2. INSTITUIÇÕES INTERNACIONAIS MULTILATERAIS E *THE RULE OF LAW*

A Teoria dos transplantes jurídicos consagra relação com os modelos globalizantes de capital e a matriz do *Rule of the Law*. Nesse sentido, há de prevalecer o entendimento de haver divergências acerca das expressões: Estado de Direito e *rule of law*.

Parte do prestígio do engenho político-institucional foi consagrado; no entendimento de Mattei¹¹, em ensaio “*Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution, and Development*” pela experiência constitucional dos Estados Unidos da América do Norte, que:

[...] forneceram um impulso vital para o prestígio do Estado de direito. Especificamente, em *The Federalist Papers* (em particular, no Madison Nº 10 e de Hamilton Nº 23), o Estado de Direito foi concebido como a única maneira de garantir a estabilidade política numa sociedade caracterizada por desigualdades e em que ricos proprietários esta-

11 MATTEI, Ugo. *Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution, and Development*. In: FASSIN, Didier; PANDOLFI, Mariella (ed.). **Contemporary States of Emergency: The politics of military and humanitarian interventions**. Zone Books, Forthcoming, 2009. p. 89-106; p. 92.



vam em minoria e deviam ser defendido contra a maioria da população que não possui propriedade. O Estado de Direito, que era confiado aos tribunais, possuía a sabedoria de proteção jurídica da propriedade privada, essencial e permanente garantia institucional para os proprietários na ordem constitucional americana pós-revolucionária e destinada a ganhar a hegemonia em todo o mundo atual.

A internacionalização de modelos político-institucionais e jurídico-constitucionais, com baixa densidade democrática, perpassa fronteiras, macula o Estado Nacional e corrompe a Soberania Política, pautando abalos e corrosões nos sistemas políticos que afetam o paradigma constitucional, tanto em nível de sistemas internos, como na ordem internacional e supranacional. Isso ocorre nas palavras de Ferrajoli¹²: “A deformação das linhas tradicionais da democracia política e do Estado de Direito, iniciada a partir da crise do Estado-Nação soberano, e sua localização através das fronteiras nacionais é resultante do processo de globalização de parcelas crescentes de poder, tanto pública como privada”.

Na Era das globalizações, porque são múltiplas, policêntricas e amórficas, as necessidades e pautas de reivindicações, de cada país, se tornam estéreis das políticas internas e das decisões democraticamente sufragadas, para, progressivamente, agentes externos, estatais e extra-estatais, “legitimados” por poderes apolíticos e econômico-financeiros, arbitrariamente, disputados em fóruns globais. Essa dinâmica, própria do capitalismo de mercado, se aplica, especialmente, para os países em desenvolvimento.

12 FERRAJOLI, L. La crisis de la democracia en la era de la globalización. In: ESCAMILLA, M.; SAAVEDRA, M. (Ed.). **Derecho y justicia en una sociedad global**: law and justice in a global society. Granada: Universidad de Granada, 2005. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n. 39.

Reforçando a informação, Ferrajoli¹³ constata que “O Ocidente exportou, durante o século passado, um modelo já em estado de crise nacional, e, em conjunto, a ilusão de que havia garantias suficientes para autodeterminação e independência.” Ocorre, no entanto, que tal modelo pressupõe um “processo decisório” e antecipado de tomadas de decisões, no centro do mundo. Isto é, das políticas decididas “democraticamente” pelas maiorias ricas e influentes, de um número restrito de potências ocidentais que controlam Instituições internacionais Multilaterais do Banco Mundial, do FMI, da Organização Mundial do Comércio Mundial, do G-8, do próprio Conselho de Segurança da ONU, bem como, de grandes empresas multinacionais e transnacionais.

Em ensaio lançado, originariamente, em inglês, *Plunder: when the rule of Law is illegal*, Mattei e Nader¹⁴ desconstroem o termo *Rule of Law* ao acentuar que o termo, de origem do *common law* fora concebido sem qualquer reivindicação democrática, e fundamentalmente relembra que no contexto anglo-saxão: “O Parlamento Inglês não era uma instituição democrática”.

Acresça-se às ideias defendidas acerca da teoria dos transplantes legais, de sua vinculação ao conceito do *Rule of Law*, instrumento normativo da globalização e, nas palavras de Michael Hardt, e Antonio Negri¹⁵

13 FERRAJOLI, L. La crisis de la democracia en la era de la globalización. In: ESCAMILLA, M.; SAAVEDRA, M. (Ed.). **Derecho y justicia en una sociedad global**: law and justice in a global society. Granada: Universidad de Granada, 2005. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n. 39. p. 40.

14 MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Plunder**: when the rule of law is illegal. John Wiley & Sons, Malden, MA: Blackwell. 2008. p.12.

15 HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Record, 2001.



e Niall Ferguson¹⁶, a dimensão de hegemonia como poder que combina força e consentimento por meio da persuasão. Nesse sentido, Negri defende a tese que a construção de consensos (o Consenso de Washington é emblemático nesse sentido) suscita a incapacidade de determinação dos povos e Nações. É, por via de consequência, que a recepção ou adoção de padrões-tipo (*standard*) jurídico-normativos se faz premente.

3. CRISE GLOBAL, TRANSNORMATIVIDADE E A TENDÊNCIA DO CAPITALISMO SEM DEMOCRACIA

António Manuel Hespanha, no artigo “A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico” atribui à crise global, em um contexto normativo, ao desfacelamento do Estado Social, maculando-se direitos, historicamente, conquistados frente às forças internas e externas, de natureza financeira e de baixa densidade democrática. Nesse contexto, o autor preleciona¹⁷:

Causada pelo dismantelamento da moldura normativa – jurídica ou não jurídica – da atividade económica (particularmente, financeira), a “crise” económica do “mundo ocidental” tem vindo a ser tratada com uma panóplia de medidas inspirada na mesma filosofia social neoliberal que tinha estado na sua origem. A precarização das situações

16 FERGUSON, Niall. **Empire: The Rise and Demise of the British World and the Lessons for Global Power.** New York: Basic Books, 2003.

17 HESPANHA, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do ‘modelo jurídico’. Crise, Direito e Argumentação Jurídica. **Revista do Ministério Público**, n. 130, p. 9-80, abr./jun. 2012. p. 9.

jurídicas acelerou-se ainda, pela invocação do caráter apocalíptico da crise, cuja magnitude e iminência justificariam um estado social e político “de necessidade” que autorizaria a suspensão ou cancelamento dos direitos, a inobservância das “formalidades”, à subalternização de regras bem estabelecidas do viver político como, internamente, os processos democráticos e, externamente, o respeito pelos tratados. Com isto, é o “modelo jurídico” de decisão, caracterizado pelos seus garantismo e formalismo (due process of law), que está basicamente em causa.

Em todo caso, e diante do contexto demonstrado, veiculamos algumas ponderações levantadas por Ferrajoli no artigo: *“La crisis de la democracia em la era de la globalización”* pondera que diante da mudança paradigmática das esferas públicas e na política, nacionais e supranacionais, e em que condições democráticas¹⁸:

Somos capazes, se você não quiser arquivar o conceito de “Democracia” prefiguram uma democracia que vão além do estado? O mesmo problema se coloca em relação ao Estado de direito. Após o monopólio estatal sobre a produção legal, devido ao fato de que grande parte das regras, em vigor, nos diferentes sistemas nacionais tem um (europeu ou internacional) extraestatal de origem, podemos continuar falando, como no passado, um link genérico entre “Estado” e “direito positivo”, ou pelo me-

18 FERRAJOLI, L. La crisis de la democracia en la era de la globalización. In: ESCAMILLA, M.; SAAVEDRA, M. (Ed.). **Derecho y justicia en una sociedad global**: law and justice in a global society. Granada: Universidad de Granada, 2005. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n. 39. p. 9.



nos entre “estado” e “estado de direito” na medida em que o deteriora dos estados nacionais equivaleria a uma inevitável deterioração do estado de direito e do princípio legalidade? Ou é, ao contrário, pode prenunciar uma extensão da política e do direito internacional no paradigma da regra constitucional da lei, pelo qual pode ser submetido à direita, batendo o velho regime Estatista, Fundo Monetário Internacional, do Banco Mundial e da densa rede de potências econômicas transnacionais que operam agora na arena internacional sem ligações democráticas ou constitucionais legitimacão?

As atividades transnacionais se pautam pelas leis internacionais do mercado (*Lex mercatoria*); a eficiência econômica otimiza ou maximiza as condições mundiais de produção comercialização e não se restringe às circunstâncias do mercado interno¹⁹.

O capital é globalmente móvel, o estado é territorialmente vinculado [...]. Os regimes democráticos modernos responderam aos quatro desafios esboçados com três instrumentais: na política interna, com meios corporativos e com nacionalismo; na política externa, com a *international governance*. **International governance** (*governabilidade*): os Estados têm a ganhar, se e, sobretudo, quando cooperam entre si. As entidades não-estatais e os Estados têm algo a ganhar a mais de suas interdependências (balanço positivo) e isso não apenas à custa de outros (balanço zero).

19 PFETSCH, Frank Richard. Capacidade de atuar e legitimacão do Estado democrático de direito na era da globalizacão. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 41, n. 2, p. 102-117, dez. 1998. p. 106; p. 111. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000200006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 17 jul. 2017.

No universo da transnormatividade e do constitucionalismo global. Destaca-se o contexto dos transnacional, do pós-nacional, do globalizado e do cosmopolita²⁰ em que há uma imbricada relação de dependência recíproca das esferas domésticas, internacional e supranacional, sob o império da “ditadura” dos mercados. Nesse sentido, aduz Loureiro²¹:

i) articulação de uma normatividade em rede, que, para quem admita constituições não estatais, passa por um processo de interconstitucionalidade; ii) discussão, caso se defenda um constitucionalismo global, da admissibilidade do chamado constitucionalismo societário, destinado a regular, por meios não estatais, toda uma série de campos; iii) aprofundamento de uma teoria dos bens públicos globais e de mecanismos de regulação pós-vestefalianos, num quadro de bem comum numa “sociedade mundial de risco”; iv) efetiva importância dos mecanismos de justiça constitucional. O aprofundamento da globalização fez da questão da democracia para além dos limites do Estado uma questão-chave, não sendo possível examinar aqui as várias respostas, desde o Estado mundial à “governança global” (*global governance*), centrada numa “técnica de governo”, passando pela *república mundial* (v.g., OtfriedHöffe) e pela democracia cosmopolita ou global (v.g., Anthony Giddens, David Held e Ulrich Beck)

20 HOLMES, Pablo. O Constitucionalismo entre a Fragmentação e a Privatização: Problemas Evolutivos do Direito e da Política na Era da Governança Global. **Revista Dados** – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, p. 1137-1168, out./dez. 2014. p. 1.

21 LOUREIRO, João Carlos. “A “porta da memória”: (pós?)constitucionalismo, Estado (pós?)social, (pós?)democracia e (pós?)capitalismo. Contributos para uma “dogmática da escassez”, In: AMARO, António Rafael; NUNES, João Paulo Avelãs (org.). **“Estado Providência”, capitalismo e democracia, Estudos do Século XX**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013. p. 111-126; p. 114.



Dito isso, há necessidade de acrescentar que, para os fins próprios do projeto de tese, o conceito-chave: transconstitucionalismo entre ordens jurídicas, estatais e não-estatais, públicas e privadas, de racionalidades jurídicas ou econômicas, não se reduzem ao diálogo entre cortes. O fundamento doutrinário assenta na dicção de Marcelo Neves²², que ressalva tais situações:

Em primeiro lugar, cabe advertir que, às vezes, a conquista de direitos no âmbito do transconstitucionalismo decorre de relações altamente conflituosas entre cortes de ordens jurídicas diversas. Em segundo, os problemas transconstitucionais emergem e são enfrentados fora das instâncias jurídicas de natureza judiciária, desenvolvendo-se no plano jurídico da administração, do governo e do legislativo, assim como no campo dos organismos internacionais e supranacionais não judiciais, dos atores privados transnacionais e, inclusive, especialmente na América Latina, no domínio normativo das comunidades ditas “tribais”. O transconstitucionalismo aponta para o fato de que surgem cada vez mais questões que poderão envolver instâncias estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca da solução de problemas tipicamente constitucionais.

Portanto, pontuando-se o que fora demonstrado, tem-se uma falência do padrão estatal de modernidade do Estado-nação, da soberania popular, do Estado de Direito, do Monocentrismo do Poder, do monopólio da produção jurídica e, por fim, de Organizações Internacionais bem de-

22 NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista da Informação Legislativa**, Brasília, n. 51, n. 201, jan./mar. 2014. p. 194. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p193.pdf. Acesso em: 17 jul. 2017.

finidas. O fenômeno da globalização, por seus instrumentos financeiros, econômicos, políticos e culturais, com detida relevância nos jurídico-normativos e constitucionais, produziu uma multiplicidade de fontes normativas extrajurídicas, alheias ao Estado, às fronteiras e às jurisdições, que devem referência somente ao Capital e ao Mercado.

Elmauer²³em estudo nominado de “A Constitucionalização do Sistema Econômico: possibilidades e obstáculos para uma autolimitação da hiperexpansividade da Economia Global” ao vislumbrar a constitucionalização do sistema econômico, assevera em sentido similar ao defendido, no presente trabalho:

O atual sistema econômico moldado pelo capitalismo neoliberal (desregulamentado) conjugado com a progressiva falência dos modelos estatais baseados no dirigismo, como o *welfare state*, traz em contrapartida a necessidade da existência de alternativas ou equivalentes funcionais hábeis a barrar as tendências destrutivas que emanam da racionalidade econômica.

Nesse sentido, conforme Antonio Enrique Pérez Luño²⁴, no artigo “A desconstrução da lei no constitucionalismo global” anuncia a desconstrução da lei no constitucionalismo global:

23 ELMAUER, Douglas. A Constitucionalização Do Sistema Econômico: Possibilidades E Obstáculos Para Uma Autolimitação Da Hiperexpansividade da Economia Global. **FGV Direito SP**. Research Paper Series n. 143. Janeiro, 2016. p. 1. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2716307. Acesso em: 17 jul. 2017.

24 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. A desconstrução da lei no constitucionalismo global. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo, v. 2, n. 6, p. 129-141, jul./set., 2014. p. 130.



As normas jurídicas gerais e abstratas, corolário de padrões éticos universais, foram questionadas por conta das preferências particularistas fragmentárias; À unidade do *ethos* moderno opôs-se a fragmentação e a multiplicidade de *ethos* baseados nas diferenças “nacionais”, “locais”, “plurais”, “individuais”. Ao resumir o alcance desta mudança de paradigma, referi-me a uma tripla representação: ao essencialismo pelo pragmatismo; ao universalismo pelo particularismo e à fundamentação pela narrativa.

Nessa esteira, corroborando e aduzindo agravantes à crise paradigmática advinda da pós-modernidade, a crise financeira mundial (crise do *sub-prime* de 2008) e a fragilidade da democracia econômica suscitam e sustentam a própria crise do Estado Constitucional Moderno. Wolfgang Streeck²⁵ na obra: *Buying Time – The delayed crisis of democratic capitalism*, vislumbra a tendência do capitalismo sem democracia. Para tanto, sustenta a tese de:

Por meio do endividamento do Estado e de outros mecanismos, gera-se um processo em que os governos, obrigam-se cada vez mais, a prestar contas ao “mercado”, virando as costas para a cidadania. Com isso, o que conta, para a sobrevivência de um governo, já não é sua capacidade de responder aos interesses da população que o elegeu – e sim se o mercado, ou seja, essencialmente os interesses financeiros, sentem-se suficientemente satisfeitos para declará-lo “confiável”. De certa forma, em vez de república, ou seja, *res publica*, passamos a ter uma *res mercatori*, coisa do mercado. Num dos casos, o Estado financia-se através

25 STREECK, Wolfgang. **Buying Time** – The delayed crisis of democratic capitalism. Londres: New Left Books, 2014. p.81.

dos impostos; no outro, do crédito. Um governo passa assim a depender “de dois ambientes que colocam demandas contraditórias sobre o seu comportamento.

Acontece que, as economias periféricas (em oposição as centrais e desenvolvidas) em desenvolvimento, buscam socorro financeiro com as receitas dos Organismos Internacionais. Notadamente, para o caso brasileiro, do Banco Mundial e do FMI. Com efeito, há de ser feita uma reflexão crítica a respeito do impacto da política econômica globalizante, no tocante às reformas jurídico-institucionais, especialmente as engendradas pelo Banco Mundial, bem como, à teoria do *rule of law*, no contexto do desenvolvimento econômico nacional, mais especificamente do conflito transnacional do direito econômico com os *The World Bank Legal Review*.

4. EMERGÊNCIA DE ORDENS JURÍDICAS TRANSNACIONAIS E MATRIZ NEO-INSTITUCIONALISTA DE DESENVOLVIMENTO

A dimensão conceitual do fenômeno jurídico da transnacionalidade do direito, e por via de consequência, de seus efeitos, vem sendo objeto de estudo multidisciplinar, que, por muitas vezes, acertadamente, interagem e concebem múltiplas teorias acerca da sua compreensão. Marcelo Neves, em sua obra, se posiciona: “Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas” apontam para a dificuldade da ciência jurídica tradicional conceber o fenômeno da transnacionalidade do direito frente à prescindibilidade estatal, vez que o Estado-Nação habita o cerne da doutrina do direito internacional. Nesse contexto, Marcelo Neves, assevera:



A emergência de ordens jurídicas transnacionais e supranacionais, em formas distintas do direito internacional público clássico é um fato incontestável que vem chamando a atenção e tornando-se cada vez objeto do interesse de estudos não apenas de juristas, mas também de economistas e cientista sociais em geral. O que intriga a “ciência” jurídica tradicional é a pretensão dessas novas ordens jurídicas de se afirmarem impreterivelmente, seja como ordem jurídica que prescindem do Estado²⁶ ou como ordem jurídica que prevalecem contra os Estados, pondo em cheque o próprio princípio da soberania estatal, viga mestra do direito internacional público clássico.

Em estudo acerca da relação existente em transnormatividade e cosmopolitismo jurídico, Branco²⁷ sintetiza a ideia de transnacionalidade do Direito como “fenômeno jurídico-axiológico que se consolida mediante a transcendência e a capilaridade de normas e regulamentos internacionais sobre o direito doméstico dos países”. Com efeito, o binômio transcendência/capilaridade (ou, para os fins do estudo, cartilha de reformas do Banco Mundial/*legal transplants*) é atributo das políticas econômicas engendradas pelo Grupo do Banco Mundial, na matriz consagrada como neoinstitucionalista de desenvolvimento, que perpetra frequentes reformas político-institucionais, com arranjos jurídicos subjacentes, no cumprimento das metas das “cartilhas” do *World Bank Legal Report*.

26 NEVES, Marcelo. **Transnacionalidade do direito**: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas, São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 9.

27 BRANCO, Luizella. Transnormatividade e cosmopolitismo jurídico: interfaces do direito administrativo global. **Direito UNIFACS** – Debate Virtual, n. 168, p.7-37, jun. 2014. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/issue/view/194>. Acesso em: 17 jul. 2017.

A relação entre o exposto até aqui e o tema do presente trabalho pode ser instrumentalizada por meio da compreensão de que o conflito entre duas ordens - nacional e transnacional (ou, ordem constitucional e Banco Mundial) - poderia ampliar ainda mais o suposto grau de colisão e irracionalidade na aplicação do direito²⁸. Isso porque teria dois níveis de sopesamento entre, pelo menos dois modelos de desenvolvimento econômico: o constitucionalmente consagrado concebido sob um viés de historicidade, culturalmente processado, subjacente a direitos sociais advindos da redemocratização de outra perspectiva, e o modelo transplantado de nações desenvolvidas construídos sob um arcabouço jurídico da *Common Law*.

Gunther Teubner²⁹ defende a tese do conflito das racionalidades na obra *“Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization”*. O antagonismo das lógicas jurídicas entre os diferentes subsistemas (a razão desenvolvimentista consagrada na Constituição Federal de 1988 diante do modelo do Banco Mundial) e sua consequente colisão entre a racionalidade de um subsistema com as diferentes racionalidades que os vários atores têm de uma sociedade global (notadamente o Banco Mundial) e, ainda, conflitos de racionalidades de um subsistema com os próprios padrões racionais compreendidos como necessários para sua expansão tornam-se frequentes e contraproducentes. Marcelo Varella³⁰, corrobora:

28 Para um estudo aprofundado acerca da temática, vide: SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo (org.). **Em torno da transnacionalidade do direito**: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: QuartierLatin, 2010. p. 101-112.

29 TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

30 VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito**: Direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013. p. 86. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2263949. Acesso em: 05 ago. 2014.



Direito nacional e direito internacional ampliam seus elementos comuns. O direito constitucional é pressionado em função do aumento da governança internacional, que se torna cada vez mais efetiva, removendo barreiras centrais para alcançar os ordenamentos domésticos. Ambos, direito nacional e direito internacional, sofrem mudanças radicais. A clássica distinção entre a esfera doméstica e a internacional torna-se menos nítida, sobretudo em alguns temas e regiões.

Em prosseguimento a compreensão referencial/conceitual de transnacionalidade do direito, do desenvolvimento econômico e do *“legal transplants”*, concebe-se o liame relacional existente entre desenvolvimento econômico e arranjos jurídico e/ou institucionais, bem como, a concepção da escola *“Direito e Desenvolvimento”* a ser adotada esclarecendo os propósitos dos itens 1.2, 2 e 3 da parte introdutória.

Para fins do presente estudo, são elencados elementos conceituais que visem expressar, como se dá, a imbricada relação existente entre direito e o desenvolvimento econômico, sob o enfoque da matriz jurídico-institucional do Banco Mundial, concebida e imposta, hegemonicamente, sob o viés neoliberal, no intervalo dos anos da década de 1990 e a crise financeira global de 2008, premida nos países latino americanos.

Ugo Mattei³¹ principia o estudo da relação Direito e Desenvolvimento, constatando as influências da matriz de economia institucionalista, ao constatar *“a importância do Império do Direito e do Estado Constitucional para a concretização de um ambiente social propício ao crescimen-*

31 MATTEI, Ugo. Direito comparado e os ‘critical legal studies’. **Constituição, economia e desenvolvimento**, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 250-277, jul./dez. 2014. p. 291.

to econômico e ao desenvolvimento.” Outrossim, esclarece as origens e possíveis incongruências ou incompatibilidades entre os sistemas jurídicos de conformação. Assim, “Juristas, principalmente da tradição da “common law”, estabeleceram o campo do direito e desenvolvimento com contribuições das dimensões do princípio da factibilidade”.

Corroborando com o entendimento de Mattei Schapiro, em artigo intitulado “Repensando a relação entre Estado, Direito e desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais” estabelece uma relação imbricada entre Direito e Desenvolvimento e a matriz jurídico-institucional do Banco Mundial para o desenvolvimento, onde um “pacote de instituições corretas” são transplantadas, veiculadas por *legal transplants*³²:

Desde os primeiros trabalhos nesta chave, pode-se reconhecer um viés de análise que costuma identificar as singularidades institucionais como se fossem desvios, ou equívocos, para cuja solução se tem recomendado, habitualmente, a adoção de um “pacote de instituições corretas”, transplantáveis de ambientes dotados de um bem sucedido processo de desenvolvimento, uma estratégia que, todavia, nem sempre tem alcançado os resultados esperados, seja pela resistência política encontrada nos países para a realização das reformas institucionais, seja pela carência de efetividade de tais medidas – em muitos casos –, inconsistentes com a trajetória histórica vivenciada pelos arranjos nacionais.

32 SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, Direito e desenvolvimento: os limites do paradigma ruleoflaw e a relevância das alternativas institucionais. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 213-252, jan./jul. 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24216/22989>. Acesso em: 20 jun. 2015. p. 214-215.



Rechaçando o modelo, Adam Przeworski, politólogo da New York University (NYU), publicou contundente estudo crítico em face da Escola Neo-institucionalista, sob o título de: “*The Last Instance: Are Institutions the Primary Cause of Growth?*”³³. No texto, ele argumenta ser eivada de equívocos a “primazia causal”: “instituições e desenvolvimento são mutuamente endógenos, e o máximo que se pode pretender é identificar seus impactos recíprocos”.

Para os propósitos deste artigo, e se utilizando das premissas argumentativas de Przeworski, busca-se reforçar a endogenia jurídico-institucional e da matriz desenvolvimentista do Estado brasileiro e, ultrapassado tal desiderato, rechaçar os arranjos institucionais (notadamente o arcabouço jurídico) engendrados pelo Grupo do Banco Mundial, veiculados pelos transplantes jurídicos.

A fonte primordial do crescimento econômico é a estrutura institucional/organizacional de uma economia³⁴. Com tal postulado, Douglas North consagrou o entendimento que fora força motriz de Escola Neoinstitucionalista e, por via de consequência, programa do Banco Mundial em políticas de desenvolvimento econômico da América latina, sobretudo no Brasil.

Com efeito, ao idealizar as estruturas Institucionais como, motor propulsor do desenvolvimento econômico, foram vislumbradas possibilidades de arranjos jurídicos que alterassem o modelo desenvol-

33 PRZEWORSKI, Adam. A última instância: as instituições são a causa primordial do desenvolvimento econômico? **Novos estud.** CEBRAP, São Paulo, n. 72, p. 59-77, jul. 2005.

34 NORTH, Douglass. Some fundamental puzzles in economic history/development. In: ARTHUR, W. Brian; DURLAUF, Steven N.; LANE, David A. (org.). **The economy as an evolving complex system II**. Reading, MA: Addison-Wesley, 1997. p. 223-238. p. 224. Neste sentido vide PRZEWORSKI, Adam. A última instância: as instituições são a causa primordial do desenvolvimento econômico? **Novos estud.**- CEBRAP, São Paulo, n. 72, p. 59-77, jul. 2005.

vimentista, periférico e tardio, resultante da falência de um Estado Providente ou Welferista e, como consequência, surge a necessidade “premente” das *Reformas de Estado*.

Tais reformas seriam concebidas política, intelectual e financeiramente pelo Banco Mundial, que, por meio de suas publicações, através de relatórios e pelo *The World Bank Legal Review*, definiram as bases institucionais e arranjos jurídicos, que têm marco temporal dos anos 90 até a crise financeira global de 2008, que foram balizadas por meio do Consenso de Washington, e tinham, como principais políticas públicas, a disciplina fiscal, a liberalização financeira e comercial, a total abertura da economia para investimentos, a privatização, a desregulamentação e a proteção direta dos direitos de propriedade intelectual das multinacionais³⁵.

A principios de los 90, este nuevo modelo de desarrollo centrado en el mercado fue auspiciado por los organismos multilaterales (sobre todo por el Banco Mundial – BM– y el Fondo Monetario Internacional –FMI–) y sintetizado en el Consenso de Washington, que incluía una serie de reformas y medidas que tenían que implementar los gobiernos de la región para retomar la senda del desarrollo: disciplina fiscal, liberalización financiera y comercial, apertura total de la economía a las inversiones directas,

35 ZURBRIGGEN, Cristina. La “falacia tecnocrática” y la reforma del Estado: a diez años del Informe del Banco Mundial. **Nueva sociedad**, n. 210, p. 156-172, jul./ago., 2007. p. 157. Tradução livre do autor: “No início dos anos 90, este novo modelo de desenvolvimento focado no mercado foi apoiado por agências multilaterais (especialmente por parte do Banco Mundial e do Fundo Monetário Internacional) e no consenso de Washington, que incluiu uma série de reformas e as medidas necessárias para implementar os governos da região para retornar ao caminho do desenvolvimento: a disciplina fiscal, liberalização financeira e comercial, a abertura completa da economia ao investimento direto, privatização, desregulamentação e proteção dos direitos de propriedade intelectual das multinacionais.”



privatización, desregulación y protección de los derechos de propiedad intelectual de las multinacionales.

A questão que se coloca agora é a de estabelecer um repasse crítico acerca da escola americana Law and Development, bem como, dos relatórios do Banco Mundial The World Bank Report, no sentido de qualificá-los como recepção ou imposição.

5. A RECEPÇÃO DA ESCOLA “DIREITO E DESENVOLVIMENTO” NO BRASIL

Para fundamentar tal análise, busca-se respaldo na doutrina de Nitschke³⁶, em um artigo que faz análise crítica da relação do ativismo arbitral e a *Lex mercatoria*, e assevera que a realidade das transplantações jurídicas permeia a História da cultura jurídica brasileira. E continua, “Na tradição luso-brasileira, desde a “Lei da Boa Razão” a combinação entre direito nacional e direito estrangeiro”. Com efeito, a Lei da Boa Razão, de 18 de agosto de 1769 permitia a resolução de “lacunas do ordenamento jurídico” concedendo a juízes recorrer, conforme Nitschke³⁷:

“primitivos Princípios”, ao “Direito das Gentes” e ao “que se estabelece nas Leis Políticas, Econômicas, Mercantis e Marítimas, que as mesmas Nações Cristãs tem promulgado”. Para este último caso, a Lei ia ainda mais longe: “[...] sendo muito mais racional, e muito mais coerente, que

36 NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Ativismo arbitral e *lexmercatoria*. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 12, p. 89-122, jan./mar., 2015.

37 NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Ativismo arbitral e *lexmercatoria*. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 12, p. 89-122, jan./mar., 2015. p. 103.

nestas interessantes matérias se recorra antes em casos de necessidade ao subsidio próximo das sobreditas Leis das Nações Cristãs, iluminadas, e polidas, que com elas estão resplandecendo na boa, depurada, e são jurisprudência.

A absorção dos transplantes legais, por nosso ordenamento jurídico, portanto, é uma reiterada prática, e, no que interessa mais, especificamente, ao presente estudo, será analisado: a) o que é “*legal transplants*”; b) como se dá a relação existente entre desenvolvimento econômico e os transplantes legais; c) de que modo o modelo econômico de desenvolvimento constitucionalmente consagrado tem incorporado os relatórios de “aconselhamento” do Banco Mundial.

No sítio do Banco Mundial, acerca da temática dos Transplantes Jurídicos e da Cultura Jurídica, a instituição entende que muitos preceitos legais são muitas vezes inspirados por experiências estrangeiras. E, apesar dos acalorados debates acadêmicos, os transplantes legais são, não só possíveis, como também são uma prática comum. Em um trabalho acerca da “Cultura Jurídica e Reforma Judiciária,” o Banco Mundial revela a importância da cultura legal para a reforma legal, e a contextualização do desenvolvimento, embora incidindo sobre os problemas difíceis de definir, medir e fazer argumentos causais, sobre o amplo e conceitualmente confuso fator “cultura jurídica”.

Na ambiência global que se vive, em que há uma multiplicidade de ordens normativas que interagem e colidem, é muito comum as concepções que relacionam as reformas dos sistemas jurídicos com MODOS-TIPO de desenvolvimento econômico. Há uma transplantação de paradigmas e arranjos jurídico-institucionais, com *expertise* e eficiência econômica, contextualizado social, jurídico, cultural e economicamente, numa realidade de prosperidade institucional, para enxertá-los em ou-



tros contextos, temporalmente diferenciados, sem a prévia análise das adaptações necessárias à sua implantação. As trajetórias de instituições escolhidas para os projetos de crescimento e desenvolvimento, no entendimento de Gomes Neto³⁸ “estão inseridas nos novos programas assistenciais voltados à disseminação e execução dos marcos jurídicos, ou o que se convencionou chamar de transplantes legais (legal transplants)”.

Álvaro Santos³⁹, no ensaio: “The World Bank’s Uses of the “ Rule of Law” Promise in Economic Development” aponta, mesmo que refutando a consagração da doutrina do “Estado de direito” (ou, com algo próximo do postulado da *Rule of Law*) como condicionante do discurso e prática de desenvolvimento. A ideia das regras da “*Rule of Law*”, da *Common Law*, e de matriz liberal, deveriam ser o modelo crucial do sistema jurídico para o crescimento econômico. E mais: a previsibilidade, a exequibilidade e a eficácia do modelo jurídico seriam imprescindíveis para uma economia de mercado a florescer. Nesse contexto, Santos,⁴⁰ esclarece:

A legislação é o centro do discurso e da prática do desenvolvimento econômico, hoje. A ideia de que o sistema jurídico

38 GOMES NETO, José Mário Wanderley. Direito e desenvolvimento na perspectiva da consolidação do ruleoflaw. **Duc In Altum**-Caderno de Direito, v. 3, n. 4, p. 129-143, jul./dez. 2012.

39 SANTOS, Álvaro. The World Bank’s Uses ofthe ‘Ruleof Law’ Promise in EconomicDevelopment. In: SANTOS, A.; TRUBEK, D. (org.). **The New Law and Economic Development: A CriticalAppraisal**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 253-300.

40 SANTOS, Álvaro. The World Bank’s Uses ofthe ‘Ruleof Law’ Promise in Economic-Development. In: SANTOS, A.; TRUBEK, D. (org.). **The New Law and Economic Development: A CriticalAppraisal**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 253-300. p. 253. Tradução livre do autor de: *Law is at the center of development discourse and practice today. The idea that the legal system is crucial for economic growth now forms part of the conventional wisdom in development theory. This idea’s most common expression is the “rule of law” (ROL): a legal order consisting of predictable, enforceable and efficient rules required for a market economy to flourish. Enthusiasm for law reform as a development strategy boomed during the 1990s and resources for reforming legal systems soared everywhere.*

é crucial para o crescimento econômico agora faz parte da doutrina convencional na teoria do desenvolvimento. A expressão mais comum dessa ideia é a “*Rule of Law*” (ROL): uma ordem jurídica consistente em regras previsíveis, exigíveis e eficientes necessárias para que uma economia de mercado floresça. O entusiasmo pelas reformas da legislação como uma estratégia de desenvolvimento cresceu durante a década de 1990 e os recursos para estas reformas dos sistemas jurídicos aumentaram em todos os lugares.

A ideia das reformas jurídico-institucionais foi consagrada e disseminada, hegemonicamente, pelo Banco Mundial, em países em via de desenvolvimento na América Latina, com realidades de dimensões históricas, sociais, culturais, econômicas, institucionais e jurídicas diferenciadas. Inúmeros estudiosos do movimento “Direito e Desenvolvimento” corroboram com tal entendimento. Para citar alguns, pode-se mencionar: Trubek, Mattei, Garavito⁴¹, Gargarella⁴² e Santos. Alvaro Santos assevera⁴³:

41 GARAVITO, César Rodríguez. Navegando laGlobalización: unmapamundi para elestudio y laprácticadelderechoen América Latina. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **El derechoen América Latina**: un mapa para elpensamiento jurídico delsiglo XXI. Buenos Aires: SigloVeintiuno Editores, 2011. p. 69-86.

42 GARGARELLA, Roberto. GraftsandRejections: PoliticalRadicalismandConstitutionalTransplants in theAmericas. **Rev. Jur. UPR**, v. 77, p. 507-530, jan./jun. 2008.

43 SANTOS, Álvaro. The World Bank’s Uses of the ‘Rule of Law’ Promise in Economic Development. In: SANTOS, A.; TRUBEK, D. (org.). **The New Law and Economic Development**: A Critical Appraisal. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 253-300. p. 294. Tradução livre do autor de: “*The projects consider regulation in a vacuum, severed from the political and socioeconomic context that it is supposed to affect and presents a set of legal rules as ready-mades, packaged as a strategy for development. However, even if it were possible to identify and isolate a set of rules as crucial for a country’s economic success, this project assumes that they can be transplanted and take root across the board notwithstanding different economic, social and political settings*”.



Os projetos consideram a regulação no vácuo, separada do contexto político e socioeconômico que se supõe afetar e apresentam um conjunto de normas legais, como pré-moldadas, empacotadas como uma estratégia de desenvolvimento. No entanto, mesmo que fosse possível identificar e isolar um conjunto de regras como crucial para o sucesso econômico de um país, este projeto pressupõe que podem ser transplantados e enraizar-se em todos os domínios, não obstante diferentes contextos econômicos, sociais e políticos.

As políticas de desenvolvimento econômico, consagradas como verdadeiras cartilhas de sucesso do Banco Mundial, a serem seguidas fielmente pelos países em desenvolvimento da América Latina, e dos consequentes arranjos institucionais e legais, transplantados e recepcionados, não conduzem necessariamente ao enfrentamento do subdesenvolvimento.

CONCLUSÃO

Com a realização do presente estudo, pretende-se elaborar um artigo científico que possam servir à solução da casuística que frequentemente se apresenta ao Executivo, Legislativo, Judiciário. Intenta-se, ainda, oferecer balizas que possam resolver:

- a) O conflito entre ordens jurídicas, nacionais, transnacionais e supranacionais, e o processo de superação do subdesenvolvimento. O maior desafio é a implementação de políticas públicas desenvolvimentistas endógenas, distributivas e de longo prazo;

[Ir para o índice](#)

- b) A dimensão conceitual do fenômeno jurídico da transnacionalidade do direito apresenta enorme dificuldade para ciência jurídica tradicional, pois conceber o fenômeno da transnacionalidade do direito, frente a prescindibilidade estatal, vez que o estado-nação habita o cerne da doutrina do direito internacional;
- c) A adoção de um “pacote de instituições corretas” transplantáveis de ambientes dotados de um bem sucedido processo de desenvolvimento. Uma estratégia que, todavia, nem sempre tem alcançado os resultados esperados, seja pela resistência política encontrada nos países para a realização das reformas institucionais, seja pela carência de efetividade de tais medidas – em muitos casos – inconsistentes com a trajetória histórica vivenciada pelos arranjos nacionais;
- d) A realidade acima pontuada desvela, evidente identidade existente entre *rule of law*, própria dos países de sistema jurídico vinculados ao *Common Law* e a matriz desenvolvimentista e neoinstitucional confeccionadas nas organizações internacionais de amparo ao desenvolvimento para os países periféricos;
- e) O modelo econômico de desenvolvimento, constitucionalmente consagrado, tem incorporado os relatórios de “aconselhamento” do Banco Mundial, no que se refere as Emendas Constitucionais perpetradas no âmbito da Constituição Econômica;



f) As concepções da Escola “Direito e Desenvolvimento” adotada no contexto político-institucional brasileiro, consagra um modelo, evidentemente, desenvolvido por atores internacionais ativamente envolvidos.

REFERÊNCIAS

BRANCO, Luizella. Transnormatividade e cosmopolitismo jurídico: interfaces do direito administrativo global. **Direito UNIFACS**–Debate Virtual, n. 168, p.7-37, jun. 2014. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/issue/view/194>. Acesso em: 17 jul. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A Governance do terceiro capitalismo e a Constituição Social. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz (coord.). **Entre discursos e culturas jurídicas**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 145-154.

CARDUCCI, Michele; BRUNO, Anna Silvia. The BRICS Countries as a legal dynamic network and the multilevel ‘hard’ EU regional structure-a comparative survey. **International Journal of Public Law and Policy**, v. 4, n. 1, p. 1-13, jan./mar. 2013.

ELMAUER, Douglas. A Constitucionalização Do Sistema Econômico: Possibilidades E Obstáculos Para Uma Autolimitação Da Hiperexpansividade Da Economia Global. **FGV Direito SP**. ResearchPaper Series n. 143. Janeiro, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2716307. Acesso em: 17 jul. 2017.

FERGUSON, Niall. **Empire: The RiseandDemiseofthe British World andtheLessons for Global Power**. New York: Basic Books, 2003.

Ir para o índice

FERRAJOLI, L. La crisis de la democracia en la era de la globalización. *In*: ESCAMILLA, M.; SAAVEDRA, M. (Ed.). **Derecho y justicia en una sociedad global**: law and justice in a global society. Granada: Universidad de Granada, 2005. Anales de la Cátedra Francisco Suárez, n. 39.

FRANKENBERG, Günther. **A gramática da constituição e do direito**. Trad. Elisete Antonuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GARAVITO, César Rodríguez. Navegando la Globalización: un mapa mundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina. *In*: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **El derecho en América Latina**: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. p. 69-86

GARGARELLA, Roberto. Grafts and Rejections: Political Radicalism and Constitutional Transplants in the Americas. **Rev. Jur. UPR**, v. 77, p. 507-530, jan./jun. 2008.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. Direito e desenvolvimento na perspectiva da consolidação do *rule of law*. **Duc In Altum**-Caderno de Direito, v. 3, n. 4, p. 129-143, jul./dez. 2012.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do cárcere**. Edição e tradução de Carlos Nelson Coutinho e Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira. 1999. v. 1: Introdução ao estudo da filosofia. A filosofia de Benedetto Croce.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. Tradução de Berilo Vargas. 3. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Record, 2001.

HESPANHA, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do 'modelo jurídico'. Crise, Direito e Argumentação Jurídica. **Revista do Ministério Público**, n. 130, p. 9-80, abr./jun. 2012.



HOLMES, Pablo. O Constitucionalismo entre a Fragmentação e a Privatização: Problemas Evolutivos do Direito e da Política na Era da Governança Global. **Revista Dados** – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, p. 1137-1168, out./dez. 2014.

IRTI, Natalino. **Norma e luoghi**. Problemi di geo-diritto. Roma: Laterza, 2001.

LOSANO, Mario. Teoria e pratica dei trapiantigiuridicitra colonialismo e multiculturalismo. **Cadernos de Pós-Graduação em Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, n. 7, Parte I, 93 p.; Parte II, p.48, fev./maio 2012.

LOUREIRO, João Carlos. “A “porta da memória”: (pós?)constitucionalismo, Estado (pós?)social, (pós?)democracia e (pós?)capitalismo. Contributos para uma “dogmática da escassez”, *In*: AMARO, António Rafael; NUNES, João Paulo Avelãs (org.). **“EstadoProvidência”, capitalismo e democracia, Estudos do Século XX 13**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2013. p. 111-126.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. A desconstrução da lei no constitucionalismo global. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), São Leopoldo, v. 2, n.6, p.129-141, jul./set., 2014.

MATTEI, Ugo. A theory of imperial law: a study on US hegemony and the Latin resistance. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, v. 10, Iss. 1, Article 14, p. 383-448, winter, 2013. Disponível em: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1260&context=ijgls>. Acesso em: 20 mar. 2017.

MATTEI, Ugo. Direito comparado e os ‘critical legal studies’. **Constituição, economia e desenvolvimento**, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 250-277, jul./dez. 2014.

MATTEI, Ugo. Efficiency in legal transplants: An essay in comparative law and economics. **International Review of Law and Economics**, v. 14, n. 1, p. 3-19, mar. 1994. Disponível em: http://works.bepress.com/ugo_mattei/14/. Acesso em: 25 maio 2016.

MATTEI, Ugo. Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution, and Development. In: FASSIN, Didier; PANDOLFI, Mariella (ed.). **Contemporary States of Emergency: The politics of military and humanitarian interventions**. Zone Books, Forthcoming, 2009. p. 89-106.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Plunder: when the rule of law is illegal**. John Wiley & Sons, Malden, MA: Blackwell. 2008.

MEDINA, Diego López. El nacimiento del derecho comparado moderno como espacio geográfico y como disciplina: instrucciones básicas para su comprensión y uso desde américa latina. **International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional**, v. 13, n. 26, p. 117-159, jan./jun. 2015.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. **Revista da Informação Legislativa**, Brasília, n. 51, n. 201, jan./mar. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p193.pdf. Acesso em: 17 jul. 2017.

NEVES, Marcelo. **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas**, São Paulo: Quartier Latin, 2010.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Ativismo arbitral e lex mercatoria. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 12, p. 89-122, jan./mar., 2015.

NORTH, Douglass. Some fundamental puzzles in economic history/development. In: ARTHUR, W. Brian; DURLAUF, Steven N.; LANE, David



A. (org.). **The economy as an evolving complex system II**. Reading, MA: Addison-Wesley, 1997. p. 223-238.

PEGORARO, Lucio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho Comparado. *In*: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; GARCÍA, Alfonso Hherrera (coord.). **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. p. 33-80.

PFETSCH, Frank Richard. Capacidade de atuar e legitimação do Estado democrático de direito na era da globalização. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 41, n. 2, p. 102-117, dez. 1998. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73291998000200006&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 17 jul. 2017.

PRZEWORSKI, Adam. A última instância: as instituições são a causa primordial do desenvolvimento econômico? **Novos estud.**- CEBRAP, São Paulo, n. 72, p. 59-77, jul. 2005.

SANTOS, Álvaro. The World Bank's Uses of the 'Rule of Law' Promise in Economic Development. *In*: SANTOS, A.; TRUBEK, D. (org.). **The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 253-300.

SCHAPIRO, Mario Gomes. Repensando a relação entre Estado, Direito e desenvolvimento: os limites do paradigma *ruleoflaw* e a relevância das alternativas institucionais. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 213-252, jan./jul. 2010. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24216/22989>. Acesso em: 20 jun. 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. *In*: NEVES, Marcelo (org.). **Em tor-**

no da transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p.101-112.

STREECK, Wolfgang. **Buying Time** – The delayed crisis of democratic capitalism. Londres: New Left Books, 2014.

TEUBNER, Gunther. **Constitutional fragments**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do direito:** Direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2263949. Acesso em: 05 ago. 2014.

WATSON, Alan. **Legal transplants:** an approach to comparative law. University of Georgia Press, 1993.

ZURBRIGGEN, Cristina. La "falacia tecnocrática" y la reforma del Estado: a diez años del Informe del Banco Mundial. **Nueva sociedad**, n. 210, p. 156-172, jul./ago., 2007.



A solidariedade entre os Estados: o surgimento do Estado Constitucional Cooperativo e sua relação com o Tribunal Penal Internacional

Solidarity among States:
the emergence of the Cooperative
Constitutional State and its relationship
with the International Criminal Court

**KATHERINNE DE MACEDO MACIEL MIHALIUC
SIDNEY SOARES FILHO**

Resumo

O presente trabalho aborda o conceito de Estado Moderno e a necessidade de sua superação para o Estado Constitucional Cooperativo, assim como e sua relação com o Tribunal Penal Internacional. Inicialmente, os elementos que compunham a entidade estatal eram o povo, o território e a soberania. Estudos doutrinários, todavia, acrescentaram mais um elemento: os objetivos determinados de seu povo. Porém, a globalização permitiu a fluidez das fronteiras dos Estados, de modo que, hoje, o estado não pode agir apenas em prol do interesse do seu povo, porque,

[Ir para o índice](#)

para uma coexistência mundial pacífica, é necessário que os diferentes povos harmonizem seus respectivos interesses. Assim, as entidades estatais devem cooperar entre si, firmando o chamado Estado Constitucional Cooperativo. O Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma é um exemplo da manifestação desse novo estado. Trata-se de um órgão jurisdicional internacional permanente que não exclui a soberania de seus países signatários, a assegura de forma compartilhada. Desse modo, procurou-se, estudar o surgimento do Estado Cooperativo e suas relações, por meio de pesquisa bibliográfica, em especial, através de livros e documentos jurídicos e de matérias jornalísticas.

Palavras-chave: Estado Constitucional Cooperativo. Tribunal Penal Internacional. Soberania Compartilhada. Estatuto de Roma.

Abstract

This study discusses the concept of the Modern State and the need to overcome them, the Constitutional State Cooperative and its relationship with the International Criminal Court. It is known that initially the elements that made up the entendiade state was the people, territory and sovereignty. Doctrinal studies, however, added another element, the stated objectives of his people. It turns out that globalization has allowed the fluidity of the boundaries of states, so that, today, can not this act only on behalf of the interests of its people. This is because, for a peaceful coexistence worldwide, makes it necessary that diferenes people harmonize their interests. In other words, the state can not just think of the individual interests of its population, state agencies must cooperate and integrate with each other, is called the Constitutional



State Cooperative. The International Criminal Court established by the Rome Statute, is an example of the manifestation of this. This is a court that does not exclude international permanent sovereignty of its signatories, but only complement. This Court is an example of shared sovereignty. Thus, we, in this paper, to study the emergence of the state and its rel Cooperative, through bibliographic research, particularly through books and legal documents and journalistic matters.

Keywords: *State Constitutional Cooperative. International Criminal Court. Shared sovereignty. Rome Statute.*

INTRODUÇÃO

O conceito de Estado é plural, vez que a sua definição é um desafio de diversas Ciências, como o Direito, a Sociologia, a Ciência Política e a Filosofia, entre outras. Desde o século XVI, houve várias tentativas para chegar a uma definição precisa, única, porém, talvez pela alta rapidez das transformações sociais, ainda não se encontrou um conceito mais adequado para definir o Estado. Para isso, se faz necessário observar seus elementos básicos e os requisitos para a sua formação: o povo, o território e a soberania.

A globalização fez diluir as fronteiras existentes entre os Estados e assim, percebeu-se que as ações das entidades estatais não podem cancelar tão somente os interesses do seu povo porque o mundo deve ser visto como uma grande comunidade, e todos os seus habitantes devem pautar condutas em prol de uma coexistência pacífica. Essa noção de integração, cooperação e solidariedade, entre os Estados, fez surgir o Esta-

[Ir para o índice](#)

do Constitucional Cooperativo. Todavia, fazer um estado pautar sua conduta em outros, talvez possa interferir na sua soberania, submetendo-o a outra vontade, que não a de seu povo.

Ademais, o Direito Internacional promove grande importância às organizações internacionais, entre elas o Tribunal Penal Internacional (TPI), órgão jurisdicional permanente, criado pelo Estatuto de Roma, competente para julgar crimes que, por sua gravidade, atinjam o interesse da humanidade, como: crimes que firmam algum Tratado Internacional, ainda que o país, onde o delito ocorreu, tenha órgão jurisdicional competente.

Dessa forma, o trabalho define Estado Constitucional Cooperativo e apresenta respostas a respeito de como desencadeou o seu surgimento e suas implicações e qual sua relação com o Tribunal Penal Internacional. Além disso, investigou a possível compatibilização entre a soberania dos Estados e o Tribunal Penal Internacional.

Através de método hipotético-dedutivo, este trabalho se desenvolveu a partir dos questionamentos acima levantados, analisando-os com os fatos e dados descobertos. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica, com consulta a livros, dissertações/teses, legislação, artigos, revistas especializadas, matérias jornalísticas e consulta em sítios eletrônicos, além de pesquisa jurisprudencial, o que constitui numeroso material, essencial para análise do tema ora abordado.

Assim, o presente trabalho foi dividido em dois tópicos. No primeiro, foi abordado a globalização e o surgimento do Estado Constitucional Cooperativo. Por fim, no último tópico, estudou-se a relação entre Estado Constitucional Cooperativo e o Tribunal Penal Internacional, tecendo relações com a soberania brasileira.



1. O SURGIMENTO DO CONCEITO DE ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO E A GLOBALIZAÇÃO

Etmologicamente, o termo Estado advém do substantivo latino “*status*”, o qual, por sua vez, emana de “*stare*”, que significa estar firme, estabilidade. Assim, já existia o termo Estado antes da existência de um estado.

Maquiavel, em sua obra “O Príncipe” publicada em 1531, foi o primeiro doutrinador que introduziu essa palavra, referindo-se a um lugar, tornando-se, com seus estudos, um dos precursores da Ciência Política. Para Ele, “Todos os Estados, os domínios todos que existiram e existem sobre os homens, foram e são repúblicas ou principados [...]”¹. Dessa forma, o Cientista Político já anunciava os elementos necessários à composição de um Estado, quais sejam: povo², território e soberania; como também, já delineava a definição de entidade estatal.

São exatamente esses elementos citados acima que compõem o conceito de Estado. Jellinek, por exemplo, escreve que o Estado “é a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando”³. Nota-se que, quando o doutrinador fala

1 MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 3. ed. Trad. Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 11.

2 É importante ressaltar que alguns afirmam que a população é elemento do Estado, e não o povo. Todavia, Walter Ceneviva (2003, p. 34) diferencia povo de população, preceituando que “Povo, em conceito mantido nos limites da ciência do Direito, é o conjunto das pessoas subordinadas ao mesmo ordenamento jurídico, providas de capacidade para exercerem os direitos deste decorrentes [...] Enquanto população, é visto em seu significado estatístico. O povo, sem ter personalidade jurídica, tem poder jurídico, posto, posto que titular de soberania (Artigo 1º, parágrafo único)”. Desta forma, no presente estudo, prefere-se a concepção de que povo é o real elemento do Estado, e não populace

3 JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Trad. Fernando de los Ríos. Montevideo; Buenos Aires: B de F, 2005, p. 180.

em “poder originário de mando”, nada mais significa do que a soberania estatal, conforme dispõe Miguel Reale, nos termos abaixo aduzidos:

Soberania é tanto a força ou o sistema de força que decide do destino dos povos, que dá nascimento ao Estado Moderno e preside ao seu desenvolvimento, quanto a expressão jurídica dessa força no Estado constituído segundo os imperativos éticos, econômicos, religiosos etc., da comunidade nacional, mas não é nenhum desses elementos separadamente: a soberania é sempre sócio-jurídico-política, ou não é soberania⁴.

Percebe-se, assim, que o delineamento do conceito de Estado começa a surgir no século XVI. Nessa época, emergiram três espécies de conceito político, social e jurídico. Cláudio De Cicco e Álvaro de Azevedo Gonzaga, no intuito de albergar essas três concepções de Estado, conceituam-no da seguinte forma:

Uma definição abrangente de Estado seria “uma instituição organizada política, social e juridicamente, ocupa um território definido e, na maioria das vezes, sua lei maior é uma Constituição escrita. É dirigido por um governo soberano reconhecido interna e externamente, sendo responsável pela organização e pelo controle social, pois detém o monopólio legítimo do uso da força e da coerção⁵.”

4 REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 139.

5 DE CICCO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. São Paulo: RT, 2007, p. 43.



Para o presente trabalho, não se faz necessário aprofundar-se nessas três concepções de Estado acima expostas (política, social e jurídica). Somente é importante entender os conceitos. Dessa forma, cite-se o que Canotilho entende a definição de Estado:

[...] o conceito de Estado é assumido como uma forma histórica (a última para os modernos, porventura a penúltima para os pós-modernos) de um ordenamento jurídico geral cujas características ou elementos constitutivos eram os seguintes: (1)- territorialidade, isto é, a existência de um território concebido como “espaço da soberania estadual; (2)-população, ou seja, a existência de um “povo” ou comunidade historicamente definida. (3)-(soberania) [...]⁶.

Percebe-se que o próprio doutrinador português afirma haver três elementos no Estado, quais sejam: povo, território e soberania. E é exatamente com esses elementos constitutivos que surge o conceito de Estado Moderno, conforme preceitua Darcy Azambuja:

O Estado Moderno é uma sociedade à base territorial, dividida em governantes e governados, e que pretende, nos limites do território que lhe é reconhecido, a supremacia, sobre todas as demais instituições. De fato, é o supremo e legal depositário da vontade social e fixa a situação de todas as outras organizações⁷.

6 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 14.

7 AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Globo, 1963, p. 6.

Todavia, na discussão atual sobre a definição de Estado, não deve ser levado em consideração, tão somente, os interesses populacionais daquele território, mais entendê-lo num contexto bem mais ampliado em que a entidade estatal está imersa num mundo onde existem outros Estados, e que para a convivência pacífica de todos os contingentes populacionais e para sua sobrevivência, se faz necessário harmonizar os interesses dos diferentes povos.

Fundamentando tal posição, Jorge Miranda expõe sua opinião da seguinte forma: “não são apenas os indivíduos (ou os particulares) que vivem subordinados a normas jurídicas. Igualmente o Estado e as demais instituições que exercem autoridade pública devem obediência ao Direito (incluindo ao Direito que criam)”⁸. Essa noção diluída das fronteiras dos Estados decorre muito do fenômeno da globalização. Sobre esse fenômeno, Mario Silveira Filho, em sua dissertação de Mestrado, afirma o seguinte:

A globalização deve ser entendida como um fenômeno complexo, de matiz filosófico, cultural e ideológico, que tem na economia a chave de sua compreensão e a área estratégica de sua projeção. Traduz-se, essencialmente, na criação de um mercado mundial unificado, graças ao desenvolvimento operado nos sistemas de transporte e nas tecnologias de informação que permite a livre circulação de todo tipo de bens, serviços capitais e tecnologia. O Neoliberalismo é considerado a sua grande matriz ideológica⁹.

8 MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 1.

9 SILVEIRA FILHO, Mario Megale da. **A tutela dos direitos coletivos em face do modelo de Estado Social Brasileiro**. Ribeirão Preto: 2009, p. 50.



Quando o doutrinador discorre que a globalização cria um “mercado mundial unificado”, denota-se a existência de fronteiras fluidas entre os Estados, em que a economia, o modo de vida e a ideologia, entre outros aspectos de uma entidade, atingem diretamente o outro. Sobre a redefinição que o fenômeno da globalização imputa ao Estado-nação, Octavio Ianni, citado pelo autor acima, discorre:

O Estado-nação não só é redefinido, mas perde algumas das suas prerrogativas econômicas, políticas, culturais e sociais, debilitando-se. Aos poucos, algumas dessas prerrogativas aparecem nas decisões e atividades de empresas multinacionais e organizações multilaterais. O que era tradicional e reconhecidamente localizado em países, ou capitais, desterritorializa-se. Mesmo capitais de países poderosos parecem perder funções, esvaziar-se¹⁰.

Atualmente, com a globalização as fronteiras diminuíram de forma que incube aos estados não apenas pensar nos interesses internos, mas também, obedecer a normas de caráter externo. A respeito desse assunto Vladimir Oliveira da Silveira¹¹, dispõe assim:

O próprio Estado se transformou por conta das mudanças sociais, culturais, políticas etc., em decorrência da

10 SILVEIRA FILHO, Mario Megale da. **A tutela dos direitos coletivos em face do modelo de Estado Social Brasileiro**. Ribeirão Preto: 2009, p. 52.

11 SILVEIRA, Vladimir Oliveira Da. **Cidadania e Direitos Humanos**. Disciplina Ministrada para o Curso de Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza. Disponível em: <http://www.slideshare.net/FacNassau/palestra-globalizao-e-cidadania>. Acesso em: 18 maio 2016.

globalização – e neste novo contexto deverão os Estados abrir-se para o direito internacional, estabelecendo uma grande avenida de mão dupla em que os direitos humanos se constitucionalizem ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais se internacionalizem. Com a transformação dos Estados-Nação em Estados Constitucionais Cooperativos, o ente estatal passa a ter obrigações nas relações internacionais, dentre elas a da cooperação internacional, a da prevalência dos direitos humanos e a do respeito pela autodeterminação dos povos.

Percebe-se que o autor apresenta a expressão Estado Constitucional Cooperativo, conceito cunhado por Peter Häberle, que nas palavras de Gilmar Mendes¹²:

[...] estaria inserido em uma comunidade universal de Estados constitucionais, ou seja, em um contexto em que os Estados constitucionais não existem mais para si mesmos, mas sim, como referências para os outros Estados constitucionais membros de uma comunidade.

Assim, o Estado Constitucional Cooperativo é um Estado arraigado ao Direito Internacional, em que as pessoas não estão apenas preocupadas com os interesses populacionais internos, mas também, nos anseios de outras comunidades. É, portanto, um conceito multidisciplinar, vincula-

12 MENDES, Gilmar Ferreira. **Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf. Acesso em: 18 maio 2016.



do ao Direito internacional e a Filosofia Política, vez que, preconiza uma nova dimensão do Estado. Veja-se o excerto abaixo de Albuquerque¹³:

A constatação de que o mundo ainda padece de muitas injustiças, de assimetrias profundas entre as distintas comunidades regionais e da sobrevivência de regimes avessos ao respeito aos mais comezinhos princípios do Direito Internacional tem fomentado a construção de arcabouços e normativos no âmbito do sistema internacional, dotando-lhe de mecanismos jurídicos fiscalizatórios e eventualmente sancionatórios das ações governamentais e privadas de violação aos direitos humanos.

Dispõe Marcus Maliska¹⁴, de acordo com as lições de Peter Häberle, que: “O Estado Constitucional Cooperativo não deixa de ser um Estado Nacional, mas ele agrega a essa estrutura elementos de abertura, cooperação e integração que descaracterizam o Estado Nacional como uma unidade fechada, centrada na soberania nacional”.

Desse modo, o Estado Constitucional Cooperativo nada mais é do que o conceito de Estado Moderno, com um elemento a mais, qual seja, a

13 ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. O Direito Constitucional Internacional e os desafios a sua construção na contemporaneidade. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Vol. 1. Fortaleza: Premius, 2013. p. 363.

14 MALISKA, Marcos Augutos. **A Cooperação Internacional para os Direitos Humanos entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional. Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo**. Artigo publicado no XV Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/bh/marcos_augusto_maliska.pdf. Acesso em: 18 abr. 2015, p. 7020.

cooperação e integração dos Estados, visando a um bem comum. É a tentativa de comunhão de interesses distintos, para a coexistência pacífica dos diferentes povos.

2. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

A globalização diluiu as fronteiras existentes entre os Estados, fazendo surgir a necessidade de cooperação e integração entre os entes estatais, o denominado Estado Constitucional Cooperativo. Assim, na maioria das vezes, são as organizações internacionais que promovem o diálogo entre o direito interno do país e o estrangeiro. Segundo Vladmir Oliveira da Silveira¹⁵, pode-se dizer que:

As organizações internacionais surgem no contexto imediatamente posterior a Guerra da Criméia, inicialmente eram experiências de proteção humanitária que se limitavam as conferências anuais e a produzir documentos com eficácia quase nula.

Todavia, com o desenvolvimento da noção de cooperação entre os Estados, as organizações internacionais passaram a ser sujeitos de direito internacional público, sendo reconhecidas até mesmo pelos Estados-Nação na II Conferência de Viena sobre o direito dos tratados internacionais, adotada em 22 de maio de 1969, que passou a vigorar no ordenamento

15 SILVEIRA, Vladimir Oliveira Da. **Cidadania e Direitos Humanos**. Disciplina Ministrada para o Curso de Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza. Disponível em: <http://www.slideshare.net/FacNassau/palestra-globalizao-e-cidadania>. Acesso em: 18 maio 2016.



jurídico brasileiro, em 27 de janeiro de 1980, sendo um dos principais documentos internacionais que confere personalidade de direito internacional público às organizações internacionais relacionadas a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948. Esse diploma normativo estrangeiro estabeleceu a orientação da solidariedade entre os Estados, permitindo a fundamentação do poder e proteção de novos agentes.

Um dos principais organismos internacionais de promoção do chamado Estado Constitucional Cooperativo é o Tribunal Penal Internacional (TPI), também conhecido como Corte Penal Internacional. Esse é o único órgão jurisdicional internacional permanente, criado em 2002, situado na cidade de Haia, nos Países Baixos. O TPI foi criado pelo Estatuto de Roma, assinado pelo Brasil em 7 de fevereiro de 2000, e ratificado em 20 de junho de 2002. Foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em 6 de junho de 2002, através do Decreto Legislativo 112 e promulgado em 25 de setembro de 2002 pelo Decreto 4.338. Observe-se a citação abaixo de Lewandowski¹⁶:

O TRATADO DE ROMA, que prevê a criação do Tribunal Penal Internacional vinculado à Organização das Nações Unidas (ONU), foi aprovado em 17 de julho de 1998 por uma maioria de 120 votos a favor, 7 em contrário (da China, Estados Unidos, Filipinas, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia) e 21 abstenções. No dia 11 de abril de 2002, o Tratado alcançou 66 ratificações, ultrapassando o número de adesões exigido para sua entrada em vigor. O Brasil assinou o pacto em 12 de fevereiro de 2000, ratificando-o em 12 de junho

16 LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Estud. av.**, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 187-197, Aug. 2002, p. 187. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142002000200012&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 maio 2016.

de 2002, depois de aprovado pelo Congresso Nacional, tornando-se o 69º Estado a reconhecer a jurisdição do TPI.

Tal Tratado Internacional (Estatuto de Roma) possui 128 artigos, conforme descrito abaixo. Saliente-se que o objetivo deste tópico é tão somente demonstrar a relação existente entre o TPI e o Estado Constitucional Cooperativo, razão pela qual não serão discorridas sobre todos os aspectos da norma de direito estrangeiro:

Posteriormente a internalização do TPI no ordenamento jurídico Brasileiro pelo Decreto Legislativo acima aludido, o Poder Constituinte Originário, por meio da Emenda Constitucional 45 de 2004¹⁷, submeteu o Brasil à jurisdição desse órgão internacional nos seguintes termos: “Artigo 5º, § 4º - O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”¹⁸. Sendo assim, pode-se dizer que o TPI é “uma instituição permanente estabelecida por um tratado, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional”¹⁹. Tal órgão jurisdicional, nos termos do seu Artigo 5º, § 1º²⁰, dispõe que tem competência para julgar os crime de gravidade internacional, nos seguintes termos:

17 Antes do advento da Emenda Constitucional 45/04, houve muita celeuma doutrinária acerca da contitucionalidade ou não da inserção do Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico brasileiro. Como tal discussão foi sanada pelo Poder Constituinte Originário com aquele ato normativo, acredita-se que não se faz relevante apresentar as posições contrárias à ratificação neste trabalho.

18 BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 maio 2016.

19 JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal** – Mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 238.

20 BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 maio 2016.



Artigo 5º, §1o A jurisdição do Tribunal se limitará aos crimes mais graves que preocupam a comunidade internacional em seu conjunto. O Tribunal terá jurisdição, em conformidade com o presente Estatuto, sobre os seguintes crimes:

- a) o crime de genocídio;
- b) os crimes contra a humanidade;
- c) os crimes de guerra;
- d) o crime de agressão.

Percebe-se, assim, que a submissão de alguém ao pleito jurisdicional do TPI ocorre apenas em crimes graves que preocupam a comunidade internacional. Para se ter uma ideia do que esta característica significa, pode-se dizer que o Estatuto de Roma conceituou, em seu Artigo 6º, o crime de genocídio, como “qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal: a) Homicídio de membros do grupo; (...)”.

O Tribunal Penal Internacional – TPI é um exemplo de manifestação do Estado Constitucional Cooperativo porque exerce uma jurisdição complementar aos Estados signatários do Estatuto de Roma. Isso significa que, ao aderir o/esse Tratado de Direito Internacional, os estados não abdicam de parte de sua soberania, no caso, o Poder Jurisdicional, mas tão somente a exercem de maneira compartilhada. A soberania compartilhada, então, é mais um exemplo de cooperação entre os Estados, caracterizando, no caso do TPI, como a união de esforços das entidades estatais, de maneira consistente na prevenção e repressão de delitos

[Ir para o índice](#)

graves contra a humanidade. Vladimir Oliveira da Silveira²¹, sobre soberania compartilhada, dispõe da seguinte forma:

Na soberania compartilhada, os Estados não renunciam a sua soberania, mas tão-somente passam a exercê-la de forma compartilhada com os outros Estados, naquelas matérias expressamente previstas nos tratados e no jus cogens internacionais. Esta limitação, que é uma característica da soberania compartilhada e é assegurada pelo chamado princípio da subsidiariedade. Não há perda da soberania, pois soberania não é algo que se possa ter em maior ou menor grau: se é Estado, logo é soberano. A soberania é uma condição do Estado. O que se propõe é o compartilhamento da soberania, com aumento e diminuição de competências.

Nota-se que o Tribunal Penal Internacional – TPI como manifestação do Estado Constitucional Cooperativo, em momento algum agride a soberania de qualquer Estado. Muito pelo contrário, com a submissão dos países signatários do Estatuto de Roma à jurisdição internacional, ocorre uma maior fluidez de atos tendentes a cooperar com a coexistência pacífica entre os indivíduos.

Inclusive, é o princípio da subsidiariedade ou complementariedade que permite o exercício da soberania compartilhada. Este princípio está, inclusive, disposto no Artigo 1º do Estatuto de Roma, o qual preceitua que “[...] O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição

21 SILVEIRA, Vladimir Oliveira Da. **Cidadania e Direitos Humanos**. Disciplina Ministrada para o Curso de Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza. Disponível em: <http://www.slideshare.net/FacNassau/palestra-globalizao-e-cidadania>. Acesso em: 18 maio 2016.



sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, [...], e será complementar às jurisdições penais nacionais [...]" (grifo nosso).

O próprio preâmbulo do Estatuto de Roma já deixa claro o princípio da complementariedade, no intuito de não haver interferência indevida no sistema jurídico do país signatário, conforme explana o excerto a seguir: "[...] Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais" (grifo nosso).

A finalidade do princípio da complementariedade é assegurar que o TPI possa desempenhar seu papel, sem interferência indevida, na soberania (já que a jurisdição é uma forma de exercício da soberania estatal). Aliás, o próprio Estatuto de Roma, em seu Artigo 17, elenca requisitos de admissibilidade processual para que determinado indivíduo possa, nele, ser julgado.

Dessa forma, percebe-se que o Tribunal Penal Internacional - TPI é uma das manifestações do Estado Constitucional Cooperativo, que, por momento algum, tenta sobrepujar a soberania das entidades estatais, mas tão somente corroborar para a chama da soberania compartilhada.

CONCLUSÃO

Pelos aspectos apresentados, percebe-se que, atualmente, frente à globalização e a celeridade das alterações sociais, é insuficiente o conceito de Estado, pautado somente nos elementos: povo, território e soberania, conforme definição que vem sendo estudada, desde o século XVI. Mesmo a definição de Estado Moderno, ao qual se acrescentam deter-

[Ir para o índice](#)

minados objetivos a esses requisitos do ente estatal, muito por conta do seu caráter individualista, deve ser superada, para o bem da coexistência pacífica entre os indivíduos de outros Estados.

A globalização aproximou os países, aumentando, consideravelmente, a interdependência entre os Estados; ou seja, fatos que ocorrem em uma determinada região podem afetar outra nação que esteja diametralmente oposta, no plano geográfico, a ela. Assim, com essa diluição fronteiriça dos Estados, surge a necessidade de uma nova proposta de conceito de Estado, uma que abranja a cooperação, integração e solidariedade entre as entidades estatais destinadas a uma coexistência pacífica. Isso porque os indivíduos passaram a entender que não estão sozinhos no mundo e que heterogeneidade de interesses deve ser, ao máximo, compatibilizada, para a maior possibilidade de perpetuação da espécie humana.

Desse modo, surge o conceito de Estado Constitucional Cooperativo, o qual exige dos organismos estatais a comunhão de interesses entre si. Para ajudar nessa mútua colaboração, o Direito Internacional imprime maior força e personalidade organismos internacionais, como: ONU, OEA e TPI.

O Estado Constitucional Cooperativo é a união de esforços entre os Estados, visando o bem comum de toda a humanidade. Tal denominação foi cunhada pelo jurista alemão Peter Häberle, e seu estudo sobre o assunto foi trazido ao Brasil por importantes autoridades, como Gilmar Ferreira Mendes, atual Ministro do STF. A existência desse modelo de Estado não viola a soberania estatal, pois ela admite a chamada soberania compartilhada, que é exatamente o exercício dos poderes estatais, por parte dos países, pautado no bem comum de todas as nações e não apenas nos interesses dos indivíduos que compõem o território daquele respectivo Estado.



O Estado brasileiro, de acordo com a jurisprudência do STF, desde 1977, vem admitindo a existência do Estado Constitucional Cooperativo. Exemplo disso são suas constantes decisões, trazendo a paridade entre legislações do direito interno e os Tratados e Convenções de caráter internacional.

Um dos principais organismos internacionais que ganhou força e personalidade com o Direito Internacional foi o Tribunal Penal Internacional-TPI, criado pelo Estatuto de Roma, com sede em Haia, sendo o único órgão de jurisdição internacional permanente. Esse órgão julga crimes elencados por seu diploma normativo criador, os quais representam alta gravidade aos interesses mundiais, sendo, sem dúvida, uma manifestação de cooperação e integração dos países signatários do Estatuto de Roma, representando uma atuação do chamado Estado Constitucional Cooperativo.

Saliente-se também, que o TPI é norteador pelo princípio da complementariedade ou da subsidiariedade, o que mais uma vez corrobora para ele ser uma das manifestações desse tipo de Estado. Apesar de alguns dispositivos do Estatuto de Roma parecer colidir com normas do Poder Constituinte brasileiro, a doutrina se inclina nesse sentido, muito embora ainda haja divergência, com a compatibilização entre esses dois instrumentos: o Tratado Internacional e a Constituição Federal de 1988.

Exemplos dessa antinomia são: a possibilidade de prisão perpétua, a extradição do brasileiro nato e a imprescritibilidade dos delitos previstos no Estatuto de Roma. Isso porque a CF/88 brasileira veda penas de caráter perpétuo, salvo o do racismo e das ações de grupos armados civis ou militares contra o Estado Democrático de Direito e a Ordem Constitucional.

Chega-se a conclusão, que a conjuntura social, atual, traz a necessidade de superação do conceito de Estado Moderno para Estado Consti-

tucional Cooperativo. A globalização, por ter diluído a fronteira dos Estados e a necessidade de coexistência pacífica para a perpetuação da raça humana, entre outros fatores, foram os desencadeadores desse novo conceito assim, como o Tribunal Penal Internacional, muito por conta do princípio da complementariedade, que não viola a soberania dos Estados, sendo uma manifestação desse modelo de Estado.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. O Direito Constitucional Internacional e os desafios a sua construção na contemporaneidade. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 1. Fortaleza: Premius, 2013. p. 351-372.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. Rio de Janeiro: Globo, 1963.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 maio 2016.

BRASIL. **Decreto Legislativo 4.388**. Brasília: Senado Federal, 25 de setembro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm. Acesso em: 18 maio 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 466.343.703**. Relator: Ministro Cezar Peluzo. Tribunal Pleno. Data do julgamento: 3/12/2008. Disponível na Internet no site www.stf.gov.br. Acesso em 18 maio 2016.



CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DE CICCO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Teoria Geral do Estado e Ciência Política**. São Paulo: RT, 2007.

JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez. **Direito Internacional Penal** – Mecanismo de implementação do Tribunal Penal Internacional. São Paulo: Saraiva, 2009.

JELLINEK, Georg. **Teoría general del Estado**. Trad. Fernando de los Ríos. Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2005.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. O Tribunal Penal Internacional: de uma cultura de impunidade para uma cultura de responsabilidade. **Estud. av.**, São Paulo, v. 16, n. 45, p. 187-197, Aug. 2002. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142002000200012&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 18 maio 2016.

MALISKA, Marcos Augutos. **A Cooperação Internacional para os Direitos Humanos entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional**. Desafios ao Estado Constitucional Cooperativo. Artigo publicado no XV Congresso Nacional do CONPEDI. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/marcos_augusto_maliska.pdf. Acesso em: 18 abr. 2015.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 3. ed. Trad. Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Homenagem à doutrina de Peter Häberle e sua influência no Brasil**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/>

Ir para o índice

repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf. Acesso em: 18 maio 2016.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

SILVEIRA FILHO, Mario Megale da. **A tutela dos direitos coletivos em face do modelo de Estado Social Brasileiro**. Ribeirão Preto: 2009.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. **Cidadania e Direitos Humanos**. Disciplina Ministrada para o Curso de Mestrado e Doutorado da Universidade de Fortaleza. Disponível em: <http://www.slideshare.net/FacNassau/palestra-globalizacao-e-cidadania>. Acesso em: 18 maio 2016.

