

# DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO E NEOCONSTITUCIONALISMO

**VOLUME 01**

## **AUTORES**

Adriana Regina Dias Cardoso  
Alexandre Estefani  
Aline Dip Toniolo  
Ana Luiza Colzani  
Dimis Braga  
Douglas Matheus de Azevedo  
Fábio Bittencourt Garcia  
Fábio Luiz Colzani  
Germán Mendoza Cubillos  
Gláucia Mattjie  
João Baptista Vieira Sell  
Luciene Dal Ri  
Marcelo Volpato de Souza  
Márcio Ricardo Staffen  
Marcos Vinicius Viana da Silva  
Mônia Clarissa Hennig Leal  
Priscila Gonçalves de Castro  
Rafael Padilha dos Santos  
Ronei Danielli  
Roseane Ferrari  
Tarcísio Germano de Lemos Filho  
Tarcísio Vilton Meneghetti  
Vanessa Bonetti Haupenthal

## **COORDENADOR**

Maurizio Oliviero

## **ORGANIZADORES**

Josemar Sidinei Soares  
Luciene Dal Ri  
Rafael Padilha dos Santos



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PERUGIA



UNIVALI

**2016**

ISBN-ITA 978-88-99490-05-8

**Josemar Sidinei Soares  
Luciene Dal Ri  
Rafael Padilha dos Santos  
ORGANIZADORES**

**Maurizio Oliviero  
COORDENADOR**

# **DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO E NEOCONSTITUCIONALISMO**

**VOLUME 01**

## **AUTORES**

**Adriana Regina Dias Cardoso**

**Alexandre Estefani**

**Aline Dip Toniolo**

**Ana Luiza Colzani**

**Dimis Braga**

**Douglas Matheus de Azevedo**

**Fábio Bittencourt Garcia**

**Fábio Luiz Colzani**

**Germán Mendoza Cubillos**

**Gláucia Mattjie**

**João Baptista Vieira Sell**

**Luciene Dal Ri**

**Marcelo Volpato de Souza**

**Márcio Ricardo Staffen**

**Marcos Vinicius Viana da Silva**

**Mônia Clarissa Hennig Leal**

**Priscila Gonçalves de Castro**

**Rafael Padilha dos Santos**

**Ronei Danielli**

**Roseane Ferrari**

**Tarcísio Germano de Lemos Filho**

**Tarcísio Vilton Meneghetti**

**Vanessa Bonetti Haupenthal**

**ISBN-IT: 978-88-99490-05-8**



**UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PERUGIA**



**2016**

**Rettore dell'Università degli Studi di Perugia**

Franco Moriconi

**Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza**

Giovanni Marini

**Professore Ordinario del Dipartimento  
di Giurisprudenza**

Maurizio Oliviero

**Professore Ricercatore di Istituzioni  
di Diritto Pubblico**

Daniele Porena

**Professore Associato di Istituzioni  
di Diritto Pubblico**

Guido Sirianni

**Professore Associato del Dipartimento  
di Giurisprudenza**

Carlo Calvieri

**Comitato Redazionale - E-books/UNIPG****Il presidente**

Maurizio Oliviero

**Redattore****Dirigente E-Books/UNIPG**

Leonello Mattioli

**Membri**

Maria Chiara Locchi

Jacopo Paffarini

Daniele Porena

Sofia Felicioni

**Progetto di Fomento**

Questo e-book è stato possibile a causa del Programma di Doppia Titolazione con Cotutela di Tesi a livello di Dottorato con l'Università di Perugia e dall'accordo di collaborazione di produzione scientifica tra le Università di Perugia (Italia) e l'UNIVALI (Brasile) con lo scopo di divulgazione, condivisione e produzione della conoscenza giuridica e Agenzia per il Diritto allo Studio Universitario per l'Umbria - ADISU.

**Diagramma/Revisione**

Alexandre Zarske de Mello

Heloise Siqueira Garcia

**Copertina**

Alexandre Zarske de Mello

Heloise Siqueira Garcia

**Organizzatori**

Josemar Sidinei Soares

Luciene Dal Ri

Rafael Padilha dos Santos

**Coordinatore**

Maurizio Oliviero

**Autori**

Adriana Regina Dias Cardoso

Alexandre Estefani

Aline Dip Toniolo

Ana Luiza Colzani

Dimis Braga

Douglas Matheus de Azevedo

Fábio Bittencourt Garcia

Fábio Luiz Colzani

Germán Mendoza Cubillos

Gláucia Mattjie

João Baptista Vieira Sell

Luciene Dal Ri

Marcelo Volpato de Souza

Márcio Ricardo Staffen

Marcos Vinicius Viana da Silva

Mônia Clarissa Hennig Leal

Priscila Gonçalves de Castro

Rafael Padilha dos Santos

Ronei Danielli

Roseane Ferrari

Tarcísio Germano de Lemos Filho

Tarcísio Vilton Meneghetti

Vanessa Bonetti Haupenthal

**Indirizzo**

Dipartimento di Giurisprudenza – Università  
degli Studi di Perugia - Via Pascoli,  
33 - 06123 Perugia (PG)

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	VI
O FUNDAMENTO CULTURAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CONSTITUCIONALISMO E SUA RELAÇÃO COM A SUSTENTABILIDADE E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL .....	8
Rafael Padilha dos Santos .....	8
Márcio Ricardo Staffen .....	8
A CONSTRUÇÃO DA IDEIA DE MEIO AMBIENTE COMO BEM JURÍDICO FUNDAMENTAL.....	32
Fábio Bittencourt Garcia .....	32
Vanessa Bonetti Haupenthal.....	32
EDUCAR PARA O CONSUMO CONSCIENTE: O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO AGENTES PROPULSORES DO CONSUMO SUSTENTÁVEL.....	54
Aline Dip Toniolo.....	54
Roseane Ferrari.....	54
O DANO MORAL PUNITIVO E A APLICABILIDADE AOS DIREITOS DIFUSOS DO CONSUMIDOR COMO FORMA DE GARANTIR A SUSTENTABILIDADE DA SOCIEDADE DE CONSUMO .....	76
Ana Luiza Colzani.....	76
Fábio Luiz Colzani.....	76
A PARTICIPAÇÃO CIDADÃ no direito ambiental E SEUS MECANISMOS DE ATUAÇÃO .....	91
Marcelo Volpato de Souza .....	91
João Baptista Vieira Sell .....	91
EL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA Y EL DAÑO AMBIENTAL .....	117
Germán Mendoza Cubillos.....	117
Dimis da Costa Braga.....	117
COSTUMES E ACORDOS INTERNACIONAIS VERSUS CONSTITUIÇÃO: A APLICAÇÃO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO .....	132
Luciene Dal Ri .....	132
SEGURANÇA JURÍDICA E LEGALIDADE: COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS À LUZ DAS DOUTRINAS ITALIANA E BRASILEIRA.....	156
Adriana Regina Dias Cardoso .....	156
Glaucia Mattjie.....	156
GLOBALIZAÇÃO: AS TUTELAS DE URGÊNCIA NA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO .....	177
Tarcísio Germano de Lemos Filho.....	177
A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO .....	198
Alexandre Estefani .....	198
Priscila Gonçalves Castro .....	198

O CONCEITO DE ORDENAMENTO JURÍDICO DE SANTI ROMANO: PARADIGMA PARA COMPREENSÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS EM ESPAÇOS TRANSNACIONAIS .....	220
Tarcísio Meneghetti .....	220
Marcos Vinicius Viana da Silva .....	220
A POSTURA PREVENTIVA ADOTADA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: NOÇÕES DE “DEVER DE PROTEÇÃO” DO ESTADO COMO FUNDAMENTO PARA A UTILIZAÇÃO DAS “SENTENÇAS ESTRUTURANTES” .....	242
Douglas Matheus de Azevedo.....	242
Mônia Clarissa Hennig Leal .....	242
EXISTE UM DIREITO SUBJETIVO À SAÚDE? REFLEXÕES SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA E TERCEIRA DIMENSÕES .....	258
Ronei Danielli .....	258

## APRESENTAÇÃO

O presente livro é fruto da parceria internacional, de mais de 18 anos de duração, entre a Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) - Brasil e a Università degli Studi di Perugia (UNIPG) - Itália. A rica parceria internacional entre as duas instituições reflete-se na realização de uma pluralidade de ações como o doutorado em dupla titulação, a inserção de professores visitantes e a realização de seminários, no Brasil e na Itália.

A proposta dos seminários é de fomentar a reflexão, o compartilhamento de valores, a troca de informações e de ideias entre professores e alunos dos programas de pós-graduação *stricto sensu* em Direito de ambas as instituições.

Os eventos apresentam-se então como uma das ações de comprometimento com a formação de pesquisadores capazes de entender, investigar e responder às novas questões trazidas pela globalização, e também de responder ao desafio de internacionalização universitária.

Recorda-se que a UNIVALI e a UNIPG possuem “um dos melhores sistemas de internacionalização entre as universidades brasileiras e italianas, no que se refere à área do Direito”.

Fortalecendo ainda mais o vínculo com ambas as instituições, desde o ano de 2015, a UNIVALI e a UNIPG firmaram acordo aditivo, visando mútua colaboração na divulgação, compartilhamento e produção do conhecimento jurídico por meio de publicações conjuntas.

Uma das primeiras ações, no seio do citado acordo, foi a de publicar os trabalhos de professores e alunos, de ambas as instituições, fruto de seminário conjunto. Para tanto, publicou-se em 2015 o livro “Elementos de Constitucionalismo e Transnacionalidade: estudos realizados no âmbito do convênio entre a UNIVALI/Brasil e a Universidade de Perugia/Itália”, com artigos que refletem a rica e a intensa troca intelectual entre as instituições.

Em continuidade aos trabalhos de cooperação e internacionalização entre as instituições, ocorreu ainda no ano de 2015, seminário de pesquisa voltado para o tema Direito constitucional comparado e Neoconstitucionalismo, que gerou a coletânea de trabalhos aqui apresentada. Os eventos e suas consequentes coletâneas de trabalhos são abertos aos alunos e aos professores de outros programas de Mestrado e Doutorado, ampliando o potencial de trocas e de crescimento.

A presente coletânea apresenta trabalhos de professores e alunos não apenas da UNIVALI,

mas também da IMED, UNISC, PUC/PR, UFRGS e da Universidade de Caldas (Colômbia) nos temas de direitos humanos e dignidade da pessoa humana, democracia e Estado democrático, sustentabilidade e meio ambiente, extradição e migração.

Os trabalhos presentes nessa coletânea visam sustentar e ampliar os mais diversos temas e debates, à luz do direito constitucional comparado e do neoconstitucionalismo, denotando unicidade e coerência interna por meio de seus dois eixos de pesquisa.

UNIVALI e UNIPG integram-se e por meio de seus seminários e publicações e propiciam um lugar de encontro e de divulgação de pesquisas, não apenas de seus professores e alunos, mas também de professores e alunos de outras universidades, reforçando os aspectos de cooperação, internacionalização e transnacionalidade que se fazem necessários às universidades do mundo em tempos de globalização. Nesse sentido, reforça-se que este livro é uma coletânea, fruto de vivência intelectual transnacional e que representa um canal de divulgação, à comunidade científica, de pesquisas no âmbito de convênio entre as duas instituições, permitindo a globalização de conhecimento.

**Luciene Dal Ri**  
**Rafael Padilha dos Santos**  
**Josemar Sidinei Soares**  
**ORGANIZADORES**

# O FUNDAMENTO CULTURAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CONSTITUCIONALISMO E SUA RELAÇÃO COM A SUSTENTABILIDADE E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Rafael Padilha dos Santos<sup>1</sup>

Márcio Ricardo Staffen<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

É através da dimensão cultural da dignidade da pessoa humana que o princípio da dignidade da pessoa humana abre-se criticamente à dinamicidade cultural da sociedade, não apenas para preparar a consciência jurídica enquanto limitador normativo da conduta humana e da área social, econômica e política, mas também para oferecer procedimentos para que se alcance o consenso fundamental.

A dignidade da pessoa humana é uma fonte de normatividade que permite uma abertura axiológica aliada à racionalidade e à democracia para a ativação de uma cidadania cosmopolita. Tal “processo público”<sup>3</sup> - como diria Häberle-, não poderia ser feito sem o critério de convergência e de consenso da dignidade da pessoa humana, em que todos os povos estão potencialmente aptos a participar, inclusive para lidar com o tema da sustentabilidade e do desenvolvimento sustentável.

Pensar na tutela dos direitos humanos no século XXI envolve pensar em instituições democráticas transnacionais de regulação e governança, modos de produção de regulamentos dos espaços transnacionais, a organização de um sistema de sanções efetivo, uma divisão de

---

<sup>1</sup> O autor é Doutor em dupla titulação pela UNIVALI (Brasil) e pela Universitàdegli Studi di Perugia (Itália). Mestre em Filosofia pela UFSC. Especialização em psicologia social pela Universidade Estatal de São Petersburgo (Rússia). Professor no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica, nos cursos de Doutorado e Mestrado em Ciência Jurídica, e na Graduação no Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. É Professor do curso de Direito da UNIVALI e advogado. E-mail: rpadilhas@univali.br.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Público pela Universitàdegli Studi di Perugia (Itália). Doutor e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Pesquisador do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – IMED, Passo Fundo/RS. Professor Honorário da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidad Inca Garcilaso de la Vega (Peru). Advogado (OAB/SC). Email: marcio.staffen@imed.edu.br

<sup>3</sup> HÄBERLE, Peter. **Heremênutica constitucional** - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 32.



responsabilidades que consinta a ampla proteção dos direitos humanos, e a operação dos deveres humanos.

Neste sentido, é válida a postura de se pensar os direitos humanos nos dias atuais ou, como leciona Antonio Cassese<sup>4</sup>, ciente dos processos históricos, mas comprometido com os desafios do seu tempo de pretensão e de realização, bem como, nas linhas desta teia complexa do direito transnacional e sustentabilidade; suas instituições e seus atores. Afinal, não há sentido a manutenção espacial do ideal de direitos humanos apenas nos territórios estatais ou, dos tratados internacionais vinculados originalmente aos Estados. Neste sentido, Ferrer, Glasenapp e Cruz<sup>5</sup> entendem que a sustentabilidade é um novo paradigma indutor das relações sociais, políticas, jurídicas e econômicas na direção da empatia e solidariedade.

O tema da sustentabilidade deve ser pensado aliado à dignidade da pessoa humana. Aliás, como já apregoa Morin<sup>6</sup>, são necessárias várias tomadas de consciência complementares para este milênio: a consciência telúrica, a consciência ecológica, a consciência antropológica, a consciência do estatuto antro-po-bio-físico do ser humano; a consciência do *Dasein*(ser-aí) humano no planeta; a consciência da era planetária; a consciência da ameaça damocleana; a consciência da perdição no horizonte da vida humana; a consciência do destino terrestre.

A dignidade da pessoa humana tem um fulcro antropológico que se conecta a todas essas conscientizações propostas por Edgar Morin, sendo viável sua análise em relação à sustentabilidade e ao desenvolvimento sustentável. Neste sentido, o objetivo deste artigo é analisar a dimensão cultural da dignidade da pessoa humana no constitucionalismo e sua contribuição em corroborar com uma interpretação humanista dos paradigmas da sustentabilidade e do desenvolvimento sustentável.

Em relação à metodologia, foi empregada a base lógica indutiva por meio da pesquisa bibliográfica, realizando inicialmente um tratamento analítico da dimensão cultural da dignidade da pessoa humana, descrevendo problemáticas e desafios, bem como apresentando uma proposta conceitual, para depois correlacioná-la com as ideias de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável.

---

<sup>4</sup> CASSESE, Antonio. **I diritti umani oggi**. 3. ed. Roma-Bari: Laterza, 2012.

<sup>5</sup> FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. 19. v. n. 4. Edição Especial, 2014. p. 1433-1464.

<sup>6</sup> MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. 4. ed. Porto Alegre: Sullina, 2003.

## 1. A CONCEPÇÃO DE CULTURA

Uma definição clássica da categoria “cultura” é aquela pensada por Tylor, ao afirmar que a cultura ou civilização: “is that complex whole which includes knowledge, belief, art, moral, law, custom, and any other capabilities and habits acquired by man as a member of society.”<sup>7</sup> Kroeber e Kluckhohn, em seu livro *Culture: a critical review of concepts and definitions*<sup>8</sup>, realizam a análise de uma série de definições de cultura, na Parte II do livro citam 164 definições<sup>9</sup>, e ao final deste estudo posicionam-se ao afirmar: “we think culture is a product; is historical; includes ideas, patterns, and values; is selective; is learned; is based upon symbols; and is na abstraction from behavior and the products of behavior.”<sup>10</sup>

Häberle expõe que a essência da cultura são ideias tradicionais, escolhidas e transmitidas pela história, e seus valores respectivos, em que os sistemas culturais são entendidos como produto de certas ações e também como elementos condicionantes de posteriores ações. Häberle, em sua proposta de uma teoria da Constituição como ciência da cultura, propõe uma noção de cultura baseada em três aspectos orientativos:

1) “cultura” es la mediación de lo que em un momento dado fue (aspecto tradicional); 2) “cultura” es el ulterior desarrollo de lo que ya fue em su momento, y que se aplica incluso a la transformación social (aspecto inovador); 3) “cultura” no es siempre sinónimo de “cultura”, lo cual significa que um mismo grupo humano puede desarrollar simultáneamente diferentes culturas (aspecto pluralista de la cultura).<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> “é aquele todo complexo que inclui conhecimento, crença, arte, moral, lei, costume, e quaisquer outras capacidades ou habilidades adquiridas pelo homem como membro da sociedade.” (Tradução do autor). TYLOR, Edward B. **Primitive culture: researches into the development of mythology, philosophy, religion, language, art, and custom.** London: John Murray, Albemarle Street, 1920. p. 1.

<sup>8</sup>KROEBER, Alfred Louis; KLUCKHOHN, Clyde. **Culture: a critical review of concepts and definitions.** Cambridge: Museum, 1952.

<sup>9</sup> Essas definições foram agrupadas por Kroeber e Kluckhohn nos seguintes grupos: **a)** definições descritivas, que enfatizam a cultura como uma totalidade abrangente, em que o conceito é apresentado enumerando o conteúdo do que consiste a cultura (como faz Tyler, acima, ao enumerar “knowledge, belief, art, moral, law, custom”), normalmente influenciadas por Tylor; **b)** definições históricas, com ênfases no legado social (que conota o que é recebido, o produto) ou tradição (referente ao processo pelo qual a recepção acontece, mas também pelo que é transmitido e aceito), sem buscar uma definição de modo substancial; **c)** definições normativas, com ênfase nas regras ou usos sociais, mas também em ideais ou valores, e nos caminhos ou modos de vida, e tais modos de vida implicam padrões compartilhados, sanções para a desobediência das leis, o como se comportar, um diagrama social para ação; **d)** definições psicológicas, enquanto adaptação superadora de problemas, encontrando na cultura técnicas de adaptação ao ambiente externo e a outro homem, além de também dar ênfase à aprendizagem e no hábito; **e)** definições estruturais, como padronização e organização da própria cultura, em que a cultura se desatrela do comportamento para ser tratada como um design para viver, é um plano, mas não o próprio viver; **f)** definições genéticas, com ênfase na cultura como um produto ou artefato, tentando entender como a cultura é produzida, ou sobre os fatores que tornaram a cultura possível, podendo também ter ênfase em ideias ou em símbolos; **g)** definições incompletas, na qual foram apresentados 7 autores por Kroeber e Kluckhohn com definições cultural que são incompletas.

<sup>10</sup> “nós entendemos que cultura é um produto; é histórica; inclui ideias, padrões e valores; é seletiva; é aprendida; é baseada em símbolos; e é uma abstração do comportamento e dos produtos do comportamento.” (Tradução do autor). KROEBER, Alfred Louis; KLUCKHOHN, Clyde. **Culture: a critical review of concepts and definitions.** Cambridge: Museum, 1952. p. 157.

<sup>11</sup> “1) ‘cultura’ é a mediação do que aconteceu em um momento dado (aspecto tradicional); 2) ‘cultura’ é o ulterior desenvolvimento do que já ocorreu em seu momento, e que se aplica inclusive à transformação social (aspecto inovador); 3)

A Constituição, para Häberle, não é apenas ordenamento jurídico para juristas interpretarem-na aplicando os métodos hermenêuticos, não é apenas um texto jurídico, mas é também a expressão de um grau de desenvolvimento cultural, é “um medio de autorrepresentación propia de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos.”<sup>12</sup>

A autêntica Constituição precisa ter o próprio texto constitucional cultivado. A Constituição de letra viva é aquela cujo resultado é fruto de todos os intérpretes de uma sociedade aberta. Por isso, o aspecto jurídico é apenas um dos elementos da Constituição como cultura. A aceitação de uma Constituição pressupõe normas jurídicas, mas isso não constitui, de per si, uma garantia do que o Estado Constitucional esteja de fato realizando, porque é preciso averiguar se há consenso em âmbito constitucional, se há correspondência entre texto constitucional e a cultura política do povo, se os cidadãos se sentem identificados com a Constituição.

Não é possível desprezar que a cultura propõe ao ser humano uma gama de possibilidades que viabilizam colocar em prática os próprios planos de ação, dentro de uma história que está em perene construção, ou seja, é um corrimão seguro para a autóctise histórica do ser humano.

No entanto, historicamente e em âmbito cultural, a imagem da “pessoa humana” não é estática, é sujeita a reelaborações diante dos novos problemas do mundo, pois o ser humano tem uma natureza histórica.

A dimensão cultural envolve a ação humana para resguardar e promover heteronomamente a dignidade – pela sua constitucionalização e previsão em textos internacionais ou na criação de soluções jurídicas e políticas transnacionais. É nessa perspectiva que se passa a entender na prática o direito como um conjunto composto de normas (princípios, regras) cuja interpretação e aplicação depende de postulados normativos (unidade, coerência, hierarquização, supremacia da Constituição etc.), critérios normativos (superioridade, cronologia e especialidade), *topoi* (interesse público, bem comum, etc.) e valores. E é neste contexto que é possível situar a dignidade da pessoa humana e também a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável.

---

‘cultura’ não é sempre sinônimo de ‘cultura’, o que significa que um mesmo grupo humano pode desenvolver simultaneamente diferentes culturas (aspecto pluralista da cultura).” (Tradução do autor). HÄBERLE, Peter. **Teoría de la constitución como ciencia de la cultura**. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.p. 26.

<sup>12</sup> “um meio de autorrepresentação próprio de todo um povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos.” (Tradução do autor). HÄBERLE, Peter. **Teoría de la constitución como ciencia de la cultura**. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.p. 34.

## 2. A PESSOA HUMANA NA DIMENSÃO CULTURAL DA DIGNIDADE

Na práxis jurídica pode ocorrer que na positivação sejam atribuídos diferentes significados à dignidade, inclusive quando a dignidade é transportada a fundamento constitucional de um Estado de Direito, pois aqui a imagem da pessoa é pensada conforme a cultura histórica no tempo, conforme a convenção humana – a sua interpretação jurisprudencial, sua aplicação, sua criação normativa etc.-, podendo assim assumir as mais diferentes roupagens por força do multiculturalismo e da diversidade de positivação histórica.

Na dimensão cultural é que se torna decisivo saber o modo mais seguro de garantir a aplicação e efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana, e também na inferição dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, que devem ser aplicados em respeito à diversidade dos povos. Isso porque o princípio torna-se realidade prática com eficácia jurídica apenas depois da criação de processos discursivos e institucionais, e a construção de conteúdos de sentido pelo intérprete.

Um princípio natural da dignidade da pessoa humana força o reconhecimento de uma qualidade intrínseca e distintiva em cada ser humano que o coloca em igual condição de respeito por parte do Estado e da comunidade, segue-se que é preciso pensar em um complexo de direitos e deveres humanos que assegurem este indivíduo contra qualquer violação da sua dignidade. Surge assim a responsabilidade dos seres humanos de pensarem e organizarem o reconhecimento, respeito, promoção e proteção da dignidade dentro de uma forma jurídica positiva.

A inerência da dignidade da pessoa humana faz com que esta não possa ser criada ou concedida ou retirada dos seres humanos, no entanto, no plano cultural, constatam-se variações na concepção da dignidade diante da prática jurídica, política e legislativa.

Para esclarecer melhor a concepção da dignidade da pessoa humana como construção, é preciso considerá-la a partir da sua realidade normativa e jurídica contemporânea em âmbito nacional, regional e internacional, essencial para se enfrentar os desafios normativos ligados às mais diferentes temáticas, como: a discriminação, a igualdade de todos perante a lei, o direito à paz e segurança, os princípios internacionais do não uso de força nas relações internacionais e da não intervenção, do bem-estar do detento dentro da cela e o cuidado médico apropriado, a eutanásia, questões de gênero, invenções biotecnológicas etc.

Antes porém, imperioso destacar o devido resgate dos ideais de humanismo, no qual fora maturada as bases da dignidade da pessoa humana. Em síntese, o tema do humanismo apresenta uma tradição cultural proveniente do Renascimento, aprimorado no decurso dos anos. Expressa historicamente princípios ideais de irresignação com a guerra, com a redução da dignidade das pessoas, com a exploração e espoliação de bens jurídicos básicos. Nas lições de Jörn Rüsen e Oliver Kozlarek<sup>13</sup>, o humanismo significa pôr o foco de atenção no pensar e no atuar dos seres humanos, verdadeiro *Canon* regulativo, segundo o qual a dinâmica dos acontecimentos alimenta uma espiral infinita, de modo que o projeto sempre esteja aberto e inconcluso.

Nesta toada, o norte sinalizado pelo humanismo, ao longo do curso da História, ilustra um projeto comprometido com a elaboração de compreensões de afinidades e diferenças que nutre os humanos em todos os espaços de existência. Notadamente nos espaços redimensionados pela globalização, afinal, não há como se pensar em globalização sem mensurar suas consequências humanas. Ademais, inegavelmente se observa um ciclo de globalização humana, vide a tensão instalada pelos movimentos de migração<sup>14</sup>.

Logo, o projeto de humanismo a ser refletido deve avançar para além das demandas de outrora. Não apenas conflitos globais carecem de referentes humanistas no seu trato, mas também conflitos setorizados precisam receber atenção transnacional materializadas no direito global com apoio de instrumentos efetivos de governança. Degradação ambiental, fundamentalismo, crise alimentar, pobreza, moléstias sanitárias e afins representam tal reclame, transcendendo a tradicional compreensão do humanismo na incidência das experiências traumáticas de crimes contra a humanidade.

### **3. A PROBLEMÁTICA DA DEFINIÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA PRÁTICA JUDICIAL**

Na dimensão cultural admite-se a concepção da dignidade da pessoa humana como construção, o que envolve uma perspectiva histórico-cultural no tratamento da dignidade. Isso significa que a dignidade da pessoa humana pode apresentar-se como um conceito jurídico-normativo sujeito a mudanças, em construção e desenvolvimento ao longo do tempo e do espaço,

---

<sup>13</sup> RÜSEN, Jörn; KOZLAREK, Oliver. **Humanismo en la era de la globalización**. Desafíos y perspectivas. Buenos Aires: Biblos, 2009, p. 11.

<sup>14</sup> STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

que está em constante concretização e delimitação na prática jurídica<sup>15</sup>.

A aplicação judicial do princípio da dignidade da pessoa humana pode ser exemplificada na Corte Internacional de Justiça no caso Sudoeste da África (*South West Africa Case*), publicado em 18 de julho de 1966, através da opinião dissidente do juiz Tanaka, ao entender que a discriminação e o *apartheid* contrariam leis internacionais, relacionando a dignidade humana com o princípio da isonomia<sup>16</sup>; ou na opinião separada (*separate opinion*)<sup>17</sup> do juiz Elaraby, na opinião consultiva (*advisory opinion*) de 09 de julho de 2004, ao afirmar que ambos, israelitas e palestinos, têm direito à paz e segurança, de modo que a construção pelo governo de Israel do muro defensivo, cerca separatória ou barreira de segurança no território palestino ocupado é contrário ao direito internacional; em 1999, o Congo apresentou pedido à Corte contra Uganda em relação a atos de agressão armada realizados por Uganda no território do Congo, de modo que a Corte decidiu que Uganda violou o princípio do não uso de força nas relações internacionais e o princípio da não intervenção, em que o juiz Koroma<sup>18</sup> sustentou que Uganda não poderia violar suas obrigações de respeitar os direitos humanos e a dignidade dos cidadãos congolezes, nem tratar desumanamente a população civil durante incursão militar.

A Corte Europeia de Direitos Humanos também fornece exemplos da aplicação do princípio

---

<sup>15</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: **Revista interesse público**. Belo Horizonte. n. 4. 1999. p. 24.

<sup>16</sup> No caso Sudoeste da África, a Etiópia e a Libéria deduziram diversos pedidos, dentre os quais para que seja fiscalizado o governo da África do Sul e que seja ordenado que este pare com a prática do *apartheid* em seu território, tendo por base o Mandato da Liga das Nações para o Sudoeste da África e o Pacto da Liga das Nações. A Corte Internacional de Justiça rejeitou as reclamações dos Requerentes, sustentando que estes não teriam direito legal ou interesse na matéria, já que as obrigações do mandatário (África do Sul) eram devidas à Liga das Nações, não a um Estado-Membro da Liga individualmente (como a Etiópia ou a Libéria), e nem a dissolução da Liga gerou o direito de fiscalização ou interferência, e questões morais, humanitárias e políticas por si só não geram direitos e obrigações legais. Porém, apesar deste resultado do julgamento, lê-se uma opinião dissidente do juiz Tanaka, ao entender que a discriminação e o *apartheid* contrariam leis internacionais, relacionando a dignidade humana com o princípio da isonomia, pois pessoas possuem dignidade e, portanto devem ser tratadas como pessoas, sendo todos iguais perante a lei sem distinção de religião, raça, língua, sexo, grupo social etc. O juiz Tanaka afirmou: "All human beings, notwithstanding the differences in their appearance and other minor points, are equal in their dignity as persons, Accordingly, from the point of view of human rights and fundamental freedoms, they must be treated equally." CORTE Internacional de Justiça. **Case South West Africa**. Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa. 1966. Disponível em: <[http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1966.07.18\\_South\\_West\\_Africa.htm](http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1966.07.18_South_West_Africa.htm)>. Acesso em: 28/07/2014.

<sup>17</sup> A opinião consultiva (*advisory opinion*) de 09 de julho de 2004, realizada pela Corte Internacional de Justiça em resposta à Assembleia Geral das Nações Unidas considerou, por 14 votos a 1, que a construção pelo governo de Israel do muro defensivo, cerca separatória ou barreira de segurança no território palestino ocupado (área sob controle de Israel por força da Guerra dos Seis Dias de 05 a 10 de junho de 1967) é contrária ao direito internacional, já que tal muro estaria em território palestino e não de Israel. O fundamento da dignidade aparece na opinião separada (*separate opinion*) do juiz Elaraby, que afirma que ambos, israelitas e palestinos, têm direito à paz e segurança, mas que a segurança não pode ser obtida por uma parte às expensas da outra: "[...] the two sides have a reciprocal obligation to scrupulously respect and comply with the rules of international humanitarian law by respecting the rights, dignity and property of the civilians." CORTE Internacional de Justiça. **Legal consequences of the construction a wall in the occupied palestinian territory. Advisory opinion**. 2004. Disponível em: <[http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/2004.07.09\\_wall.htm](http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/2004.07.09_wall.htm)>. Acesso em: 15/07/2014.

<sup>18</sup> CORTE Internacional de Justiça. **Case Congo v. Uganda. Armed activities on the territory of the Congo**. 2005. Disponível em: <[http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/2005.12.19\\_armed\\_activities.htm](http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/2005.12.19_armed_activities.htm)>. Acesso em: 07/08/2014.

da dignidade da pessoa humana, como no caso do ano de 2014 *Pozaić v. Croácia*<sup>19</sup> (reclamante não teve o seu pleito acolhido), o caso do ano de 2006 *Popov v. Rússia*<sup>20</sup> (reclamante teve acolhido seu pleito de violação do art. 3º<sup>21</sup> da Convenção Europeia dos Direitos do Homem), o caso de 2000 *Kudla v. Polônia*<sup>22</sup> (reclamante teve seu pleito acolhido) em que é discutido, em correlação ao princípio da dignidade, as condições de bem-estar do detento dentro da cela e o cuidado médico apropriado.

É famosa a decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos em relação ao caso *Pretty v. Reino Unido*<sup>23</sup>, em que a inglesa Diane Pretty reclamava seu direito de realizar sua morte com a ajuda de seu marido, pois ela sofria de uma doença neurológica incurável. A Corte Europeia fundamentou que o Reino Unido não viola nenhum artigo da Convenção Europeia de Direitos Humanos ao recusar à requerente o suicídio assistido, e que sua dignidade não estava sendo afrontada.

Envolvendo dignidade e vida privada, também é famoso o caso *Cossey v. Reino Unido*<sup>24</sup>, sendo o suplicante um transsexual que foi registrado com o gênero masculino, e que já havia assumido um nome feminino que adotava para identificar-se, pleiteando assim a modificação de seu gênero no registro e o direito ao casamento, mas a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu em favor do Reino Unido, pois aplicou a teoria da margem de apreciação, considerando que cada Estado é quem deve decidir sobre o tema – houve, no entanto, oito votos dissidentes, dentre os quais o juiz Martens, que entendeu que a modificação do registro dos transsexuais

---

<sup>19</sup> CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Pozaić v. Croácia**. Application nº 5901/13. 2014. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["dignity"\],"languageisocode":\["ENG"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-148283"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 10/07/2014.

<sup>20</sup> CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Popov v. Russia**. Application nº 26853/04. 2014. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"appno":\["26853/04"\],"itemid":\["001-76341"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 28/07/2014.

<sup>21</sup> “**Art. 3º**. Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.” CONSELHO da Europa. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 10/07/2014.

<sup>22</sup> CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Kudla v. Poland**. Application nº 30210/96. 2000. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"appno":\["30210/96"\],"itemid":\["001-58920"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 15/06/2014.

<sup>23</sup> A Corte assim entendeu: “Where treatment humiliates or debases an individual, showing a lack of respect for, or diminishing, his or her human dignity, or arouses feelings of fear, anguish or inferiority capable of breaking an individual's moral and physical resistance, it may be characterised as degrading and also fall within the prohibition of Article 3 [...]” CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Pretty v. The United Kingdom**. Application nº 2346/02. 2002. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"appno":\["2346/02"\],"itemid":\["001-60448"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 16/05/2014.

<sup>24</sup> CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Cossey v. The United Kingdom**. Application nº 10843/84. 1990. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["caseofcossey"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57641"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>. Acesso em: 15/12/2014.

decorre do respeito à dignidade da pessoa humana. Em 2002, a Corte Europeia apreciou o caso *Christine Goodwin v. Reino Unido*, que também envolvia a questão da transsexualidade como no caso *Cossey*, em que, mudando de posição, condenou o Reino Unido por violação ao art. 8º<sup>25</sup> (direito à vida privada e familiar) e ao art. 12º<sup>26</sup> (direito ao matrimônio) da Convenção, e sobre o *status* da dignidade na Convenção, afirmou que: “theveryessenceoftheConventionisrespect for humandignityandhumanfreedom.”<sup>27</sup>

Ilustrando o tratamento da dignidade da pessoa humana no Tribunal de Justiça da União Europeia, vale citar o caso *Omega*<sup>28</sup>, originado de um ato administrativo que proibiu jogos de simulação de homicídio através de armas a laser, em que o Tribunal entendeu ser prevalecente o princípio da dignidade da pessoa humana em relação às liberdades comunitárias, autorizando que a autoridade nacional adotasse medidas de proteção de ordem pública por tal atividade ofender a dignidade humana. No caso do *Reino dos Países Baixos v. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia*, o Tribunal de Justiça negou que a Diretiva 98/44/CE<sup>29</sup> violasse a dignidade humana, sendo que a dignidade da pessoa humana foi discutida em relação à patenteabilidade de elementos isolados do corpo humano, de modo que o Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que a Diretiva enquadra o direito das patentes de modo que o corpo humano permaneça indisponível e inalienável.

Através desses casos é possível constatar que o princípio da dignidade da pessoa humana pode ser aplicado na prática como argumento destinado a fundamentar decisões jurisprudenciais tendentes a garantir o respeito aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, e também pode

---

<sup>25</sup> “**Art. 8º. 1.** Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. **2.** Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.” CONSELHO da Europa. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 10/07/2014.

<sup>26</sup> “**Art. 12º.** A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito.” CONSELHO da Europa. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>. Acesso em: 10/07/2014.

<sup>27</sup> “a verdadeira essência da Convenção é respeitar a dignidade humana e a liberdade humana.” (Tradução do autor). CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom**. Application nº 28957/95. 2002. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["28957/95"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-60596"\]} >. Acesso em: 28/12/2014.](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)

<sup>28</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU. **Processo C-36/02 (Caso Ómega)**. 2004. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49221&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=207016>>. Acesso em: 23/12/2014.

<sup>29</sup> Tal Diretiva tem por objeto impor aos Estados-Membros a proteção das invenções biotecnológicas pelo direito nacional de patentes, indicando quais vegetais, animais e elementos do corpo humano podem ou não ser objeto de concessão de uma patente.



ser empregado para ampliar o conteúdo de cláusulas gerais tradicionais de ordem pública e dos bons costumes, ou então que a dignidade adota conteúdo concreto mediante explicitação e posituação dos diversos direitos fundamentais, formando em relação a estes um critério valorativo e interpretativo. A dignidade provê a base para justificar o motivo pelo qual os seres humanos devem ter direitos e quais os limites que tais direitos devem ter. A dignidade humana não é definida pelos Tribunais internacionais, pois seu conteúdo depende de decisões judiciais em casos concretos, podendo também ser aplicada como critério e condição da legalidade de atos comunitários<sup>30</sup>.

McCrudden<sup>31</sup> adverte que o uso do princípio da dignidade da pessoa humana não provê um princípio universal para a tomada de decisões judiciais no contexto dos direitos humanos, por haver um pequeno entendimento comum sobre o que substancialmente requeira a dignidade no exercício jurisdicional. Tal afirmação de McCrudden reflete exatamente o estágio atual de confusão que a dimensão cultural da dignidade da pessoa humana se encontra, por lhe faltar o ponto de referência da dimensão ontológica da dignidade da pessoa humana, conforme sustentado no Capítulo precedente.

A análise da dignidade dentro de um discurso jurídico pode abrir o caminho para o estudo particular da dignidade da pessoa humana em âmbito histórico, social, cultural, político, legal etc. A realidade, no entanto, é que o estudo da dignidade da pessoa humana no discurso judicial encontra-se no seu primeiro amanhecer, como dispõe McCrudden: “Analysis of dignity discourse in the judicial context is, however, in its relative infancy, and even fewer attempts have been made to provide cross-cultural studies of the use of dignity in judicial discourse using these richer methods.”<sup>32</sup>

#### 4. A DEFINIÇÃO CULTURAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A norma da dignidade da pessoa humana, na dimensão cultural, exige a consideração entre

---

<sup>30</sup> STIX-HACKL, Christine. **Conclusões da Advogada-Geral Christine Stix-Hackl no processo C-36/02**. 2004. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49004&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=207016>>. Acesso em: 19/12/2014.

<sup>31</sup> MCCRUDDEN, Christopher. **Human dignity and judicial interpretation of human rights**. In: European journal of international law. 19. v. 4. n. EJIL, 2008. p. 655.

<sup>32</sup> “A análise do discurso da dignidade no contexto judicial está, entretanto, na sua relativa infância, e muito poucas tentativas foram feitas para prover estudos transculturais do uso da dignidade no discurso judicial usando esses métodos mais ricos.” (Tradução do autor). MCCRUDDEN, Christopher. **Human dignity and judicial interpretation of human rights**. In: European journal of international law. 19. v. 4. n. EJIL, 2008. p. 212.

texto-contexto, seu significado é contexto-específico, sujeita a variações significativas perante jurisdições diferentes. Deste modo, a dignidade comportaria uma linguagem para a interpretação substantiva das garantias dos direitos humanos que é muito contingente nas circunstâncias locais. Em síntese: apesar da dignidade ter adquirido um posto central no ideal de direitos humanos universais, pode ser interpretada de modos diferentes.

Além disso, há diferenças significativas no uso da dignidade quando são comparadas diversas normas que falam da dignidade (em âmbito internacional, regional e nacional), de modo que em alguns documentos a dignidade é encontrada apenas no preâmbulo, em outros é empregada em relação a direitos particulares, em alguns é tratada como fundamental, em outros não; em alguns é um direito por si mesmo, em outros é um princípio geral, como é perceptível em algumas comparações entre textos regionais e textos internacionais<sup>33</sup>. Como afirma McCrudden: “[...] some jurisdictions use dignity as the basis for (or another way of expressing) a comprehensive moral viewpoint, as ‘a whole moral world view’, which seems distinctly different from region to region.”<sup>34</sup>

Por exemplo, em 1990 os países da Organização da Cooperação Islâmica haviam adotado a Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã<sup>35</sup>, que não é laica, apresentando um fundamento moral teológico, baseada na *Sharia* e no Islã como representante de Alá na terra, prevendo a dignidade no preâmbulo<sup>36</sup> (ligada a uma vida digna de acordo com a *Sharia*), e considerando também o fundamento em leis divinas, mesmo respeitando todos igualmente e proibindo a discriminação religiosa. No tocante à liberdade de expressão, é interessante apontar o posicionamento da Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã, que no seu art. 22, c prevê:

---

<sup>33</sup> MCCRUDDEN, Christopher. **Human dignity and judicial interpretation of human rights**. In: European journal of international law. 19. v. 4. n. EJIL, 2008. p. 675.

<sup>34</sup> “algumas jurisdições usam a dignidade como a base para (ou outro caminho para expressar) um ponto de vista moral compreensivo, como ‘uma visão de mundo moral global’ que parece ser distintamente diferente de região para região.” (Tradução do autor). MCCRUDDEN, Christopher. **Human dignity and judicial interpretation of human rights**. In: European journal of international law. 19. v. 4. n. EJIL, 2008. p. 675.

<sup>35</sup> NINETEENTH ISLAMIC CONFERENCE of Foreign Ministers. **Cairo Declaration on Human Rights in Islam**. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/cairodeclaration.html>>. Acesso em: 25/12/2014.

<sup>36</sup> “In contribution to the efforts of mankind to assert human rights, to protect man from exploitation and persecution, and to affirm his freedom and right to a dignified life in accordance with the Islamic Shari’ah.” “Em contribuição aos esforços de fazer valer os direitos humanos, para proteger o homem contra a exploração e a perseguição, e afirmar sua liberdade e direito para uma vida digna de acordo com a *Sharia* islâmica.” (Tradução do autor). NINETEENTH ISLAMIC CONFERENCE of Foreign Ministers. **Cairo Declaration on Human Rights in Islam**. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/cairodeclaration.html>>. Acesso em: 25/12/2014.

Information is a vital necessity to society. It may not be exploited or misused in such a way as may violate sanctities and the dignity of Prophets, undermine moral and ethical Values or disintegrate, corrupt or harm society or weaken its faith.<sup>37</sup>

Já a Carta sobre Direitos Humanos e das Pessoas da África (conhecida também como Carta de Banjul) tem outro enfoque, aqui é destacada a necessidade de liberação da África, a luta pela independência, a necessidade de eliminação do colonialismo, neocolonialismo, *apartheid*, sionismo e dismantelar bases militares estrangeiras e toda forma de discriminação. Preceitua no seu art. 5: “Every individual shall have the right to the respect of the dignity inherent in a human being and to the recognition of his legal status.”<sup>38</sup>

Por isso, ao mesmo tempo em que a dignidade da pessoa humana apresenta grande força de convergir acordo e consenso, há uma contraforça de mesma intensidade que produz a controvérsia sobre qual seria seu conteúdo, havendo autores<sup>39</sup> que contestam a possibilidade de ser apresentada uma definição jurídica para a dignidade da pessoa humana. Como assevera Habermas:

los conceptos jurídicos saturados de moral, como ‘derechos humanos’ y ‘dignidad humana’, tienen una extensión tan excesiva que resultan contraintuitivos, con lo que no solo pierden su agudeza distintiva sino también su potencial crítico.<sup>40</sup>

A prestação jurisdicional não tem por finalidade última a subsunção, a integração ou resolução de antinomias, já que serve a um interesse público baseado na ideia de satisfação das

---

<sup>37</sup> “Informação é uma necessidade vital da sociedade. Ela não pode ser explorada ou mal utilizada de modo a violar santidades e a dignidade de Profetas, minar os valores morais e éticos ou desintegrar, corromper ou causar danos à sociedade ou enfraquecer sua fé.” (Tradução do autor). NINETEENTH ISLAMIC CONFERENCE of Foreign Ministers. **Cairo Declaration on Human Rights in Islam**. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/cairodeclaration.html>>. Acesso em: 25/12/2014.

<sup>38</sup> “Todo indivíduo deve ter o direito ao respeito da dignidade inerente em cada ser humano e de ter o reconhecimento da sua personalidade jurídica.” (Tradução do autor). ORGANIZAÇÃO da Unidade Africana. **African (Banjul) Charter on human and people’s rights**. Entered into force 21 october 1986. 1981. Disponível em: <[http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul\\_charter.pdf](http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul_charter.pdf)>. Acesso em: 25/12/2014.

<sup>39</sup> Neste sentido, ver: NEIRINCK, C. La Dignité de la Personne ou le Mauvais Usage d’une Notion Philosophique. In: PEDROT, P. (Dir.). **Ethique Droit et Dignité de la Personne**. Paris: Economica, 1999. p. 50. BORELLA, F. Le Concept de Dignité de la Personne Humaine. In: PEDROT, D. (Dir.). **Ethique Droit et Dignité de la Personne**. Paris: Economica, 1999. p. 37.

<sup>40</sup> “os conceitos jurídicos saturados de moral, como ‘direitos humanos’ e ‘dignidade humana’, têm uma extensão tão excessiva que resultam contra-intuitivos, com o que não somente perdem sua agudeza distintiva, mas também seu potencial crítico.” (Tradução do autor). HABERMAS, Jürgen. **El futuro de la naturaleza humana: ¿hacia una eugenesia liberal?** Traducción de R. S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2002. p. 55. Além disso, Habermas também afirma que o Estado neutro, sendo democrático e inclusivo, quando trata de matéria relacionada com a vida humana e carregada de um caráter ético, como é o caso da vida intrauterina, não deve tomar partido em uma controvérsia ética relacionada à dignidade da pessoa humana e ao direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, sendo razoável adotar um dissenso fundamentado como encontrado na deliberação parlamentar na elaboração da lei, conforme ocorrido na sessão do parlamento federal alemão no dia 31 de maio de 2001, ou seja, entende ser mais apropriado uma discussão parlamentar dentro de um debate público do que a interpretação judicial. Essa posição de Habermas pode ser contestada a partir do entendimento de Denninger, já que quando a jurisdição constitucional é acionada para solucionar um conflito envolvendo a dignidade da pessoa humana, tem a obrigação de posicionar-se e fundamentar sua decisão, o que envolve a necessidade de um entendimento jurídico da dignidade da pessoa humana. DENNINGER, E. Embryo und Grundgesetz. Schutz des Lebens und der Menschenwürde vor Nidation und Geburt. In: **Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**. Baden-Baden: Nomos, 2/2003. p. 195-196.

exigências humanas, sendo tal postura o que a compatibiliza à ideia de dignidade da pessoa humana. Quando foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a dignidade humana representou uma importante base de consenso dentro da pluralidade do contexto global de negociação para sua aprovação. Havia o desafio de persuadir diversos países, com diferenças ideológicas entre si, que a Declaração não estaria violando suas concepções de direitos humanos ou os valores morais de cada nação. Segundo McCrudden, uma teoria sobre os direitos humanos, para ser bem-sucedida, deveria cumprir 7 pontos, conforme abaixo:

It would need, probably, to be one (i) that gives a coherence to the concept of human rights so that the whole is greater than simply the sum of its parts, and not just a ragbag collection of separate unconnected rights, (ii) that is not rooted in any particular region of the globe and appeals across cultures, but is sensitive to difference, (iii) that places importance on the person rather than the attributes of any particular person, but that also places the individual within a social dimension, (iv) that is not dependent on human rights originating only from the exercise of state authority (not least because what the state gives the state can also take away), (v) that is non-ideological (in the sense that it transcends any particular conflicts, such as between capitalism and communism), (vi) that is humanistic (in the sense that it was not based on any particular set of religious principles or beliefs but is nevertheless consistent with them), and (vii) that is both timeless, in the sense that it embodies basic values that are not subject to change, and adaptable to changing ideas of what being human involves.<sup>41</sup>

Segundo Alexy, “[...] o conceito de dignidade humana pode ser expresso por meio de um feixe de condições concretas, que devem estar (ou não podem estar) presentes para que a dignidade da pessoa humana seja garantida.”<sup>42</sup> Tais condições concretas não devem ser confundidas com fórmulas gerais, a exemplo daquela – de inspiração kantiana- que afirma que o ser humano não pode ser transformado em mero objeto ou tratado apenas como um meio. Sobre algumas dessas condições concretas pode haver consenso, como dizer que a dignidade humana não está sendo garantida para quem é humilhado ou estigmatizado; outras podem gerar controvérsias, como discernir se há violação da dignidade humana quando uma pessoa que quer

---

<sup>41</sup> “Ela deveria, provavelmente, ser de tal modo (i) que dê coerência ao conceito de direitos humanos de forma que o todo seja maior que a simples soma das suas partes, e não apenas uma coleção de direitos separados e desconexos; (ii) que não seja enraizada em nenhuma região particular do globo e apele para além das culturas, sem deixar de ser sensível às diferenças, (iii) que coloque a importância na pessoa e não nos atributos de qualquer pessoa em particular, mas que também situe o indivíduo dentro de uma dimensão social; (iv) que não seja dependente dos direitos humanos originários apenas do exercício da autoridade estatal (o que não é menos importante, porque o que o Estado dá, ele também pode tirar); (v) que não seja ideológico (no sentido de que transcenda qualquer conflito particular, como entre o capitalismo e o comunismo); (vi) que seja humanista (no sentido que não está baseada em quaisquer princípios ou crenças religiosas em particular, mas, apesar disso, mantém-se consistente com eles); (vii) que é ao mesmo tempo atemporal, no sentido que incorpora valores básicos que não estão sujeitos a mudanças, e adaptável a mudar de ideias sobre o que envolve o ser humano.” (Tradução do autor). MCCRUDDEN, Christopher. **Human dignity and judicial interpretation of human rights**. In: *European journal of international law*. 19. v. 4. n. EJIL, 2008. p. 677.

<sup>42</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 355.

trabalhar permanece muito tempo desempregada, ou quando há ausência de um determinado bem material, ou em caso de aborto ou eutanásia. Diferentes pessoas, assim, forneceriam diferentes condições para expressar o conceito de dignidade humana.

Conforme Alexy, os feixes de condições concretas não podem ser totalmente diferenciados, havendo divergência em alguns pontos e convergência em outros; já as fórmulas concretas possibilitam amplo consenso. Por isso, como afirma Alexy: “Isso justifica que se fale de um conceito unitário e de diferentes concepções de dignidade humana.”<sup>43</sup> Haveria o que Wittgenstein denominou de “semelhanças de família”: “vemos uma rede complicada de semelhanças, que se envolvem e se cruzam mutuamente. Semelhanças de conjunto e de pormenores.”<sup>44</sup> A palavra “família” é empregada por Wittgenstein para retratar o que ocorre realmente entre os membros de uma família, com semelhanças de traços fisionômicos, cor dos olhos, altura etc., mas cada qual diferente entre si.

Não se pode concluir, assim, que a dignidade não tenha nenhum conteúdo, na realidade, ela pode carregar um conjunto amplo de conteúdos, conteúdos diferentes para diferentes pessoas. É diante dessas dificuldades que a doutrina especializada<sup>45</sup> afirma que a dignidade possui contornos vagos e imprecisos, com ambiguidade e porosidade, e com diversos sentidos semânticos.

É bom ressaltar que na ciência jurídica a dificuldade de conceituação não é exclusiva da categoria “dignidade da pessoa humana”, há diversas categorias que oferecem a mesma dificuldade. No entanto, não é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana não existe, pois a dignidade não é algo que pertence exclusivamente ao mundo do hiperurânio, sua realidade é evidente, compõe a vida concreta humana, o que se torna ainda mais claro quando se observam os casos nos quais ocorre a sua violação<sup>46</sup>. Também possui uma realidade filosófica, a exemplo do seu tratamento pela filosofia humanista ou por Immanuel Kant, e tem uma profunda realidade jurídica, com sua citação nos textos normativos, seu tratamento na doutrina, e a delimitação de seus contornos e condições em diversas jurisprudências. Considerando a multiplicidade de

---

<sup>43</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 356.

<sup>44</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 52; 66-67.

<sup>45</sup> Como: DELPÉRÉE, F. O direito à dignidade humana. In: BARROS, Sérgio R.; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coords.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 153. FRISON-ROCHE, Marie-Anne; CABRILLAC, Thierry RevetRemy. **Droits et libertés fondamentaux**. 4. ed. Paris: Dalloz, 1997. p. 99.

<sup>46</sup> Esse é o mesmo entendimento de: SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 9. jan./jun. 2007. Disponível em: < <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-007-INDICE.htm>>. Acesso em: 12/12/2014. p. 364.

associações da dignidade, Andrew Clapham elaborou a seguinte sugestão:

concern for human dignity has at least four aspects: (1) the prohibition of all types of inhuman treatment, humiliation, or degradation by one person over another; (2) the assurance of the possibility for individual choice and the condition for 'each individual's self-fulfilment', autonomy, or self-realization; (3) the recognition that the protection of group identity and culture may be essential for the protection of personal dignity; (4) the creation of the necessary conditions for each individual to have their essential needs satisfied.<sup>47</sup>

A definição jurídica e cultural de dignidade da pessoa humana apresenta-se aberta, contudo, passível de ser concretizada, inclusive para assegurar segurança jurídica e para impedir que a dignidade seja irresponsavelmente utilizada para justificar o que é seu oposto. Convém destacar a proposta de definição de dignidade da pessoa humana de Sarlet:

Assim sendo, tem-se por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>48</sup>

Em suma, em uma sociedade em que houver discriminação arbitrária, desrespeito à autodeterminação pessoal, se o próprio Estado não realizar políticas concretas e serviços eficazes em prol do ser humano, em que a integridade física e moral não for respeitada, em que a coexistência saudável e harmônica não tiver lugar, em que os seres humanos forem tratados como coisas, em uma sociedade que mantenha de modo duradouro tais injustiças e tolere tais aviltamentos, a dignidade da pessoa humana não encontrará o terreno para germinar e fazer-se vívida em benefício coletivo. O mesmo aplica-se para qualquer lesão à sustentabilidade ou a um desenvolvimento que não seja sustentável.

---

<sup>47</sup> "no que concerne à dignidade existem pelo menos quatro aspectos: (1) a proibição de todo tipo de tratamento desumano, humilhante ou degradante de uma pessoa contra a outra; (2) a garantia da possibilidade de escolha individual e a condição para 'a autossatisfação de cada indivíduo', autonomia, ou autorrealização; (3) o reconhecimento de que a proteção da identidade do grupo e da cultura deve ser essencial para a proteção da dignidade pessoal; (4) a criação das condições indispensáveis para que cada indivíduo tenha as suas necessidades essenciais atendidas." (Tradução do autor). CLAPHAM, Andrew apud MCCRUDDEN, Christopher. **Human dignity and judicial interpretation of human rights**. In: European journal of international law. 19. v. 4. n. EJIL, 2008. p. 686.

<sup>48</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 9. jan./jun. 2007. Disponível em: < <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-007-INDICE.htm>>. Acesso em: 12/12/2014. p. 383.

## 5. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, A SUSTENTABILIDADE e o desenvolvimento sustentável

Torna-se agora importante delimitar a análise das contribuições da dignidade da pessoa humana para corroborar a interpretação humanista do alcance da sustentabilidade e do desenvolvimento sustentável. Vale destacar que o ser humano permanece em constante e permanente interação com a natureza, com capacidades físicas e intelectuais de criar novas necessidades que podem ultrapassar às meras necessidades de subsistência. Por isso, é preciso que a capacidade criadora do ser humano e todas as suas virtualidades sejam exercitadas em sintonia à dignidade da pessoa humana para garantir inclusive as condições para a sustentabilidade.

Na medida em que se verifica um crescimento demográfico, um aprimoramento da capacidade técnica, e uma multiplicação pelo mercado de novas necessidades que são artificiais, porque não servem apenas à mera subsistência ou bem-estar, as intervenções do homem resultaram em maior deterioração e desaparecimento de ecossistemas.

A concepção de que a natureza é um mero meio colocado à serviço do homem, levado às últimas consequências, deprecia a humanidade radcada em cada ser humano, pois pode colocar o ser humano contra a natureza e a si mesmo, perigando comprometer a capacidade de providência da natureza para o acesso a recursos que o próprio homem necessita para viver. Felizmente, o ser humano tem a faculdade de conscientizar sua própria força de intervenção e alteração do entorno natural, inclusive para discernir que tal intervenção pode resultar em um processo de deterioração para o próprio planeta, e assim mudar as suas escolhas e projetos políticos. Por isso, aliado à dignidade da pessoa humana, surge a sustentabilidade como novo paradigma para que se possa fomentar uma qualidade de vida sadia para as gerações presentes e futuras, assegurando a perpetuidade da vida humana.

No entanto, como sustenta Ferrer<sup>49</sup>, as palavras nem sempre servem para definir conceitos, algumas vezes elas os ocultam e, em seu uso sem critérios e superficial, podem se diluir em um vazio. Palavras de moda, como sustentabilidade ou desenvolvimento sustentável, podem ser empregadas dentro de um discurso do politicamente correto quando não existe nem responsabilidade científica, nem conscientização política e cidadã.

A definição de desenvolvimento sustentável, como proposto pela Comissão Mundial para o

---

<sup>49</sup> FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, transnacionalidad y transformaciones del derecho. In: CRUZ, Paulo Márcio; PILAU SOBRINHO, LitonLanes; GARCIA, Marcos Leite. **Meio ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade**. 1 v. Itajaí: UNIVALI, 2014.

Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CMMAD) da ONU, no texto “Nosso futuro comum”, também denominado de Relatório de Brundtland, elaborado entre 1983 e 1987, dispõe: “O desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades.”<sup>50</sup> Portanto, trata-se de um desenvolvimento que é compatível à preservação da capacidade da natureza em suportar a vida humana, envolvendo também a gestão correta dos recursos para garantir a justiça intergeracional.

A ideia de desenvolvimento, no entanto, deve ser visualizada criticamente. Se o “desenvolvimento” for relacionado apenas a considerações quantitativas, resultará em prejuízos à humanidade, pois é preciso que seja compatível à dignidade da pessoa humana. Partindo da Teoria Crítica da Sociedade, vinculada à Escola de Frankfurt e representada por Max Horkheimer, Theodor Adorno e Herbert Marcuse, pode-se prever que o desenvolvimento não deve cair na ânsia do capitalismo predatório representado pela economia de mercado liberada que pressupõe cultura de massa, consumismo incontrolado e impossibilidade de autonomia individual, alavancando um processo de desumanização. O acréscimo da palavra “sustentável” depois da palavra “desenvolvimento” tem o condão de evitar tal predomínio da racionalidade técnico-econômica.

A racionalização tecno-econômica apropria-se do desenvolvimento para instaurar uma sistematização da sociedade e de mentalidades criando uma compartimentalização de saberes e de vidas que remove a ideia de responsabilidade compartilhada e de solidariedade, o que reproduz também uma despreocupação com a degradação ecológica. Ademais, não se pode desenvolver tendo apenas como ângulo o modelo ocidental, realizando a ocidentalização do mundo em desconsideração à diversidade e pluralismo cultural. Isso faz com que Edgar Morin<sup>51</sup> exclame: “¡La idea de desarrollo es una idea subdesarrollada!”

O desenvolvimento não pode ignorar contextos humanos, culturais e ambientais, por isso, deve ser analisado em conjunto com a categoria dignidade da pessoa humana. A visão comunicativa e relacional da dignidade da pessoa humana indica que a dignidade não contém apenas um aspecto individual, mas também comunitário e social, porque todos convivem em uma

---

<sup>50</sup> COMISSÃO Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Nações Unidas. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 46.

<sup>51</sup> “A ideia de desenvolvimento é uma ideia subdesenvolvida!” (Tradução do autor). MORIN, Edgar. **La vía**. Traducción de Núria Petit Fontseré. Barcelona: ArthèmeFayard, 2011. p. 27.



certa comunidade, podendo assim ser aplicável tanto à ideia de desenvolvimento sustentável quanto de sustentabilidade.

A dignidade da pessoa humana assume um significado em razão do contexto de intersubjetividade das relações humanas e também no reconhecimento de valores, princípios e direitos humanos e fundamentais celebrados e positivados pela e para a comunidade de seres humanos. Nessa perspectiva, enquadra-se o pensamento de Pérez Luño<sup>52</sup> ao defender uma dimensão intersubjetiva da dignidade a partir da situação básica do ser humano em seu relacionamento com os outros, sem com isso defender que a dignidade pessoal deva ser sacrificada em favor da comunidade. A vida humana encontra plenitude de significados na vida em sociedade, na intersubjetividade e pluralidade, espaço para a realização da dignidade.

Um desenvolvimento sustentável deve pressupor a dignidade da pessoa humana. A palavra “sustentável” impõe um limite negativo ao desenvolvimento, e a “dignidade” também impõe uma determinada maneira deste desenvolvimento ocorrer, ou seja, sem ferir a dignidade da pessoa humana, mas também dentro de uma perspectiva positiva de construir valores humanos por meio deste desenvolvimento, promovendo as dimensões econômica, social e ambiental da sustentabilidade.

Morin<sup>53</sup> propõe que os meios que devem conduzir à via para o futuro da humanidade devem se desfazer das alternativas: **a) globalização/desglobalização**, significando que ao mesmo tempo que é importante aumentar a disseminação dos processos culturais de comunicação e globalização, também é preciso unir a este processo uma consciência de Terra-Pátria, de comunidade de destino, e realizar o desenvolvimento do local dentro do global, impedindo que o global deteriore o local; **b) crescimento/decrescimento**, no sentido de aumentar, por exemplo, serviços, energias verdes, transportes públicos, economia plural, urbanismo humanizador das megalópoles, agricultura, a criação de animais em modo mais biológico, mas também diminuir, por exemplo, o ímpeto consumista, a produção industrializada de alimentos, o tráfego de automóveis privados e o transporte de mercadorias por caminhão; **c) desenvolvimento/involução**, para não ficar apenas limitado no desenvolvimento de bens materiais dentro de uma lógica de mercado, mas também que as pessoas atendam a suas necessidades interiores, que aumentem a capacidade de compreender ao outro, próximo ou distante, que tenham sintonia com o próprio

---

<sup>52</sup> LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 4. ed. Madrid: Technos, 1988.

<sup>53</sup> MORIN, Edgar. **La vía**. Traducción de Núria Petit Fontseré. Barcelona: ArthèmeFayard, 2011. p. 35-37.

ritmo interior, mas também com involução para preservar o pertencimento à própria cultura e comunidade; **d) conservação/transformação**, para conservar as práticas herdadas no passado sobre a agricultura e criação de animais em modo tradicional, o artesanato, utilização de produtos recicláveis, pois muitas tecnologias limpas estão baseadas em saberes ancestrais.

Morin na obra *Terra-Pátria* exorta os seres humanos a aprenderem o ser-aí (*Dasein*) no planeta Terra, conduzidos por uma força comunicante e comungante, tomando consciência da comunidade de destino terrestre para desenvolver uma solidariedade com o próprio planeta, e a exercitar uma cidadania terrestre porque a vida humana está ligada à vida do planeta: “Aprender a ser é aprender a viver, a partilhar, a comunicar, a comungar; é isso que se aprendia nas e pelas culturas fechadas. Precisamos doravante aprender a ser, viver, partilhar, comunicar e comungar enquanto humanos do planeta Terra.”<sup>54</sup>

A sustentabilidade é diferente do desenvolvimento sustentável por não pressupor sempre a ideia de “desenvolvimento”, mas sim a sobrevivência da sociedade humana e a perpetuação da espécie ao longo do tempo. Freitas<sup>55</sup> sintetiza sustentabilidade no ato de “assegurar hoje, o bem-estar físico, psíquico e espiritual, sem inviabilizar o multidimensional bem-estar futuro”. Assim, não basta viver ou sobreviver, é preciso viver bem (como diria Aristóteles na obra *Política*), portanto uma adaptação da capacidade humana ao entorno natural, mas também o alcance de níveis de justiça social e econômica, para que seja alcançada uma vida digna individual e social. Como afirma Ferrer:

la sostenibilidad es la capacidad de permanecer indefinidamente em el tiempo, lo que aplicado a una sociedad que obedezca a nuestros actuales patrones culturales y civilizatórios supone que, además de adaptarse a la capacidad del entorno natural en la que se desenvuelve, alcance los niveles de justicia social y económica que la dignidad humana exige.<sup>56</sup>

É importante destacar neste ponto o pensamento de Hervada, em referência ao que ele denomina de “dimensión natural de la cultura”<sup>57</sup>, ao entender que a boa cultura manifesta e aperfeiçoa o ser humano, e a má cultura o degrada. A natureza humana permanece como sendo o

<sup>54</sup> MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. 4. ed. Porto Alegre: Sullina, 2003. p. 177.

<sup>55</sup> FREITAS, Juares. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum. 2011.

<sup>56</sup> “a sustentabilidade é a capacidade de permanecer indefinidamente no tempo, o que, aplicado a uma sociedade que obedeça a nossos atuais padrões culturais e civilizatórios, supõe que, além de adaptar-se à capacidade do entorno natural em que se desenvolva, alcance os níveis de justiça social e econômica que a dignidade humana exige.” (Tradção do autor). FERRER, Gabriel Real. *Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformaciones del derecho*. In: CRUZ, Paulo Márcio; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; GARCIA, Marcos Leite. **Meio ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade**. 1 v. Itajaí: UNIVALI, 2014. p. 61.

<sup>57</sup> “dimensão natural da cultura” (Tradução do autor). HERVADA, Javier. **Introducción crítica al derecho natural**. 10. ed. Pamplona: Eunsa, 2001. p. 105.

padrão de retidão humana, porém a cultura pode sincronizar-se ou não com tal natureza. Dada a importância de se pensar em uma cultura que sirva de base de orientação à juridicização do espaço transnacional, e, conforme Häberle, uma cultura que tenha uma visão positiva de ser humano - promotora da liberdade e, acrescente-se, da dignidade-, é preciso pensar em uma cultura que esteja em sincronia à ideia de sustentabilidade e de desenvolvimento sustentável, orientadora para estabelecer um novo paradigma à humanidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A análise da dignidade da pessoa humana em sua dimensão cultural é decisiva para se assegurar a aplicação e efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, e também a dedução a partir dele dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Os conteúdos de sentido a serem construídos a partir da dignidade da pessoa humana podem ser relacionados à sustentabilidade para assegurar uma vida digna e com o desenvolvimento sustentável para que tal desenvolvimento não cause lesão à condição humana neste planeta.

O comportamento coletivo deve ressignificar condutas baseadas em um consumismo insustentável, um materialismo viciado, uma superficialização de visões de mundo, que colocam em risco a qualidade da vida humana e a preservação dos ecossistemas naturais que tornam possível a vida humana neste planeta.

Sem olvidar que na atualidade a humanidade encontra-se dentro de um cenário transnacional tornando viável a existência de mundos de convivência sem distâncias e fronteiras, transgredindo as exigências de ordem e controle do Estado Nacional e surgindo um modelo de interdependência transnacional, apresentando como características próprias a desterritorialização, a expansão capitalista, o enfraquecimento da soberania e o surgimento de um ordenamento criado à margem do monopólio estatal.

Por isso, trata-se de um contexto que gera novas responsabilidades à ciência jurídica. Através da confluência do bem comum é preciso a construção de instituições que assegurem a sustentabilidade e o desenvolvimento sustentável, mas também é preciso uma reforma de mentalidades mediante uma orientação ética para que se alcance um autêntico progresso civilizatório baseado na dignidade da pessoa humana. O desafio contemporâneo na ciência jurídica é reabilitar o político, o social e o cultural diante da hegemonia de uma razão econômica

degradada quanto aos valores humanos, e auxiliar a construir uma civilização mais humana e digna de se viver. Aliar a dignidade da pessoa humana à sustentabilidade e ao desenvolvimento sustentável é uma resposta a este desafio.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BORELLA, F. Le Concept de Dignité de la Personne Humaine. In: PEDROT, D. (Dir.). **Ethique Droit et Dignité de la Personne**. Paris: Economica, 1999.

CASSESE, Antonio. **I diritti umani oggi**. 3. ed. Roma-Bari: Laterza, 2012.

COMISSÃO Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Nações Unidas. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CONSELHO da Europa. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em: <[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)>.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom**. Application nº 28957/95. 2002. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["28957/95"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-60596"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Cossey v. The United Kingdom**. Application nº 10843/84. 1990. Disponível em: < [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["case of cossey"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57641"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Kudla v. Poland**. Application nº 30210/96. 2000. Disponível em: < [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"appno":\["30210/96"\],"itemid":\["001-58920"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Popov v. Russia**. Application nº 26853/04. 2014. Disponível em: < [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"appno":\["26853/04"\],"itemid":\["001-76341"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Požaić v. Croácia**. Application nº 5901/13. 2014. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"fulltext":\["dignity"\],"languageisocode":\["ENG"\],"documentcollectionid2":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-148283"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Pretty v. The United Kingdom**. Application nº 2346/02. 2002. Disponível em: <[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"appno":\["2346/02"\],"itemid":\["001-60448"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{)>.

CORTE Internacional de Justiça. **Case Congo v. Uganda. Armed activities on the territory of the Congo**. 2005. Disponível em: <[http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/2005.12.19\\_armed\\_activities.htm](http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/2005.12.19_armed_activities.htm)>.

CORTE Internacional de Justiça. **Case South West Africa**. Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa. 1966. Disponível em: <[http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1966.07.18\\_South\\_West\\_Africa.htm](http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1966.07.18_South_West_Africa.htm)>.

CORTE Internacional de Justiça. **Legal consequences of the construction a wall in the occupied palestinian territory. Advisory opinion**. 2004. Disponível em: <[http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/2004.07.09\\_wall.htm](http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/2004.07.09_wall.htm)>.

DELPÉRIÉ, F. O direito à dignidade humana. In: BARROS, Sérgio R.; ZILVETI, Fernando Aurélio (Coords.). **Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho**. São Paulo: Dialética, 1999.

DENNINGER, E. Embryo und Grundgesetz. Schutz des Lebensund der Menschen würde vor Nidation und Geburt. In: **Kritische Viertel jahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**. Baden-Baden: Nomos, 2/2003.

FERRER, Gabriel Real. Sostenibilidad, transnacionalidad y trasformacionesdelderecho. In: CRUZ, Paulo Márcio; PILAU SOBRINHO, LitonLanes; GARCIA, Marcos Leite. **Meio ambiente, transnacionalidade e sustentabilidade**. 1 v. Itajaí: UNIVALI, 2014.

FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. 19. v. n. 4. Edição Especial, 2014.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Fórum. 2011.

FRISON-ROCHE, Marie-Anne; CABRILLAC, Thierry Revet Remy. **Droits et libertés fondamentaux**. 4. ed. Paris: Dalloz, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional** - a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Teoría de la constitución como ciencia de la cultura**. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **El futuro de la naturaleza humana: ¿hacia una eugenesia liberal?** Traducción de R. S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2002.

HERVADA, Javier. **Introducción crítica al derecho natural**. 10. ed. Pamplona: Eunsa, 2001.

KROEBER, Alfred Louis; KLUCKHOHN, Clyde. **Culture: a critical review of concepts and definitions**. Cambridge: Museum, 1952.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 4. ed. Madrid: Technos, 1988.

MCCRUIDEN, Christopher. **Human dignity and judicial interpretation of human rights**. In: European journal of international law. 19. v. 4. n. EJIL, 2008.

MORIN, Edgar. **La vía**. Traducción de Núria Petit Fontseré. Barcelona: ArthèmeFayard, 2011.

MORIN, Edgar; KERN, Anne Brigitte. **Terra-pátria**. 4. ed. Porto Alegre: Sullina, 2003.

NEIRINCK, C. La Dignité de la Personne ou le Mauvais Usage d'une Notion Philosophique. In: PEDROT, P. (Dir.). **Ethique Droit et Dignité de la Personne**. Paris: Economica, 1999.

NINETEENTH ISLAMIC CONFERENCE of Foreign Ministers. **Cairo Declaration on Human Rights in Islam**. Disponível em: <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/cairodeclaration.html>>.

ORGANIZAÇÃO da Unidade Africana. **African (Banjul) Charter on human and people's rights**. Entered into force 21 october 1986. 1981. Disponível em: <[http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul\\_charter.pdf](http://www.achpr.org/files/instruments/achpr/banjul_charter.pdf)>.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: **Revista interesse público**. Belo Horizonte. n. 4. 1999.

RÜSEN, Jörn; KOZLAREK, Oliver. **Humanismo em la era de la globalización**. Desafíos y

perspectivas. Buenos Aires: Biblos, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 9. jan./jun. 2007. Disponível em: < <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-007-INDICE.htm>>.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Interfaces do direito global**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

STIX-HACKL, Christine. **Conclusões da Advogada-Geral Christine Stix-Hackl no processo C-36/02**. 2004. Disponível em: < <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49004&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=207016>>.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU. **Processo C-36/02 (Caso Ômega)**. 2004. Disponível em:<<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49221&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=207016>>.

TYLOR, Edward B. **Primitive culture**: researches into the development of mythology, philosophy, religion, language, art, and custom. London: John Murray, Albemarle Street, 1920.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

# A CONSTRUÇÃO DA IDEIA DE MEIO AMBIENTE COMO BEM JURÍDICO FUNDAMENTAL

Fábio Bittencourt Garcia<sup>1</sup>

Vanessa Bonetti Haupenthal<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

O artigo tem como tema principal a busca da caracterização do meio ambiente como um bem jurídico fundamental tutelado pela Constituição da República Federativa do Brasil, doravante chamada apenas de Constituição.

A escolha do tema se deu a partir das discussões fomentadas nas disciplinas cursadas na Semana de Estudos Concentrados, realizada na Universidade de Perugia – Itália, no mês de maio de 2015, tendo em vista convênio entre esta Universidade e o Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

Por tudo isto, este artigo terá como objetivo geral VERIFICAR a caracterização do meio ambiente como um bem jurídico fundamental; e objetivos específicos COMPREENDER as concepções conceituais elementares de meio ambiente; e IDENTIFICAR o meio ambiente como um bem jurídico de caráter fundamental.

Portanto, como problemas centrais serão enfocados os seguintes questionamentos: O que é meio ambiente? Qual sua classificação doutrinária e suas previsões constitucional e legal? O meio ambiente pode ser compreendido como um bem jurídico fundamental?

Para tanto o artigo foi dividido em duas partes: Concepções elementares do conceito de meio ambiente; O meio ambiente como bem jurídico fundamental.

Na metodologia foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de

---

<sup>1</sup> Mestrando do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ – UNIVALI. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade do Vale do Itajaí. Graduado em Direito e Ciências Contábeis pela Universidade do Vale do Itajaí. Professor na Universidade do Vale do Itajaí e trabalha na contadoria do Fórum da Comarca de Balneário Camboriú. E-mail: fabio.garcia@univali.br

<sup>2</sup> Mestranda do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ – UNIVALI. Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial (TJSC). Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Juíza de Direito do Estado de Santa Catarina, lotada na Comarca de Quilombo. E-mail: vanessabonetti@yahoo.com.br



tratamento de dados o método cartesiano e no relatório da pesquisa foi empregada a base indutiva. Foram também acionadas as técnicas do referente<sup>3</sup>, da categoria<sup>4</sup>, dos conceitos operacionais<sup>5</sup>, da pesquisa bibliográfica<sup>6</sup> e do fichamento<sup>7</sup>.

## 1. CONCEPÇÕES ELEMENTARES DO CONCEITO DE MEIO AMBIENTE

Antes de adentrar ao tema principal do presente trabalho importante é traçar algumas considerações breves e pontuais a respeito da evolução histórica e teórica do Direito Ambiental até a sua concepção mais atual, pois tal análise permite a verificação da evolução do pensamento no que diz respeito ao meio ambiente até que se chegue às conceituações mais atuais.

Desse modo, como aponta o Professor Dr. Gabriel Real Ferrer<sup>8</sup>, o Direito Ambiental por ter a análise de sua evolução por diversos enfoques, sendo que nos presente trabalho será analisada a evolução que mais condiz com a proposta de estudo, que é a evolução cronológica e política, baseada nas grandes Conferências Mundiais sobre o Meio Ambiente.

A primeira conferência mundial sobre meio ambiente, ocorrida em 1972, em Estocolmo, foi chamada de “Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente”, onde a proliferação da legislação ambiental se iniciou, bem como sua constitucionalização em um grande número de países.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> "explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007, p. 241).

<sup>4</sup> "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 229).

<sup>5</sup> "definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 229).

<sup>6</sup> "Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 240).

<sup>7</sup> "Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma aula, segundo Referente previamente estabelecido". (PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**, p. 233).

<sup>8</sup> Para o autor o tema pode ser analisado com vistas à evolução política e cronológica, que o mesmo chama de "olas" do Direito Ambiental; com vistas à evolução técnica, que o autor chama de estratos do Direito Ambiental; e sob a visão da evolução conceitual, que chama de círculos do Direito Ambiental. Para saber mais sobre o tema ver: REAL FERRER, Gabriel. La construcción del derecho ambiental. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2, 2º quadrimestre de 2011. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acesso em: 25 de outubro de 2015; e REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

<sup>9</sup> REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, p. 315.

Houve, também nessa conferência, a criação do Programa do Meio Ambiente das Nações – UNEP<sup>10</sup>, o tratamento do direito ambiental como um direito fundamental e o reconhecimento de que a maioria dos problemas ambientais são motivados pelo subdesenvolvimento.

A segunda conferência, “Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento”, ocorreu em 1992, na cidade do Rio de Janeiro, conhecida atualmente como ECO92, onde se começou a haver articulações de movimentos com surgimento de organizações não governamentais e o aumento do número de novos agentes sociais implicados com a proteção ambiental.<sup>11</sup>

Ademais, um dos resultados mais visíveis da Conferência foi a adoção em abundância de legislações ambientais em diversos países, além de ter se iniciado as discussões acerca das dimensões da sustentabilidade.<sup>12</sup>

A “Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável” foi a terceira conferência mundial, ocorrida em 2002, em Johannesburgo, também conhecida como Rio +10, que teve seu principal enfoque no desenvolvimento sustentável, mas também foram discutidos os progressos obtidos desde a ECO92 e a produção de mecanismos que implementassem a agenda 21.<sup>13</sup>

Foi nessa conferência que houve a integração das três dimensões da sustentabilidade mais doutrinariamente consideradas, a ambiental, a social e a econômica.

Más allá de la Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sostenible<sup>15</sup> la Conferencia no produjo documentos importantes, sus principales resultados consistieron en la revisión y actualización de la Agenda XXI, la introducción de nuevos *ítems*, como la energía y, sobre todo, la adopción del Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, consistente en un conjunto de medidas concretas de acción tendientes a transformar realmente las cosas en una serie de objetivos igualmente concretos.<sup>14</sup>

Entretanto, apesar de se reconhecer os avanços que propôs a Conferência, nos ensinamentos de Gabriel Real Ferrer<sup>15</sup>, a sensação foi de fracasso, pois apesar de terem sido

---

<sup>10</sup> Sigla advinda do inglês: United Nations Environment Programme (UNEP).

<sup>11</sup> GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; GARCIA, Heloise Siqueira (org.) **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. Itajaí: UNIVALI, 2014, p. 45.

<sup>12</sup> REAL FERRER, Gabriel. La construcción del derecho ambiental. **Revista Eletrônica Direito e Política**, p. 479.

<sup>13</sup> GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; GARCIA, Heloise Siqueira (org.) **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**, p. 46-47.

<sup>14</sup> REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, p. 317.

<sup>15</sup> REAL FERRER, Gabriel. La construcción del derecho ambiental. **Revista Eletrônica Direito e Política**, p. 479

estipuladas diversas metas e medidas, não foi determinado nenhum meio efetivo para controlar a sua implementação e eficácia, não se avançando nas discussões acerca da governança ambiental planetária.

A última conferência ocorreu no ano de 2012, novamente na cidade do Rio de Janeiro, chamada de “Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável”, mas conhecida como Rio +20, a qual foi convocada por resolução da Assembleia Geral da ONU em dezembro de 2009 e teve como objetivo reforçar o compromisso político dos Estados em relação ao desenvolvimento sustentável, identificando os progressos nos compromissos já firmados no âmbito da ONU, assim como desafios emergentes ainda não trabalhados.<sup>16</sup>

Seu foco, conforme explana Ricardo Stanziola Vieira<sup>17</sup>, ateu-se a dois temas centrais: “[...] a transição para a economia verde e a governança global do desenvolvimento sustentável.” Salientando Paulo Cruz e Zenildo Bodnar<sup>18</sup> que foram basicamente três as propostas da conferência: criar um novo organismo na ONU específico para área ambiental; dar ao Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente – PNUMA um status que o igualasse à organismos como a Organização Mundial do Comércio – OMC; e promover a elevação do poder da Comissão de Desenvolvimento Sustentável da ONU.

Segundo relatos de Édís Milaré<sup>19</sup>, um dos problemas foi que a conferência enfrentou a “frieza do cenário internacional”, tendo sido o principal elemento da sua preparação o ceticismo da Cúpula dos Governos e da Cúpula dos Povos.

Por tais considerações, após tal conferência, o sentimento foi novamente de fracasso, apesar disso Gabriel Real Ferrer<sup>20</sup> ainda destaca uma visão otimista, relevando que deve-se pensar que ao menos a conferência serviu para fixar uma data para se resolver algumas das questões que não puderam ser dispensadas e para distrair umas horas aos mandatários de sua agenda

---

<sup>16</sup> VIEIRA, Ricardo Stanziola. Rio+20 – conferência das nações unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento: contexto, principais temas e expectativas em relação ao novo “direito da sustentabilidade”. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3638>>. Acesso em: 25 de outubro de 2015, p. 50.

<sup>17</sup> VIEIRA, Ricardo Stanziola. Rio+20 – conferência das nações unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento: contexto, principais temas e expectativas em relação ao novo “direito da sustentabilidade”. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, p. 50.

<sup>18</sup> CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí : UNIVALI, 2012, p. 169.

<sup>19</sup> MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 8. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 1572.

<sup>20</sup> REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (orgs.) **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 15-16.

monopolizada sobre a crise econômica e fazer ver, nem que fosse brevemente, que estes têm um compromisso com o Planeta.

Probablemente lo mejor de la conferencia fue lo que ocurrió fuera de ella y lo mejor de la etapa post Río+20 sea el clima social, creciente e imparable, que exigirá que los diversos objetivos fijados en la Declaración vayan siendo cumplidos. Al menos eso cabe esperar si no queremos que Río+40 o no exista o no sea más que la certificación de un fracaso global.<sup>21</sup>

Importante essa retrospectiva, como destaca Sonia Wiedmann<sup>22</sup>, pois “Essa tendência mundial iniciada com a Declaração de Estocolmo de 1972 releva a importância da preservação ambiental, resultante não só de perdas ambientais do dia-a-dia como de grandes catástrofes ocorridas no ambiente natural.”

Luís Paulo Sirvinskas<sup>23</sup> ainda ressalta que foi toda essa preocupação mundial decorrente dessa evolução de perspectivas que possibilitou cada vez mais a atenção do homem quanto aos problemas ambientais, ressaltando o autor que por todos esses motivos deve, o meio ambiente, ser a preocupação central do homem, sendo que toda a agressão a ele poderá trazer consequências irreversíveis às presentes e futuras gerações.

Num contexto de preservação ambiental das presentes e futuras gerações destaca-se o texto constitucional do artigo 225, *caput*<sup>24</sup>, que estipula o dever do Poder Público e da Coletividade em defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.<sup>25</sup>

Feita, então, essa releitura temporal, passa-se a trabalhar com os conceitos mais atuais de meio ambiente, os quais foram construídos e amadurecidos justamente a partir de toda essa evolução.

Socorrendo-se da doutrina espanhola, Ramón Martín Mateo<sup>26</sup> traz primeiramente o conceito de “ambiente” como sendo o “[...] medio circundante de la vida, a las características esenciales de la biosfera o esfera de la tierra donde habitan los seres vivos.” E logo após acaba

---

<sup>21</sup> REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho. In: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (orgs.) **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade**, p. 16.

<sup>22</sup> WIEDMANN, Sonia Maria Pereira. A fauna silvestre na legislação brasileira. In: MARQUES, José Roberto. (org.) **Sustentabilidade e temas fundamentais do direito ambiental**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2009, p. 446.

<sup>23</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 81.

<sup>24</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] in: BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

<sup>25</sup> Sobre esse caráter inter e intrageracional de preservação ambiental ressalta-se os ditames da Sustentabilidade em todas as suas dimensões, recomendando a leitura de FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

<sup>26</sup> MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de derecho ambiental**. 2. ed. Madrid: Editorial Trivium, 1998, p. 21.

complementando tal conceito definindo “meio ambiente”, como sendo o “[...] conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos [...]”<sup>27</sup>

O autor espanhol já ressaltava ao debate semântico do termo meio ambiente, sob a ótica de que meio é caracterizado como aquilo que está no centro de algo, e ambiente o lugar ou área onde habitam os seres vivos<sup>28</sup>, estando a palavra meio já inserida na de ambiente, contudo tais discussões já se apaziguaram e o termo usado pela doutrina, jurisprudência e legislação, inclusive a constitucional, é “meio ambiente”.

Nas palavras de Luís Paulo Sirvinskaskas<sup>29</sup> “[...] meio ambiente é o lugar onde habitam os seres vivos. É seu hábitat. Esse hábitat (meio físico) interage com os seres vivos (meio biótico), formando um conjunto harmonioso de condições essenciais para a existência da vida como um todo.”

Perseguindo ainda os ditames do direito brasileiro, pode-se citar José Afonso da Silva<sup>30</sup>, que ainda nas discussões sobre o melhor termo a ser utilizado prima pelo de “meio ambiente”, pois afirma que este traria a ideia mais propícia ao Direito Ambiental, sendo “[...] a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas.”<sup>31</sup>

Eduardo Pigretti<sup>32</sup>, autor argentino, se desvenda no mesmo sentido, destacando que o conceito de meio ambiente deve ser entendido como mais amplo que o de biosfera, sendo essa compreendida como a interrelação entre o homem, o ar, a água e os solos, o meio ambiente, por sua vez, deve ser entendido como a soma de tudo que nos rodeia.

Se for tomado em consideração o conceito mais amplo possível de meio ambiente chegar-se-á a ideia de que “[...] meio ambiente relaciona-se a tudo aquilo que nos circunda.”<sup>33</sup> Entretanto, o próprio legislador procurou “delimitar” o que seria meio ambiente, diz-se “delimitar” entre

---

<sup>27</sup> MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de derecho ambiental**. p. 25.

<sup>28</sup> Nesse sentido destaca-se os dizeres de Ramón Martín Mateo: “La palabra <<ambiente>>, en términos generales, corresponde a la expresión inglesa <<environment>>, la francesa <<environnement>> y la alemana <<Unwelt>>, que han sido traducidas con acierto entre nosotros por <<entorno>>, aunque con evocaciones de carácter urbanístico.” In: MARTÍN MATEO, Ramón. **Tratado de derecho ambiental**. Tomo I. Madrid: Editorial Trivium, 1991. 1. v. p. 81.

<sup>29</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**, p. 125.

<sup>30</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

<sup>31</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. p. 20.

<sup>32</sup> PIGRETTI, Eduardo A. **Derecho Ambiental**. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 50.

<sup>33</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 19.

aspas, pois após analisar seu conceito no Artigo 3º, inciso I da Lei 6938/81<sup>34</sup>, a qual dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, ainda percebe-se que ele é amplo, senão vejamos:

**Art. 3º.** Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I – meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influência e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. [...]

E deste diploma legal ainda se ressalta o artigo 2º, inciso I<sup>35</sup>, que irá estabelecer que o meio ambiente é patrimônio público, que deve ser necessariamente assegurado e protegido, pois é de uso coletivo.

Sendo que nesse mesmo viés novamente se ressalta o disposto no artigo 225 da Constituição<sup>36</sup>, destacando-se ao fato de que esta foi a primeira a utilizar a expressão “meio ambiente”, tendo, também, recepcionado a referida Lei 6.938 de 1981. Destaca-se que pelos ditames constitucionais o meio ambiente é compreendido como sendo de cada pessoa e ao mesmo tempo de todas. Ressaltando Paulo Machado<sup>37</sup> que a referida categoria ora estudada se enquadra como sendo de interesse difuso<sup>38</sup>, “[...] não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada.”

Ainda no limiar constitucional, conforme destaca Maria Luiza Granziera<sup>39</sup>, o meio ambiente, nessa determinação de interesse difuso, passa a ser visto constitucionalmente como um objeto de interesse de todos, inserindo-se no rol de bens tutelados pelo Poder Público, que pode e deve intervir nas atividades públicas ou particulares para a garantia da sadia qualidade de vida.

Nesse aspecto amplo do conceito o legislador acabou abrindo espaço a entendimentos diversos e discussões doutrinárias, resultando-se na classificação do meio ambiente segundo seus

---

<sup>34</sup> BRASIL. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Brasília: Congresso Nacional, 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

<sup>35</sup> BRASIL. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Brasília: Congresso Nacional, 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

<sup>36</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

<sup>37</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 129.

<sup>38</sup> Para se compreender a ideia de interesse difuso deve-se recorrer aos ditames do Direito do Consumidor, sendo que as concepções de “interesses ou direitos difusos” e “interesses ou direitos coletivos” são adotadas pela doutrina ambientalista a partir das conceituações trazidas pelo Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 81, parágrafo único:

“I - **interesses ou direitos difusos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - **interesses ou direitos coletivos**, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;” Grifos do autor. In: BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 15 de setembro de 2015.

<sup>39</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paul: Atlas, 2009, p. 76.

aspectos. Destacando Celso Fiorillo<sup>40</sup> que seria o meio ambiente classificado em: Meio Ambiente Natural ou Físico; Meio Ambiente Artificial; Meio Ambiente Cultural e Meio Ambiente do Trabalho. Salientando-se, inclusive, que essa classificação já foi objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3.540<sup>41</sup>, que entendeu o meio ambiente nesses três aspectos.

Para melhor compreensão do próprio termo “meio ambiente” importante entender, então, o que seriam cada uma das classificações de meio ambiente.

Por *meio ambiente natural* entende-se como aquele que independe da atuação do homem, sendo originalmente criado pela natureza. Celso Fiorillo<sup>42</sup> o conceitua como sendo aquele

[...] constituído pela atmosfera, pelos elementos da biosfera, pelas águas (inclusive pelo mar territorial), pelo solo, pelo subsolo (inclusive recursos minerais), pela fauna e flora. Concentra o fenômeno da homeostase, consistente no equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e meio em que vivem.

Conforme ressalta o mesmo autor, ele está mediatamente tutelado no *caput* do artigo 225 da Constituição, e imediatamente no § 1º, incisos I, III e VII.

O *meio ambiente artificial*, ou *construído*, como ressalta Américo Luís Martins da Silva<sup>43</sup>, pode ser compreendido como “[...] aquele que foi modificado pelo homem, visando atender aos seus propósitos e confortos. O *meio ambiente construído* abrange o espaço urbano construído (conjunto de edificações e equipamentos públicos) e demais assentamentos humanos e seus reflexos urbanísticos.”<sup>44</sup>

Ele recebe tratamento constitucional no artigo 225; 183; 21, inciso XX; e 5º, inciso XXIII.

O *meio ambiente cultural* vem previsto expressamente no artigo 216 da Constituição, podendo ser conceituado como

[...] aquele constituído do patrimônio cultural, ou seja, é o meio ambiente que engloba os bens de natureza (tanto materiais como imateriais), tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, incluindo as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados

<sup>40</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva: 2013, p. 61-66.

<sup>41</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.540-MC**. Rel. Min. Celso Antônio Bandeira de Mello. Julg. em 1 de setembro de 2005. DJ de 3 de fevereiro de 2006.

<sup>42</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. p. 62.

<sup>43</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do meio ambiente e dos recursos naturais**. São Paulo: RT, 2004. 1. v. p. 59.

<sup>44</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do meio ambiente e dos recursos naturais**, p. 59.

às manifestações artístico-culturais; os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico (que estuda animais e vegetais fósseis), ecológico e científico art. 216 da CF).<sup>45</sup>

Quanto a esta classificação de meio ambiente Celso Fiorillo<sup>46</sup> ainda faz um adendo, acrescentando a este um subtipo, que seria o *meio ambiente digital*, considerado por via de consequência de toda evolução obtida com a globalização, que adaptou o processo civilizatório à sociedade da informação, que trouxe “[...] uma nova forma de viver relacionada a uma cultura de convergência em que as emissoras de rádio, televisão, o cinema, os *videogames*, a internet, as comunicações por meio de ligações de telefones fixos e celulares etc.”. Todas essas ponderações levaram à consideração de uma nova faceta do meio ambiente cultural, que é o digital.

Por fim, o *meio ambiente do trabalho* pode ser compreendido como

[...] o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à sua saúde, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc.).<sup>47</sup>

Tal meio ambiente recebe tutela imediata pela Constituição nos artigos 200, inciso VIII e 7º, inciso XXIII.

Considerados tais pontos há que se concluir que o conceito de meio ambiente é bastante abrangente, possuindo conceitos doutrinários diversificados todos muito amplos, como da mesma forma seguem os conceitos legais. Entretanto, há que se entender em suma que o meio ambiente é bem diretamente tutelado pela Constituição Federal, assim como diversas outras legislações infraconstitucionais, que abrange todo o meio circundado pela vida, seja este meio natural ou artificial, bem este que deve ser defendido e garantido para a manutenção digna das presentes e futuras gerações.

## **2. O MEIO AMBIENTE COMO BEM JURÍDICO FUNDAMENTAL**

No âmbito do Direito Brasileiro, há que se considerar que após o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe expressamente no artigo 225 a previsão da necessidade da

---

<sup>45</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. *Direito do meio ambiente e dos recursos naturais*, p. 59-60.

<sup>46</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. p. 65.

<sup>47</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. p. 65-66.



preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, diversas foram as discussões doutrinárias acerca tanto do viés de proteção do Direito Ambiental quanto da caracterização do meio ambiente, no sentido de que alguns o classificam como direito fundamental, como direito humano ou como bem jurídico fundamental.

Apesar de não ser foco do presente trabalho, importante considerar que a doutrina majoritária reconhece que o viés de proteção do Direito Ambiental é basicamente a vida humana, sendo que o *caput* do artigo 225 já apresenta considerações antropocêntricas, sendo que a preservação da vida humana seria o objetivo final do Direito Ambiental.<sup>48</sup>

Já quanto à caracterização do meio ambiente, se direito fundamental, direito humano ou bem jurídico fundamental, algumas ponderações devem ser traçadas antes de se chegar a uma conclusão final.

Primeiramente há que se diferenciar os principais critérios dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, sendo que apesar de alguns autores os tratarem com sinônimo, eles possuem tecnicamente características diferenciadoras, ressaltando-se que a consideração de um não anula a do outro e que ambos possuem a pessoa humana como destinatária final da sua proteção.

Conforme ressalta Ingo Sarlet<sup>49</sup>, apesar de ambos os termos serem comumente tratados com sinônimos, há que se ressaltar que o termo “direitos fundamentais” aplica-se àqueles direitos reconhecidos e positivados na esfera do Direito Constitucional positivado por determinado Estado, e o termo “direitos humanos”, por sua vez, guarda relação com os documentos de Direito Internacional, referindo-se às posições jurídicas que reconhecem o ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com alguma ordem constitucional, e, portanto, aspiram a uma validade universal para todos os povos e tempos.

Nesse sentido, salienta-se mais uma vez que ambos os termos não são excludentes ou incompatíveis, mas com dimensões de aplicabilidade diversa, como ressalta Ingo Sarlet<sup>50</sup>

Importa, por hora, deixar aqui, devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, reconhecendo, ainda mais uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões

---

<sup>48</sup> Nesse sentido destaca-se: GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 8; MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**, p. 131, SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**, p. 94-96.

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35.

<sup>50</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 42

íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de posituação, cujas conseqüências práticas não podem ser desconsideradas.

Ou seja, direitos humanos são aqueles inerentes ao ser humano, com pretensões de universalidade, positivados num plano internacional; já os direitos fundamentais são aqueles direitos inerentes ao homem e reconhecidos e positivados na Constituição de determinado Estado, com pretensões de territorialidade, ou seja, de âmbito nacional.

Quanto a estes primeiros, os direitos humanos, as aspirações doutrinárias, assim como a própria Organização das Nações Unidas no âmbito da Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>51</sup>, tendem a classificá-los em quatro gerações ou dimensões<sup>52</sup> clássicas, três já basilarmente clássicas e uma quarta que vem tomando força no decorrer do tempo.

Norberto Bobbio<sup>53</sup> foi um dos primeiros pensadores a consagrar a nomenclatura dos Direitos Humanos, afirmando que estes teriam passado por três fases, quais sejam as três primeiras dimensões, clássicas, vinculadas aos princípios da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

A primeira dimensão de direitos humanos apresenta a afirmação dos direitos de liberdade, são aqueles que dizem respeito aos direitos individuais, de natureza civil e política.<sup>54</sup>

A segunda dimensão de direitos humanos apresenta a afirmação dos direitos de igualdade, são aqueles que dizem respeito aos direitos sociais, culturais e econômicos, surgindo com a queda do Estado Liberal e com o nascimento do Estado de Bem-Estar Social após a Primeira Guerra Mundial.<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

<sup>52</sup> Diz-se dimensões ou gerações, pois há, ainda, discussão doutrinária acerca do termo a ser utilizado, mas como este não é o foco do presente trabalho atender-se-á a brevemente diferenciá-los nesta nota de rodapé.

A primeira expressão utilizada foi a de geração, buscando-se demonstrar a evolução dos direitos humanos com base nas três bases da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade, de modo que a expressão geração tem como conotação demonstrar uma evolução histórica dos direitos fundamentais, e que estes foram construídos em diferentes momentos históricos. (LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, ano 8, n. 173, 26 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 05 de novembro de 2015)

A discussão da expressão a ser utilizada se iniciou no sentido de que a o termo geração dá a entender que há uma substituição gradativa dos direitos, motivo pelo qual tal termo foi sendo rechaçado pela doutrina, surgindo, em oposição o termo “dimensões”, no sentido de representar a ideia de que os novos direitos são acrescidos aos demais, havendo um somatório, sendo esse, então, o termo mais utilizado.

<sup>53</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 32.

<sup>54</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012, p. 617-618.

<sup>55</sup> FRANCISCHINI, Nadialice. Análise descritiva sobre as gerações dos direitos fundamentais. **Revista Direito**, Bahia, 30 de setembro

A terceira dimensão de direitos humanos são os vinculados à fraternidade e à solidariedade, relacionando-se aos direitos que dizem respeito aos direitos dos povos, objetivando o respeito mútuo, o preservacionismo ambiental, uma distribuição melhor da renda<sup>56</sup>. São os direitos sociais, de titularidade coletiva, compreendidos pelos direitos difusos, englobando-se o meio ambiente nesta dimensão.

Ainda, cada vez mais é aceita pela doutrina a aceção de uma quarta geração, esta vinculada aos avanços genéticos e tecnológicos, a quarta dimensão de direitos humanos, então, refere-se à manipulação genética, à biotecnologia e à bioengenharia. “Através dessa geração se determinam os alicerces jurídicos dos avanços tecnológicos e seus limites constitucionais”.<sup>57</sup>

Feitas essas breves considerações iniciais, qual seja o de verificar qual a melhor classificação de meio ambiente.

Tendo em vista que o presente estudo baseia-se principalmente nas concepções jurídicas legais brasileiras, permite-se nesse momento considerar o direito fundamental vinculado à preservação ambiental, pois como já mencionado no item anterior este está expressamente previsto no artigo 225 da Constituição Federal, ou seja, é um direito humano internalizado pela Constituição Brasileira.

No âmbito do Direito Internacional o reconhecimento do meio ambiente e da necessidade de sua preservação veio, como discutido acima, com a Declaração do Meio Ambiente decorrente da “Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente”, realizada em Estocolmo no ano de 1972.

Foi na referida Declaração, conforme ressalta Américo da Silva<sup>58</sup>, que o direito de viver em um ambiente não poluído foi considerado como um direito humano fundamental de terceira geração, ficando expressamente previsto nos princípios 1 e 2 da referida Declaração<sup>59</sup>.

---

de 2013. Disponível em: <<http://revistadireito.com/analise-descritiva-sobre-as-geracoes-dos-direitos-fundamentais/#sthash.USZDjGs6.dpuf>>. Acesso em: 05 de novembro de 2015.

<sup>56</sup> MOREIRA, Vagner Rangel. Direitos Humanos e Fundamentais: Diferenciação, Classificação e Identificação. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 02 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31058&seo=1>>. Acesso em: 05 de novembro de 2015.

<sup>57</sup> FRANCISCHINI, Nadialice. Análise descritiva sobre as gerações dos direitos fundamentais. **Revista Direito**.

<sup>58</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do meio ambiente e dos recursos naturais**, p. 408.

<sup>59</sup> **Princípio 1.** O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos

Tais considerações foram posteriormente reforçadas pelo Princípio 1 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento<sup>60</sup>, resultante da “Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento”, ocorrida no ano de 1992.

Conforme destaca José Afonso da Silva<sup>61</sup>, tal princípio consagra a afirmação de que os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável, e têm direito à vida saudável em harmonia com a natureza, estabelecendo-se a relação de dois direitos fundamentais do Homem, que são o direito ao desenvolvimento e o direito a uma vida saudável.

Martín Mateo<sup>62</sup> ressalta que foi após essa época que se passou a reconhecer a urgente necessidade de se abordar os problemas do meio ambiente e a importância que ele tem na esfera dos esforços individuais e cooperativos, passando a fazer parte, então, de diversas constituições modernas, como a Constituição Suíça de 1971 (art. 24), Constituição da Grécia de 1975 (art. 24), Constituição Portuguesa de 1976 (art. 66), Constituição dos antigos estados socialistas e própria Constituição Espanhola de 1978 (art. 45).

*A Declaração de Estocolmo abriu caminho pra que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental entre os direitos sociais do Homem, com sua característica de direitos a serem realizados e direitos a não serem perturbados.*<sup>63</sup>

Como brevemente exposto na classificação dos Direitos Humanos, o meio ambiente é um Direito Humano estabelecido em sua terceira dimensão, vinculando-se aos critérios de fraternidade e solidariedade, ante ao seu caráter de direito difuso, como ficou explicitado no primeiro item do trabalho. Contudo, considerando o foco do artigo passa-se a analisar as concepções doutrinárias sobre o tema considerando-o como direito fundamental, eis que presente na Constituição.

---

fundamentais, inclusive o direito à vida mesma.

**Princípio 2.** A proteção e o melhoramento do meio ambiente humano é uma questão fundamental que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento econômico do mundo inteiro, um desejo urgente dos povos de todo o mundo e um dever de todos os governos. *In*: ONU. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – 1972.** Estocolmo, 5 a 16 de junho de 1972. Disponível em: <[http://www.apambiente.pt/\\_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972\\_Declaracao\\_Estocolmo.pdf](http://www.apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf)>. Acesso em: 05 de novembro de 2015.

<sup>60</sup> **Princípio 1.** Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza. *In*: ONU. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.** Rio de Janeiro, 3 a 14 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 05 de novembro de 2015.

<sup>61</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**, p. 64.

<sup>62</sup> MARTÍN MATERO, Ramón. **Tratado de derecho ambiental.** Tomo I. 1. v. p. 145-146.

<sup>63</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**, p. 69-70.

Nesse sentido, Sonia Wiedmann<sup>64</sup> destaca que o texto constitucional do artigo 225 revela o meio ambiente como *direito fundamental* não listado junto ao artigo 5º, pois tal artigo “[...] invoca, ainda, o direito intergeracional segundo o qual as gerações presentes têm o direito de receber este ambiente sadio, mas têm, igualmente, a obrigação de transmiti-lo aos descendentes da mesma forma ou ainda em melhores condições.”

Contudo, a ponderação principal que visa o presente estudo é compreender alguns critérios básicos estipulados pelo próprio texto constitucional, de modo a se verificar que, apesar de bastante confundido pela doutrina, o que é DIREITO fundamental protegido pela Carta Magna é o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, o meio ambiente, em si, na verdade é compreendido como um bem *per se*, como já observado das conceituações construídas no primeiro item.

Conforme destaca José Afonso da Silva<sup>65</sup>, a tutela constitucional da qualidade do meio ambiente é instrumental, pois é através dela que se protege um valor maior, que é a qualidade de vida.

Édis Milaré<sup>66</sup> traça ponderações no mesmo sentido, destacando que a garantia de se ter a qualidade ambiental inserida na qualidade de direito fundamental abarcado por nossa Constituição é diretamente relacionado ao valor supremo de nosso Ordenamento Jurídico, que é a vida humana, de modo a considerar que não existe qualidade de vida se qualidade ambiental, sendo “[...] exatamente esse liame indissociável entre os dois conceitos que erige o direito ao meio ambiente ecologicamente equivalente a direito humano fundamental e, mais que isso, a uma das espécies dos chamados direitos personalíssimos.”<sup>67</sup>

Contudo, mais a frente, na mesma obra, o autor<sup>68</sup>, ao trazer a fundamentação constitucional do Direito Ambiental, apresenta de pronto o meio ambiente como um bem jurídico *per se*, sendo que há expressamente a sua consideração como um *bem de uso comum do povo*.

Édis Milaré<sup>69</sup> ainda destaca o fato de que o constituinte originário cuidou de prescrever

---

<sup>64</sup> WIEDMANN, Sonia Maria Pereira. A fauna silvestre na legislação brasileira. *In*: MARQUES, José Roberto. (org.) **Sustentabilidade e temas fundamentais do direito ambiental**. p. 446.

<sup>65</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. p. 70.

<sup>66</sup> MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**, p. 120-121.

<sup>67</sup> MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**, p. 120-121.

<sup>68</sup> MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**, p. 160-161.

<sup>69</sup> MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente**, p. 161.

diversos mecanismos capazes de assegurar à cidadania os meios de tutela judicial sobre o bem meio ambiente, como, por exemplo, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (arts. 102, I, *a*; 103 e 125, § 2º da CRFB); a ação civil pública (art. 129, III c/c § 1º da CRFB); a ação popular constitucional (art. 5º, LXXIII da CRFB); o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX da CRFB); e o mandado de injunção (art. 5º, LXXI da CRFB).

Da mesma forma o considera Sonia Wiedmann<sup>70</sup>, afirmando que o tal texto constitucional no artigo 225 deixa clara a natureza jurídica dos bens ambientais, qual seja de “bem de uso comum do povo”.

Maria Luiza Granziera<sup>71</sup> destaca que o meio ambiente é considerado um “macrobem”, pois “[...] consiste em um todo a ser protegido de forma holística e que pode traduzir-se no *patrimônio ambiental* [...]”, sendo este “macrobem” constituído de outros “microbens”, estes de caráter concreto, como a floresta, a fauna, o manancial, todos possuidores de regime jurídico próprio, como também salienta Antonio Herman Benjamin<sup>72</sup>.

Tais ponderações feitas por Maria Luiza Granziera<sup>73</sup> considera, principalmente, o já citado artigo 3º, inciso I da Lei 6.938/81, que apresenta o conceito de meio ambiente como uma situação de equilíbrio entre condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, asseverando a autora que o bem jurídico tutelado pelo Direito Ambiental “[...] é esse estado de equilíbrio entre os meios físico e biótico, responsável por abrigar e reger todas as formas de vida.”

Ainda no intuito de classificá-lo como bem, destacam-se os dizeres de Luís Paulo Sirvinskas<sup>74</sup>, que aponta o meio ambiente como um bem definido constitucionalmente como de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida.

Outrossim, a partir do momento que é considerado como bem constitucional, tem-se, conforme ressalta Maria Luiza Granziera<sup>75</sup>, a caracterização de alguns valores intrínsecos inerentes:

---

<sup>70</sup> WIEDMANN, Sonia Maria Pereira. A fauna silvestre na legislação brasileira. *In*: MARQUES, José Roberto. (org.) **Sustentabilidade e temas fundamentais do direito ambiental**. p. 446.

<sup>71</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. p. 7.

<sup>72</sup> BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos. Função ambiental. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos (coord.) **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: RT, 1993, p. 69.

<sup>73</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. p. 6.

<sup>74</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**, p. 137.

<sup>75</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. p. 7-8.

- (1) Interesse público: dos Entes Federados, responsáveis pela gestão, proteção e guarda dos bens ambientais, para as atuais e as futuras gerações;
- (2) interesse difuso: a sociedade, sem qualquer identificação de seus indivíduos, tem o direito à qualidade dos bens ambientais;
- (3) interesse coletivo: determinados grupos, cujos membros são identificáveis, como as populações indígenas, possuem direitos específicos sobre os bens ambientais;
- (4) interesse dos usuários dos recursos ambientais sobre esses bens, na sua apropriação, com vistas à consecução dos objetivos de suas atividades públicas ou particulares, sempre submetidos às regras estabelecidas.

Contudo, como brevemente comentado, a maioria da doutrina da fundamentalidade do meio ambiente tende a confundir seu conceito no caráter de bem constitucionalmente protegido e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Nesse sentido destacam-se palavras de José Afonso da Silva<sup>76</sup>, que destaca que

*A proteção ambiental, abrangendo a preservação da Natureza em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana.*

Tais apontamentos são corroborados por Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer<sup>77</sup>, que postulam o reconhecimento de um direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado, complementando os já amplamente consagrados direitos civis, políticos e socioculturais, caracterizado na terceira dimensão de direitos humanos. Assim, considera-se como um direito humano fundamental internalizado na Constituição brasileira nos artigos 225 e 5º, § 2º.

A CF88 (art. 225 e art. 5º, § 2º), por sua vez, seguindo a influência do direito constitucional comparado e mesmo do direito internacional, sedimentou e positivou ao longo do seu texto os alicerces normativos de um *constitucionalismo ecológico*, atribuindo ao direito ao ambiente o *status* de direito fundamental, em sentido formal e material, orientado pelo princípio da solidariedade [...]<sup>78</sup>

Ainda um dos autores, Tiago Fensterseifer<sup>79</sup>, em diversa obra, o aponta como um direito fundamental elevado a cláusula pétrea. Segundo o autor, ao declarar, o artigo 225, “[...] ser a qualidade ambiental essencial a uma vida humana saudável (e também digna), o constituinte consignou no pacto constitucional sua escolha de incluir a proteção ambiental entre os valores

---

<sup>76</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. p. 58.

<sup>77</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 3. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 45.

<sup>78</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente, p. 48.

<sup>79</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 169.

permanentes e fundamentais da República brasileira.”<sup>80</sup>

Assim, na qualidade de direito fundamental da pessoa humana, e também dever fundamental de proteção ambiental, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a integrar a esfera dos valores permanentes e indisponíveis da sociedade brasileira, com força normativa vinculante e inafastável, não sujeito à discricionariedade estatal ou à livre disposição individual.

Convergindo todas as ponderações feitas neste estudo, destaca-se o ponto que principal que se procurou defender: pelos próprios ditames constitucionais, o meio ambiente é considerado um BEM de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, portanto fundamental, ante ao fato de que é a vida o bem primordialmente defendido pela Constituição.

Sendo que, num critério jurídico tal bem vincula-se a um DIREITO também estabelecido no viés da garantia da vida em sua melhor acepção, direito este humano e fundamental, que é o de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, do qual decorre, também, como contraponto, um dever fundamental, que é o de proteção daquele bem – o meio ambiente, dever este dividido igualmente na razão de defendê-lo e preservá-lo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A preocupação mundial com o meio ambiente teve suas discussões iniciadas na década de 70 antes às perdas ambientais do dia-a-dia como de grandes catástrofes ocorridas no ambiente natural, mais precisamente a partir da Declaração de Estocolmo de 1972, que elevou a importância da preservação ambiental, sendo que essa preocupação foi evoluindo no decorrer do tempo, o que possibilitou cada vez mais a atenção do homem quanto aos problemas ambientais.

Num contexto de preservação ambiental das presentes e futuras gerações, no Brasil destaca-se o texto constitucional precisamente em seu artigo 225, *caput*, que estipula o dever do Poder Público e da Coletividade em defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Pelos ditames constitucionais o meio ambiente é compreendido como sendo de cada pessoa e ao mesmo tempo de todas, ou seja, um bem de interesse difuso, de interesse de todos,

---

<sup>80</sup> FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito, p. 169.



inserindo-se no rol de bens tutelados pelo Poder Público, que pode e deve intervir nas atividades públicas ou particulares para a garantia da sadia qualidade de vida.

O conceito de meio ambiente é bastante abrangente, possuindo conceitos doutrinários diversificados todos muito amplos, como da mesma forma seguem os conceitos legais, o que acabou abrindo espaço a entendimentos diversos e discussões doutrinárias, resultando-se na classificação do meio ambiente segundo a seus aspectos: Meio Ambiente Natural ou Físico; Meio Ambiente Artificial; Meio Ambiente Cultural e Meio Ambiente do Trabalho.

Entretanto, há que se entender em suma que o meio ambiente é bem diretamente tutelado pela Constituição, assim como diversas outras legislações infraconstitucionais, que abrange todo o meio circundado pela vida, seja este meio natural ou artificial, bem este que deve ser defendido e garantido para a manutenção digna das presentes e futuras gerações.

No âmbito do Direito Brasileiro, após o advento da Constituição Federal de 1988, que trouxe expressamente no artigo 225 a previsão da necessidade da preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, diversas foram as discussões doutrinárias acerca tanto do viés de proteção do Direito Ambiental quanto da caracterização do meio ambiente, no sentido de que alguns o classificam como direito fundamental, como direito humano ou como bem jurídico fundamental.

Diferenciando-se, primeiramente, os principais critérios dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, chega-se a consideração de que os direitos humanos são aqueles inerentes ao ser humano, com pretensões de universalidade, positivados num plano internacional; já os direitos fundamentais são aqueles direitos inerentes ao homem e reconhecidos e positivados na Constituição de determinado Estado, com pretensões de territorialidade, ou seja, de âmbito nacional.

No âmbito do Direito Internacional o reconhecimento do meio ambiente e da necessidade de sua preservação veio com a Declaração do Meio Ambiente decorrente da “Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente”, realizada em Estocolmo no ano de 1972, o que foi posteriormente reforçado pelo Princípio 1 da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, resultante da “Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento”, ocorrida no ano de 1992.

Assim, o meio ambiente é considerado como um Direito Humano de terceira dimensão,

vinculando-se aos critérios de fraternidade e solidariedade, ante ao seu caráter de direito difuso. Contudo, considerando o foco dado ao presente artigo, analisaram-se as concepções doutrinárias sobre o tema como direito fundamental, eis que presente na Constituição brasileira.

Desta maneira, conclui-se que pelos próprios ditames constitucionais, o meio ambiente é considerado um bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, portanto fundamental, ante ao fato de que é a vida o bem primordialmente defendido pela Constituição. O qual se vincula a um direito, também fundamental, que é o de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, do qual decorre, como contraponto, um dever fundamental, que é o de proteção daquele bem – o meio ambiente, dever este dividido igualmente na razão de defendê-lo e preservá-lo.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos. Função ambiental. *In*: BENJAMIN, Antonio Herman Vasconcelos (coord.) **Dano ambiental**: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: RT, 1993.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

BRASIL. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Brasília: Congresso Nacional, 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Congresso Nacional, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 15 de setembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.540-MC**. Rel. Min. Celso Antônio Bandeira de Mello. Julg. em 1 de setembro de 2005. DJ de 3 de fevereiro de 2006.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade**. Itajaí : UNIVALI, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FRANCISCHINI, Nadialice. Análise descritiva sobre as gerações dos direitos fundamentais. **Revista Direito**, Bahia, 30 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://revistadireito.com/analise-descritiva-sobre-as-geracoes-dos-direitos-fundamentais/#sthash.USZDjGs6.dpuf>>. Acesso em: 05 de novembro de 2015.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloise Siqueira. Dimensão social do princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. *In*: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes; GARCIA, Heloise Siqueira (org.) **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. Itajaí: UNIVALI, 2014.

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

LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Revista Jus Navegandi**, Teresina, ano 8, n. 173, 26 de dezembro de 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4666/criticas-a-teoria-das-geracoes-ou-mesmo-dimensoes-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 05 de novembro de 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTÍN MATEO, Ramón. **Manual de derecho ambiental**. 2. ed. Madrid: Editorial Trivium, 1998.

MARTÍN MATEO, Ramón. **Tratado de derecho ambiental**. Tomo I. Madrid: Editorial Trivium, 1991. 1. v.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 8. ed. São Paulo: RT, 2013.

MOREIRA, Vagner Rangel. Direitos Humanos e Fundamentais: Diferenciação, Classificação e Identificação. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 02 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31058&seo=1>>. Acesso em: 05 de novembro de 2015.

ONU. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano – 1972.** Estocolmo, 5 a 16 de junho de 1972. Disponível em: <[http://www.apambiente.pt/\\_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972\\_Declaracao\\_Estocolmo.pdf](http://www.apambiente.pt/_zdata/Políticas/DesenvolvimentoSustentavel/1972_Declaracao_Estocolmo.pdf)>. Acesso em: 05 de novembro de 2015.

ONU. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.** Rio de Janeiro, 3 a 14 de junho de 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 05 de novembro de 2015.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Assembleia Geral, 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

PASOLD, Cesar Luis. **Prática da Pesquisa Jurídica e metodologia da pesquisa jurídica.** Florianópolis: OAB/SC Editora, 2007.

PIGRETTI, Eduardo A. **Derecho Ambiental.** Buenos Aires: Depalma, 2000.

REAL FERRER, Gabriel. Calidad de vida, medio ambiente, sostenibilidad y ciudadanía ¿Construimos juntos el futuro? **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 3, 3º quadrimestre de 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4202>>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

REAL FERRER, Gabriel. La construcción del derecho ambiental. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.6, n.2, 2º quadrimestre de 2011. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

REAL FERRER, Gabriel. Sostenibilidad, Transnacionalidad y Transformaciones del Derecho. *In*: SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira (orgs.) **Direito ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade.** Itajaí: UNIVALI, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente.** 3. ed. São Paulo: RT, 2013

SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do meio ambiente e dos recursos naturais.** São Paulo: RT,

2004. 1. v.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WIEDMANN, Sonia Maria Pereira. A fauna silvestre na legislação brasileira. *In*: MARQUES, José Roberto. (org.) **Sustentabilidade e temas fundamentais do direito ambiental**. Campinas, SP: Millennium Editora, 2009.

VIEIRA, Ricardo Stanziola. Rio+20 – conferência das nações unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento: contexto, principais temas e expectativas em relação ao novo “direito da sustentabilidade”. **Revista Eletrônica Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 17, n. 1, 1º quadrimestre de 2012. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3638>>. Acesso em: 25 de outubro de 2015.

# EDUCAR PARA O CONSUMO CONSCIENTE: O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E A EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO AGENTES PROPULSORES DO CONSUMO SUSTENTÁVEL

**Aline Dip Toniolo<sup>1</sup>**

**Roseane Ferrari<sup>2</sup>**

## INTRODUÇÃO

O meio ambiente sofre constantes devastações devido às interferências humanas, o que contribui para a exaustão ambiental. Consequentemente, observa-se a ocorrência de diversas catástrofes ambientais no planeta, em razão do meio ambiente estar sendo atingido pelo consumo desenfreado do grupo social.

O consumo exacerbado do ser humano favorece uma imensa produção de lixo no planeta Terra, além de gerar o endividamento da população, o que inibe o desenvolvimento sustentável dos países. Frisa-se que o meio ambiente é assunto de relevância internacional e transnacional, pois é um bem comum da humanidade.

Todavia, para coibir e conscientizar o grupo social da importância de tutelar o meio ambiente, faz-se imprescindível a educação ambiental com o intuito de incentivar e ensinar o ser humano a consumir de forma sustentável, visando preservar a natureza.

Objetiva assim, entender como a educação ambiental implementada através de políticas públicas mostra-se como o mecanismo mais viável para se alcançar o consumo sustentável, de modo a enfrentar os desafios na proteção legal do meio ambiente.

Dessa maneira, o método de abordagem a ser utilizado neste trabalho será o dedutivo, e volta-se às pesquisas bibliográficas, doutrina, artigos e leis, objetivando demonstrar que através do princípio do desenvolvimento sustentável e da educação ambiental é possível conduzir a

---

<sup>1</sup> Advogada. Mestranda do Programa de Pós Graduação do Curso de Direito da UPF - Universidade de Passo Fundo. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Bolsista Prosup Capes. E-mail: alinediptoniolo@gmail.com.

<sup>2</sup> Advogada. Mestranda do Programa de Pós Graduação do Curso de Direito da UPF - Universidade de Passo Fundo. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Bolsista Prosup Capes. E-mail: roseane\_ferrari@hotmail.com.

população ao consumo sustentável, assegurando um meio ambiente saudável às futuras gerações.

Neste sentido, a relevância dessa pesquisa se justifica pelo fato desse tema suscitar diversas indagações a respeito da importância do consumo sustentável para evitar a devastação ambiental.

## **1. A TUTELA AMBIENTAL E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL**

O meio ambiente constitui-se como um bem comum da humanidade, tornando-se imprescindível para a sobrevivência de todas as espécies vivas que habitam o planeta. No entanto, ocorre que a natureza está sofrendo constantes interferências humanas, de maneira que o meio ambiente está sendo devastado e, isso se constata em acontecimentos catastróficos presenciados no mundo, tais como tornados, furacões, enchentes.

Nesse sentido, a tutela ambiental não é apenas uma questão que envolve um direito local, nacional, mas um direito transnacional, internacional, que reflete seus efeitos em todo o planeta, tornando-se um problema internacional. Convém frisar que dos primórdios da humanidade aos dias atuais, os indivíduos provêm do meio ambiente tudo que necessitam para sua sobrevivência.

Conseqüentemente, com o surgimento de novas tecnologias exige-se que se retire da natureza o máximo de proveito, onde se incentiva uma sociedade consumerista, que consome exacerbadamente e descarta uma imensa quantidade de resíduos e materiais sem destinação apropriada, contribuindo para a degradação ambiental. Dessa maneira, faz-se necessário que as pessoas se conscientizem da importância de zelar pelo meio ambiente e busquem no amparo legal, a adequação necessária com o intuito de prevenir devastações ambientais irreparáveis.

Constata-se que o meio ambiente está se modificando devido a algumas interferências humanas impulsionadas por dois fenômenos mundiais: modernidade e a globalização. Em virtude disso, percebe-se que a exploração dos recursos naturais tem sido favorecida e incentivada através da modernidade, como afirma Harvey “em todo o mundo atual, é partilhado por homens e mulheres a modalidade de experiência vital como: experiência do espaço e do tempo, de possibilidades, de perigo de vida, do eu e dos outros”.<sup>3</sup>

O somatório dessas experiências intitula-se modernidade, que resulta em uma série de

---

<sup>3</sup> HARVEY David. **Condição Pós- Moderna**. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1992, p. 21.

transformações na natureza e nas relações humanas, aniquilando todos os recursos naturais. Todavia a modernidade une os indivíduos, ao passo que ultrapassa fronteiras, presenciando-se efeitos ambivalentes e contraditórios. Nas palavras de Harvey, “a modernidade, por conseguinte, não apenas envolve uma implacável ruptura com todas e quaisquer condições históricas precedentes, como é caracterizada por um interminável processo de rupturas e fragmentações internas inerentes”<sup>4</sup>.

Por outro lado, a globalização favorece o capitalismo, propiciando a expansão de mercados, interferindo na economia global e nos regimes políticos, bem como favorecendo a formação de uma sociedade consumerista, que valoriza o consumo exacerbado. Entretanto, com a globalização, os mercados mundiais se fortaleceram e o capitalismo passou a influenciar os diversos segmentos da sociedade, em especial na área econômica e na esfera ambiental<sup>5</sup>.

Assim, embora a natureza venha sendo modificada pelas atividades humanas e que essas alterações ocorreram por diversos motivos, um dos mais relevantes é a globalização, que decorre da modernidade, gerando efeitos ambivalentes, isto é, tanto positivos e beneficiar a sociedade e o meio ambiente, como também aspectos ruins, no tocante a esfera ambiental e a sociedade<sup>6</sup>.

Contudo, a globalização pode ser uma forte aliada à conscientização dos indivíduos no que concerne aos problemas ambientais e, é com a incessante ameaça à vida humana que se procura soluções para tais problemas, por meio de políticas públicas democráticas voltadas à educação ambiental. Logo, a era globalizada favorece o consumo desenfreado dos indivíduos, porém pode auxiliar a sociedade a caminhar para o consumo sustentável. Com isso, a partir do consumo sustentável visa-se tutelar o meio ambiente.

Como visto anteriormente, faz-se imprescindível que haja a educação ambiental para o consumo sustentável, mas como surgiu a preocupação pela tutela ambiental na sociedade? Indaga-se, ainda, como é vista esta preocupação ambiental no cenário internacional? Para apresentar uma resposta a estas indagações, parte-se, primeiramente, do fato de que a tutela ambiental é um assunto de suma relevância e tornou-se uma preocupação global, ao passo que o meio ambiente vem sendo devastado de forma incessante pelo ser humano. Segundo Silva, o meio ambiente engloba todo o espaço vital, isto é,

---

<sup>4</sup> HARVEY David. **Condição Pós- Moderna**. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1992, p. 22.

<sup>5</sup> IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 29.

<sup>6</sup> RATTNER, Henrique. **Liderança para uma sociedade sustentável**. São Paulo: Nobel, 1999, p. 23.



O *ambiente* integra-se, realmente, de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o *meio* em que se vive. Daí porque a expressão 'meio ambiente' se manifesta mais rica de sentido (como conexão de valores) do que simples palavra 'ambiente'. Esta exprime o conjunto de elementos; aquela expressa o resultado da interação desses elementos. O *conceito de meio ambiente* há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico<sup>7</sup>.

Além disso, a definição de meio ambiente também pode ser observada na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente nº 6.938/81, da qual se extrai por meio do art. 3º, inciso I: "meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas"<sup>8</sup>. Evidencia-se que o diploma legal acima descrito, apresenta uma definição normativa do que é o meio ambiente, mas científica-se que há outros vocábulos além desse, que definem o mesmo.

O meio ambiente é um patrimônio da humanidade, bem comum fundamental para a sobrevivência de todas as espécies vivas que habitam o globo terrestre, inclusive os seres humanos. Logo, o meio ambiente é tutelado no ordenamento jurídico brasileiro em diversos Diplomas Legais, em especial na Constituição Federal, na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, na Lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos.

Todavia, o meio ambiente é tutelado em ordenamentos jurídicos de outros países, consistindo em uma questão de interesse internacional, caracterizando-se como uma das preocupações da Comunidade Europeia. Em virtude disso, observa-se que nas Constituições Europeias o meio ambiente é constantemente debatido. Conforme Porena, verifica-se que:

In modern European constitutions the concept of the environment has been widely debated. Upon examining the constitutions in several countries, legislation for protection of the environment emerged as essentially based on two main models: placing the environment and its protection within jurisdiction for the individual under the form of, in general, the right to a healthy environment, or placing in within the framework of collective, widespread responsibility, such as generally obliging individuals and public authorities to protect the environment.<sup>9</sup>

O meio ambiente merece proteção jurídica, visto ser um patrimônio natural colocado a disposição dos indivíduos para seu progresso e garantidor de qualidade de vida. No entanto, na

---

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20, grifo do autor.

<sup>8</sup> BRASIL, **Vade Mecum Saraiva**/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 15. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1395.

<sup>9</sup> PORENA, Daniele. **Constitutional protection of the environment: evolution in europeu between anthropocentrism and ecocentrism. The italian case.** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, V. 5, n. 1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: <www.univali.br/direito epolitica-ISSN 1980-7791>, p. 299.

Constituição Italiana em 1948, por exemplo, não trazia nenhum dispositivo legal que identificasse o valor do meio ambiente e tutelasse a sua preservação. Entretanto com a reforma de 2001 da seção V, presenciou-se um avanço significativo na Constituição Italiana no tocante ao meio ambiente. Nesse sentido, Porena ilustra que:

[...] was finally introduced into the Italian Constitution with the 2001 reform of Section V without, however, providing substantial progress. The scope of the innovation must not be overemphasized as Art. 117 deals with the division of powers between central and regional government.<sup>10</sup>

Em 2011, durante a Revisão do Título V, o legislador constituinte italiano tropeçou sobre o meio ambiente, no momento de atribuir as competências da tutela ambiental ao legislativo ambiental, sendo que houve regiões que nem sequer fizeram proteção a valores ambientais, deixando a tutela ambiental com um destaque reduzido, perto da importância do meio ambiente. A consequência desse fato resume-se que a questão ambiental é utilizada como um exemplo de escola, diverso do que se presencia no Brasil, onde há vários Diplomas Legais tratando da tutela ambiental<sup>11</sup>.

A preocupação com o meio ambiente, embora nos dias atuais tenha maior repercussão, não é um tema recente. Analisa-se que até meados do século XX, o vínculo entre desenvolvimento e meio ambiente era distraído e fragmentado, não havendo consciência dos indivíduos acerca da complexidade dos problemas ambientais. Esse quadro passa a alterar-se a partir de meados do século XX, momento em que o Clube de Roma publica um relatório apontando os limites do desenvolvimento e chamando a atenção das autoridades com o ambiente natural.<sup>12</sup>

Nesse sentido, a atenção dirigida ao meio ambiente passa a destacar-se na Conferência das Nações Unidas, realizada em junho de 1972, em Estocolmo, onde o meio ambiental foi reconhecido como um direito fundamental da humanidade, através da Declaração do Meio Ambiente, nela constando os 26 princípios que são uma extensão da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A partir da Conferência de Estocolmo, o meio ambiente passa a configurar-se como um

---

<sup>10</sup> PORENA, Daniele. **Constitutional protection of the environment**: evolution in europeu between anthropocentrism and ecocentrism. The italian case. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, V. 5, n. 1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: <www.univali.br/direito epolítica-ISSN 1980-7791>, p. 302.

<sup>11</sup> PORENA, Daniele. **Constitutional protection of the environment**: evolution in europeu between anthropocentrism and ecocentrism. The italian case. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, V. 5, n. 1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: <www.univali.br/direito epolítica-ISSN 1980-7791>, p. 270.

<sup>12</sup> GIALDINO, Carlo Curti. **L'unione Europea Ed Il Principio Dello Sviluppo Sostenibile**. Relazione presentata al Seminario di 2° livello organizzato dal Ministero della Pubblica Istruzione e dalla Regione Veneto sul tema "Costituzione italiana, integrazione europea e sviluppo sostenibile", Venezia, Isola di San Servolo, 22-24 ottobre 2007, p. 01.

direito fundamental do ser humano. Diante disso, passa a haver responsabilização de cada ente estatal perante o meio ambiente, de modo a reparar danos ambientais. Contudo, houveram outros eventos que pregaram a conscientização da sociedade para a tutela ambiental, tais como a Rio+20, a Convenzione di Arhus e o Protocolo de Quioto, defendendo o desenvolvimento sustentável, bem como a Convenção Mundial sobre a Diversidade Biológica. Para Gialdino, o desenvolvimento sustentável é imprescindível para a tutela ambiental. Assim, Gialdino ilustra que com a Agenda 21, no Rio de Janeiro, o desenvolvimento sustentável recebe a sua consagração oficial, criando um vínculo entre o meio ambiente, os direitos humanos e a luta pela pobreza. Gialdino afirma que

Sul piano internazionale il concetto di sviluppo sostenibile (che era stato utilizzato nel Rapporto Brundtland del 1987, *infra* n. 2) cominciò ad essere oggetto di attenzione da parte anche dei *media* con il secondo Vertice sulla Terra, che ebbe luogo a Rio de Janeiro dal 3 al 14 giugno 1992, e che approvò l'omonima dichiarazione su ambiente e sviluppo, comprendente 27 principi. A Rio il principio dello sviluppo sostenibile riceve la propria consacrazione ufficiale, in particolare nell'Agenda 21, vasto programma d'azione in cui viene proposto di correlare l'ambiente segnatamente con i rapporti nord-sud, i diritti umani e la lotta contro la povertà. A Rio si afferma altresì il principio delle responsabilità comuni ma differenziate, secondo cui gli impegni e le responsabilità degli Stati devono essere commisurati al differente contributo al degrado ecologico, ponendo a carico dei Paesi industrializzati la responsabilità primaria del perseguimento dello sviluppo sostenibile, in ragione delle conseguenze che i modelli di produzione e consumo esercitano sull'ambiente, nonché della maggiore disponibilità di risorse economiche e tecnologiche<sup>13</sup>.

Logo, o desenvolvimento sustentável tem obtido relevância desde a Rio+20 até os dias atuais e deve ser uma das metas principais da educação ambiental, porque somente através de atitudes que preguem o desenvolvimento sustentável será possível reverter este quadro de danos irreparáveis à natureza e proteger o meio ambiente. No que concerne ao Rio+20, importante constatação aponta Acconci, quando dispõe que “la maggior parte degli Stati non sembra intenzionata a impegnarsi in tal senso, pur riconoscendo la correlazione esistente tra povertà, violazioni dei diritti dela persona umana e degrado ambientale”.<sup>14</sup>

Em consequência disso, esta falta de compromisso por parte de alguns Estados de querer assumir a proposta da Rio+20, prejudica a ideia de desenvolvimento sustentável. Importa referir que a expressão “desenvolvimento sustentável” não é um assunto recente, sendo um tema que já

---

<sup>13</sup> GIALDINO, Carlo Curti. **L'unione Europea Ed Il Principio Dello Sviluppo Sostenibile**. Relazione presentata al Seminario di 2° livello organizzato dal Ministero della Pubblica Istruzione e dalla Regione Veneto sul tema “Costituzione italiana, integrazione europea e sviluppo sostenibile”, Venezia, Isola di San Servolo, 22-24 ottobre 2007, p. 01.

<sup>14</sup> ACCONCI, Pia. La “green economy” e la realizzazione dei diritti dell'uomo ala base dello sviluppo sostenibile. In: **Diritti Umani e Diritto Internazionale**. Milano: FrancoAngeli. Vol. 6, n. 3. 2012, p. 589.

era mencionado na Comissão Mundial sobre o ambiente e desenvolvimento humano criado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1983<sup>15</sup>.

No entanto, o desenvolvimento sustentável direciona-se as consequências da utilização dos recursos naturais ao longo das gerações e aí reside a preocupação com o consumo exacerbado, que produzirá o aumento de descarte de produtos e propiciará a maior retirada de bens naturais da natureza. A Legislação da União Europeia traz em seu teor a definição de desenvolvimento sustentável, de modo que a Comunidade Europeia assume um sério compromisso para o desenvolvimento sustentável.

Por esta razão, o desenvolvimento sustentável passa a ocupar uma posição central nas políticas da Comunidade Europeia, porém a legislação da União Europeia não aponta uma orientação de como o desenvolvimento sustentável deve ser implementado<sup>16</sup>. Segundo Van Hess, "Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs"<sup>17</sup>. Neste patamar, Candeira apresenta uma conceituação interessante para o desenvolvimento sustentável. Conforme Candeira,

O princípio do desenvolvimento sustentável é uma combinação de diversos elementos ou princípios: a integração da proteção ambiental e o desenvolvimento econômico (princípio da integração); a necessidade de preservar os recursos naturais para o benefício das gerações futuras (equidade intergeracional); o objetivo de explorar os recursos naturais de forma sustentável (uso sustentável) e, por último, o uso equitativo dos recursos (equidade intrageracional)<sup>18</sup>.

Dessa forma, desenvolvimento sustentável é uma forma de integrar o meio ambiente, o grupo social e o desenvolvimento econômico, visando a tutela ambiental e o crescimento econômico dos países, levando em consideração a inclusão social. Após essa breve menção acerca da tutela ambiental e do desenvolvimento sustentável, passa-se no tópico a seguir a expor sobre a importância do desenvolvimento sustentável para a efetivação da proteção ambiental. Ainda, mencionar-se-á as contribuições advindas dos princípios da precaução, prevenção e poluidor

---

<sup>15</sup> GIALDINO, Carlo Curti. **L'unione Europea Ed Il Principio Dello Sviluppo Sostenibile**. p. 01.

<sup>16</sup> VAN HESS, Sander R. W. **Sustainable Development in the EU: redefining and operationalizing the concept**. In: Utrecht Law Review, Hein Online, 10Utrecht L. Rev.. 60 2014. Disponível em: <http://www.utrechtlawreview.org/> Volume 10, Issue 2 (May) 2014 / URN:NBN:NL:UI:10-1-115828 I. Acesso: 26 jun. 2015, p. 60.

<sup>17</sup> VAN HESS, Sander R. W. **Sustainable Development in the EU: redefining and operationalizing the concept**. In: Utrecht Law Review, Hein Online, 10Utrecht L. Rev.. 60 2014. Disponível em: <http://www.utrechtlawreview.org/> Volume 10, Issue 2 (May) 2014 / URN:NBN:NL:UI:10-1-115828 I. Acesso: 26 jun. 2015, p. 62.

<sup>18</sup> CANDEIRA, Alejandro Lago. **Principios Generales de Derecho Ambiental**. Diccionario de Derecho Ambiental. Madri : Iustel. Portal Derecho, 2006, p. 985.

pagador, favorecendo a missão da educação ambiental de conduzir a sociedade ao consumo consciente e sustentável.

## 2. O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL PARA A EFETIVAÇÃO DA TUTELA AMBIENTAL

É inegável que nos últimos anos, o meio ambiente tem sido o foco das atenções, devido a exploração incessante do ser humano que está causando a exaustão e degradação do meio ambiente. Os motivos que causam essa destruição consistem em razões de cunho econômico, político, demográfico. Uma alternativa para atrelar esforços para inibir e fazer com que a sociedade em geral reflita sobre a importância de proteger o meio ambiente se deu através da Conferência de Estocolmo sobre o Ambiente Humano de 16 de Junho 1972 e Conferência do Rio de Janeiro sobre Ambiente e Desenvolvimento<sup>19</sup>.

Assim, estas Conferências mostraram que os problemas ambientais ultrapassam fronteiras e não se limitam ao território nacional, nascendo delas a importância do termo desenvolvimento sustentável. Este tipo de desenvolvimento valoriza o desenvolvimento econômico e a proteção do meio ambiente, de modo que os entes estatais tenham crescimento econômico, mas respeite-se a natureza, espaço vital do ser humano.

Além disso, a Conferência de Estocolmo estabeleceu aos Estados-Membros a obrigação de assegurar que as atividades que ocorrerem em seus territórios não danificassem o meio ambiente. Em decorrência disso, quando se trata de desenvolvimento sustentável, deve-se compreender que é um modelo de desenvolvimento que abrange fatores econômicos, sociais, culturais, favorecendo o desenvolvimento das nações sem agredir o meio ambiente, lutando pela pobreza e pela inclusão social. Importante contribuição acerca das Conferências de Estocolmo e do Rio é trazida por Pepe,

In questo senso è bene evidenziare come la Conferenza di Stoccolma sull'ambiente umano del 16 giugno 1972 e la Conferenza di Rio de Janeiro su ambiente e sviluppo del 14 giugno del 1992, convocate entrambe dalle Nazioni Unite, abbiano determinato una svolta decisiva, sensibilizzando gli Stati in materia di tutela dell'ambiente e favorendo l'elaborazione di leggi nazionali e la stipulazione di trattati internazionali (2). Le dichiarazioni conclusive delle due Conferenze, in quanto dichiarazioni di principi, non hanno un'efficacia giuridica direttamente vincolante, sono però il risultato di un lungo processo negoziale portato avanti su scala universale. Alcuni principi in esse contenuti possono essere considerati norme di diritto internazionale consuetudinario; altri evidenziano nuove tendenze

---

<sup>19</sup> PEPE, Vincenzo. **Lo Sviluppo Sostenibile Tra Diritto Internazionale E Diritto Interno**. Riv. giur. ambiente, fasc.2, 2002, pag. 209. Disponível em: <[http://www.academia.edu/10511339/Uno\\_sviluppo\\_sostenibile\\_cardine\\_della\\_normativa\\_ambientale\\_moderna](http://www.academia.edu/10511339/Uno_sviluppo_sostenibile_cardine_della_normativa_ambientale_moderna)>. Acesso em: 29 jun. 2015.

evolutive del diritto internazionale dell'ambiente; infine, altri rappresentano l'unico punto di convergenza che sia stato possibile realizzare, fino ad ora, nei rapporti tra Nord-Sud.<sup>20</sup>

Diante disso, verifica-se que a Conferência de Estocolmo e a Conferência do Rio significaram a união de dois fatores resumidos pela frase desenvolvimento sustentável, referindo-se a interação do crescimento econômico e respeito ao meio ambiente, mantendo o desenvolvimento em um nível compatível com as necessidades do homem e da natureza.

Já com a Agenda da Conferência Rio 21, conciliando as diferentes políticas de responsabilidade econômica, social e ambiental e do desenvolvimento econômico, visando assegurar um desenvolvimento compatível com a tutela dos recursos naturais, zelando pela qualidade de vida das gerações futuras. Com esta Conferência, buscava-se propiciar o acesso à informações ambientais pregando a sustentabilidade, bem como almejava-se que a proteção ambiental não ficasse restringida a leis e regulamentos. Para Pepe, a Agenda da Conferência Rio 21:

Uno dei frutti della Conferenza di Rio è l'*Agenda 21*, programma internazionale di azione per uno sviluppo globalmente sostenibile, lanciato in vista dell'ultimo decennio del XX secolo e calato nella prospettiva del XXI secolo. In esso s'insiste nella necessità di armonizzare le varie politiche in materia economica, sociale ed ambientale e di responsabilizzare lo sviluppo economico in modo da renderlo compatibile con la protezione delle risorse naturali nell'interesse delle generazioni future. Un tale programma globale di cambiamento in grado di rivoluzionare il rapporto tra ambiente e sviluppo non deve esaurirsi nella produzione di leggi e regolamenti, ma deve poggiare anche su prezzi, incentivi economici e correttivi fiscali, quali strumenti adatti a svolgere un ruolo non marginale nel formare comportamenti ecologicamente corretti. Gli esempi più conosciuti e teorizzati di questo nuovo approccio con il mondo della natura sono il principio "*chi inquina, paga*" e quello che estende l'obbligazione al "*consumatore*" di risorse naturali<sup>21</sup>.

Nesse sentido, a Agenda 21 constitui uma Conferência muito significativa para incentivar a comunidade, tanto a nível nacional como internacional, acerca da importância de instituir o desenvolvimento sustentável como uma meta a ser alcançada, isto é, desenvolver-se economicamente sem danificar o meio ambiente. Importa referir que somente é possível chegar ao desenvolvimento sustentável através da proteção ambiental e, para auxiliar este desenvolvimento há alguns vetores principiologicos como o princípio da prevenção, princípio da precaução e princípio do poluidor-pagador, que visam efetivar a tutela ambiental.

Além disso, estes princípios buscam auxiliar na prevenção da destruição ambiental,

---

<sup>20</sup> PEPE, VICENZO. *Lo Sviluppo Sostenibile Tra Diritto Internazionale E Diritto Interno*. p. 210.

<sup>21</sup> PEPE. *Lo Sviluppo Sostenibile Tra Diritto Internazionale E Diritto Interno*. p. 210, grifo do autor.

prevenção esta aceita no universo jurídico em níveis nacionais e internacionais. Por esta razão, passa-se a exposição destes princípios que corroboram para proteção e incentivo da sustentabilidade ambiental no planeta. Cabe lembrar que os princípios da prevenção, precaução e princípio do poluidor-pagador compõem os princípios universais do Direito Ambiental, sendo em sua maioria originários de tratados internacionais referentes ao meio ambiente, encontrando-se inseridos nas legislações de Estados preocupados com a tutela ambiental. No entendimento de Sadeller:

[...] o status no Direito Internacional de três princípios de Direito Ambiental – o princípio do poluidor-pagador, o princípio da prevenção e o princípio da precaução – que são de grande relevância para o desenvolvimento do Direito Internacional. [...] de um ponto de vista epistemológico, podemos afirmar ainda que os três princípios representam diferentes modelos de pensamento: o princípio “poluidor-pagador” espelha um modelo curativo, caracterizando o estágio inicial da política ambiental; o princípio da prevenção aumenta a intervenção do Estado com vista a limitar a ocorrência de danos ambientais; e o princípio da precaução reflete um modelo antecipatório, cuja emergência pode ser rastreada até o desencadeamento com a cultura científica clássica.<sup>22</sup>

Assim, observa-se que a tutela ambiental é uma questão importantíssima, de suma relevância para os Estados e, por isso, torna-se uma responsabilidade compartilhada entre os organismos internacionais, entre a sociedade para zelar por esse bem tão precioso, o meio ambiente, de modo a garantir um ambiente sadio às futuras gerações.

No tocante ao princípio da prevenção, depreende-se a obrigação de tomar atitudes que inibam a ocorrência do dano, isto é, medidas antecipatórias. Em decorrência deste vetor principiológico, observa-se o dever estatal de tutelar o meio ambiente sadio. Em virtude disso, prevenir significa reduzir um impor barreiras para evitar o risco de danificações futuras.<sup>23</sup> Conforme Leite e Ayala, o princípio da prevenção necessariamente: “[...] implica um mecanismo antecipatório do modo de desenvolvimento da atividade econômica, mitigando e avaliando os aspectos ambientais negativos, exigindo uma atuação de todos os setores da sociedade cabendo ao Estado criar instrumentos normativos e política ambiental preventiva [...]”<sup>24</sup>.

Não unicamente isso, mas o princípio da prevenção vem impulsionando a construção de uma política ambiental comunitária, que nas palavras de Kramer “a melhor política ambiental

---

<sup>22</sup> SADELEER, Nicola. Comentários sobre o status do Direito Internacional de três princípios ambientais. VARELLA, Marcelo D.; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (Org.). **Proteção Internacional do Meio Ambiente**. Brasília: Unitar; Uniceub; UNB, 2009, p. 35.

<sup>23</sup> NOSCHANG, Patricia Grazziotin. **Responsabilidade por dano ambiental na União Europeia**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013. p. 74.

<sup>24</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 54-55.

consiste em prevenir a poluição e suas origens, ao invés de tentar conter seus efeitos posteriores”.<sup>25</sup>

Nesse princípio, Alvarenga afirma que as questões ambientais referem-se tanto as pessoas como ao Poder Público, onde o dever de proteger a natureza é imprescindível para a vida futura da humanidade, razão pela qual esse tema está tutelado Constitucionalmente, e quando a ciência aponta incertezas em se tratando de proteção ambiental, busca-se então promover ações concretas para coibir a devastação ambiental<sup>26</sup>.

Dessa maneira, constata-se no tocante ao meio ambiente, há diversos campos do saber que podem dirigir-se a tutela do ecossistema ambiental, especialmente a própria ciência. No entanto, nem sempre será possível obter soluções que inibam a ocorrência de danos ambientais. Todavia para Antunes, conceitua-se o princípio da prevenção como:

Um princípio muito próximo do princípio da precaução, embora não se confunda com aquele. O princípio da prevenção aplica-se a impactos ambientais já conhecidos e que tenham uma história de informações sobre eles. É o princípio da prevenção que informa tanto o licenciamento ambiental como os próprios estudos de impacto ambiental. Tanto um como outro são realizados sobre a base de conhecimentos já adquiridos sobre uma determinada intervenção no ambiente. O licenciamento ambiental, como principal instrumento de prevenção de danos ambientais, age de forma a prevenir os danos que uma determinada atividade causaria ao ambiente, caso não tivesse sido submetida ao licenciamento ambiental<sup>27</sup>.

Embora alguns doutrinadores apontem semelhanças entre os princípios do princípio da precaução e da prevenção, frisa-se que eles não se misturam, havendo peculiaridades no princípio da precaução. Logo, o princípio da prevenção constitui-se como o instrumento mais viável para prevenir os danos que poderão lesar o meio ambiente. Passa-se a exposição acerca do princípio da precaução, princípio importantíssimo para a tutela ambiental e muito valorizado pela Comunidade Europeia.

O princípio da precaução foi primeiramente definido na Convenção de Bamako, antes da Conferência do Rio 92, princípio que foi impulsionado da atenção e preocupação internacional com o meio ambiente. Este princípio passa a integrar o ordenamento jurídico comunitário através do Tratado de Maastricht em 1992. No que concerne a Convenção de Bamako, salienta-se que ela

---

<sup>25</sup> KRAMER, Ludwig. **The Genesis of EC Environmental Principles**. Research Papers in Law. Brussels College of Europe, 2003, p. 9.

<sup>26</sup> ALVARENGA, Paulo. **Proteção jurídica do meio ambiente**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005, p. 39.

<sup>27</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris LTDA. 6. ed., rev., ampl. e atual., 2002, p. 36.



se referia ao transporte transfronteiriço de rejeitos tóxicos no continente africano<sup>28</sup>. Importa mencionar que o princípio da precaução é apontado no princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro de 1992, expresso informalmente, mas que apresentar em seu teor:

Com o fim de proteger o meio ambiente, os Estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreparável, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para se adiar a adoção de medidas eficazes em função de custos para impedir a degradação do meio ambiente<sup>29</sup>.

Frisa-se que, no momento de aplicar esse princípio deve haver a observância da legislação ambiental de cada ente estatal e, nos casos que houver a omissão do Estado no que concerne aos riscos, não caberá isenção por responsabilidade das lesões ao meio ambiente, de modo que este princípio contribui para o desenvolvimento sustentável. Segundo Derani, “[...] a política ambiental desenvolve-se em normas não rigidamente divididas em uma determinada ordem do Direito Ambiental. Normas que denotam uma prática sustentável de apropriação de recursos naturais [...]”.<sup>30</sup>

Veja-se que o princípio da precaução envolve questões políticas e econômicas, de maneira que ele altera a atividade econômica e corrobora para o desenvolvimento sustentável. Consequentemente, este princípio acarreta à proibição de utilização de substâncias danosas a natureza. Aragão ilustra que o princípio da precaução é uma ação racional e científica de proteger o meio ambiente, erigida com o intuito de “responsabilidade para o futuro”.<sup>31</sup>

O princípio da precaução almeja proteger o meio ambiente do potencial danoso resultante das atividades industriais, agrícolas, enfim, do conjunto de ações humanas que interferem na natureza. Em decorrência disso, por este princípio entende-se:

O princípio da precaução permite reagir rapidamente face a um possível risco para a saúde humana, animal ou vegetal, ou quando necessário para a protecção do ambiente. Na realidade, caso os dados científicos não permitam uma avaliação completa do risco, o recurso a este princípio permite, por exemplo, impedir a distribuição ou mesmo retirar do mercado produtos susceptíveis de serem perigosos.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> SCHONARDIE, Elenise Felzke. **Dano ambiental**: omissão dos agentes públicos. Passo Fundo: UPF, 2003, p. 81.

<sup>29</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Coletânea de Direito Internacional**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 1.115.

<sup>30</sup> DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental econômico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 150.

<sup>31</sup> ARAGÃO, Alexandra. **Princípio da Precaução**: manual de instruções. RevCEDOUA. Coimbra: Coimbra Editora, n. 22, ano XI, 2010, p. 15.

<sup>32</sup> EUR-LEX, Sínteses da legislação da EU. **PRINCÍPIO DE PRECAUÇÃO**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:l32042>>. Acesso em: 16 jul. 2015. p. 01.

Diante disso, verifica-se que a Comunidade Europeia estabeleceu ônus as instalações industriais, visando reduzir os impactos decorrentes das industriais, sejam elas agrícolas ou não. Reside, neste aspecto, uma forma de política pública que tutela a natureza, pois reduzindo a quantidade de gases poluentes lançados na atmosfera, já é uma grande atitude para alterar essa destruição irreparável que vem se presenciando no mundo.

A União Europeia (UE) definiu as obrigações a cumprir pelas actividades industriais e agrícolas de forte potencial poluente. Para tal, estabeleceu um procedimento de licenciamento dessas actividades e definiu exigências mínimas a incluir em todas as licenças, nomeadamente em termos de emissões de substâncias poluentes. O objectivo é evitar ou reduzir as emissões poluentes para a atmosfera, a água e o solo, bem como os resíduos provenientes das instalações industriais e agrícolas, de modo a alcançar um nível elevado de protecção do ambiente<sup>33</sup>.

O princípio da precaução adentra na tutela ambiental de diversas formas: na senda alimentar, agrícola, industrial, econômica protegendo o meio ambiente, consistindo em uma responsabilidade compartilhada da sociedade e dos entes estatais, seja no âmbito nacional como internacional, para garantir um meio ambiente sadio às futuras gerações. Em virtude disso, aponta Monaco que:

Anche in materia di legislazione alimentare, settore in cui il principio di precauzione ha assunto un ruolo di particolare rilievo, si prevede espressamente che le misure di gestione del rischio, dirette a garantire un elevato livello di tutela della salute, debbano essere proporzionate e prevedere le sole restrizioni al commercio necessarie per raggiungere quel livello di tutela, tenendo conto anche della realizzabilità tecnica ed economica.<sup>34</sup>

Corroborando com a preservação ambiental, há ainda o princípio do poluidor-pagador, o qual se extrai a incumbência do indivíduo assumir as despesas dos possíveis danos ambientais que possa acarretar à natureza. Consequentemente, os indivíduos serão responsabilizados pelos danos causados ao meio ambiente. Em razão disso, a responsabilidade pelos prejuízos na esfera ambiental atribuir-se-á ao agente poluidor, e toda a despesa decorrente a lesão ambiente será imposta ao indivíduo que provocou a degradação do meio ambiente.<sup>35</sup>

Assim, a responsabilidade de custear os danos ambientais atribui-se ao agente poluidor surge como uma sanção e meio de alertar a sociedade acerca da necessidade de zelar pelo ambiente, de modo que ao cobrar as lesões cometidas à natureza, inibe-se a ocorrência de danos

---

<sup>33</sup> EUR-LEX, Sínteses da legislação da EU. **PRINCÍPIO DE PRECAUÇÃO**. p. 01.

<sup>34</sup> **MONACO, Giuseppe. Dal Consiglio di Stato quasi un "decalogo" sull'applicazione del principio di precauzione. In: Urbanistica e appalti: Rassegna di edilizia, urbanistica, espropriazioni, appalti e lavori pubblici. 2014, n. 5, p. 551.**

<sup>35</sup> MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. Prefácio à 5. ed. Ada Pelegrini Grinover. 5. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 34.

ambientais. Nesse sentido, em especial, com o auxílio destes três princípios que vêm a contribuir para atitudes mais sustentáveis, espera-se alcançar um desenvolvimento sustentável, aliando aspectos sociais e econômicos, buscando uma melhor qualidade de vida às pessoas. Além disso, a partir de atitudes mais voltadas ao desenvolvimento sustentável e a preservação ambiental, é possível educar os indivíduos para a preservação do meio ambiente e conduzi-lo ao consumo sustentável.

### **3. A EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO FORÇA PROPULSORA PARA O CONSUMO SUSTENTÁVEL**

A proteção ambiental é um tema importantíssimo, e deve ser amparado pelas jurisdições de todos os entes estatais do planeta, já que é um bem comum, patrimônio da humanidade, indispensável para a existência de vida no globo terrestre. Além disso, o meio ambiente caracteriza-se como uma garantia fundamental, o que resulta na responsabilidade aos entes estatais e a comunidade de tutela e preservação ambiental.

Convém ressaltar que o modo mais viável de coibir a devastação do meio ambiente ocorre através da educação ambiental. Em virtude disso, a educação para uma consciência ambiental beneficia toda a humanidade, e especialmente a natureza, visto que a tutela ambiental impedirá a extinção da vida no planeta.

Importa referir que com a adoção de políticas públicas voltadas a educação ambiental, nasce grandes chances de inibir os danos ambientais e ensinar a maneira mais viável de fazer uso deste patrimônio, pois se o ser humano não mudar a sua forma de usufruir dos recursos naturais presenciar-se-á a exaustão dos recursos naturais e isso abalará a sobrevivência das espécies vivas na terra.

A educação ambiental contribui para a conscientização de jovens e crianças, da necessidade em tutelar o meio ambiente, reflitam sobre suas atitudes, de modo a alterar suas ações danosas e caminhar em prol da preservação ambiental. Destaca-se que se os seres humanos não alteraram as suas atitudes, os recursos naturais ficaram escassos, pois há um consumo desenfreado, onde os indivíduos cada vez adquirem mais produtos, muitos dos quais nem precisam para a sua sobrevivência. Dessa maneira, surge a importância da educação sobre o meio ambiente, como uma forma de evitar a ocorrência de danos ambientais irreparáveis. Neste sentido, Schonardie compreende que:

Por meio da educação ambiental será possível corrigir os adultos que fazem pouco caso, ou até mesmo desconhecem, da necessidade de equilíbrio ambiental e também garantir a conscientização das crianças e dos jovens, demonstrando-lhes a importância de sua participação na proteção do meio ambiente, como uma maneira de garantir que os atuais e os futuros agentes públicos (pessoas comuns – do povo) encarregados da tutela ambiental passem a agir com o maior zelo possível, pois serão conhecedores da realidade e das necessidades do meio ambiente no qual atuam como sujeitos de direitos e, sobretudo, de obrigações<sup>36</sup>.

Em decorrência disso, observa-se a importância de ensinar à todos do grupo social, independente de faixa etária, que a educação ambiental é a forma mais adequada e viável para tutela da natureza, bem como a educação para o ambiente consiste em um instrumento fundamental que os Entes Estatais, no âmbito nacional e internacional, podem recorrer com o intuito de zelar e preservar a esfera ambiental.

Neste cenário, denota-se a importância da população ter acesso à informações ambientais, pois isso favorecerá a conscientização das pessoas sobre a necessidade de proteger o meio ambiente. Frisa-se que o acesso à informação é um princípio de suma relevância para a tutela ambiental, tanto no âmbito nacional através do princípio da participação e acesso à informação, previsto na Constituição Federal, no artigo 225, 1º, VI, como no cenário internacional, através da Convenção de Aarhus, como demonstra Ligugnana ao fazer menção que:

La Corte di giustizia ha avuto, negli ultimi mesi, alcune occasioni di pronunciarsi su taluni aspetti dei procedimenti ambientali che interessano in particolare le tre direttrici fondamentali della Convenzione di Århus e cioè la partecipazione del pubblico a detti procedimenti, l'accesso alle informazioni ambientali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale<sup>37</sup>.

Assim, o acesso a informações ambientais incentiva a população a zelar pela preservação ambiental, pois as pessoas passarão a refletir mais sobre suas atitudes e atentarão para a tutela do meio ambiente. No ordenamento jurídico as questões ambientais são amplamente discutidas, em especial a importância do acesso à informações ambientais. Vale afirmar que a Lei de Política Nacional de Educação Ambiental descrita sob o nº 9.795/99, traz os objetivos fundamentais da Educação Ambiental, entre os quais aponta-se o incentivo à participação da sociedade nos processos de preservação ambiental, bem como a necessidade de democratizar as informações ambientais, de modo que a sociedade em geral tenha acesso a elas.

Ainda, constata-se que através do acesso à informação o grupo social tenderá a ter maiores

---

<sup>36</sup> SCHONARDIE. **Dano ambiental**: omissão dos agentes públicos. p. 63.

<sup>37</sup> LIGUGNANA, Giovanna. Tutela Ambientale E Convenzione Di Århus In Tre Sentenze Della Corte Di Giustizia U.E. DEL 2013. In: **Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario**, fasc.1, Lussemburgo: Corte di Giustizia, 2014, pag. 273.

cuidados com a natureza, sabendo que os recursos naturais podem findar-se, caso não haja mudança de hábitos. Todavia, para que as informações ambientais sejam difundidas à comunidade, é importante que os Entes Estatais encontrem alternativas viáveis, e é nesse instante que conscientizar as pessoas para um consumo consciente através da educação para o meio ambiente surge como o principal mecanismo a ser adotado pelo Poder Público. Consoante Sirvinskas, a educação para o meio ambiente:

[...] está relacionada principalmente ao consumo consciente (consumo sustentável). O cidadão deve adquirir produtos realmente necessários e de empresas comprometidas com o meio ambiente. Deve ter consciência de que os recursos ambientais são finitos. Por causa disso, todos nós precisamos praticar condutas diárias de racionalização desses recursos, tais como energia, água, etc. São mediante mudanças de hábitos que o a população passa a colaborar com o meio ambiente de maneira eficaz<sup>38</sup>.

Evidencia-se que a educação ambiental almeja conscientizar os indivíduos que o consumo sustentável é um caminho para impedir que os recursos naturais tornem-se escassos, favorecendo a adoção de novas condutas referentes à proteção ambiental. Todavia, para que o grupo social conscientize-se que consumir conscientemente é imprescindível para proteger o meio ambiente, é necessária a adoção de programas de educação ambiental dirigidos ao sistema de ensino dos entes estatais. Observa-se essa conscientização para tutela ambiental nas instituições de ensino da Itália, que a educação ambiental ocorre desde as séries iniciais<sup>39</sup>.

Consequentemente, torna-se importantíssimo que haja investimentos dos entes estatais direcionando a criação de programas educacionais sérios que corroborem conduzir as crianças e jovens sobre o consumo sustentável. Assim, educando as crianças e jovens ao consumo adequado, forma-se uma geração mais consciente, menos poluidora ambiental, menos endividada financeiramente.

Segundo o Jornal Zero Hora, os brasileiros estão cada vez mais conscientes na hora de consumir, o que mostra que uma parcela da população compreende que progredir não está relacionado à maior aquisição de bens, mas sim na qualidade destes produtos adquiridos.<sup>40</sup> Entretanto, os brasileiros não se encontram no mesmo grau de consumo sustentável que os

---

<sup>38</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>39</sup> PORENA, Daniele. **Constitutional protection of the environment: evolution in europeu between anthropocentrism and ecocentrism. The italian case**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, V. 5, n. 1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: <www.univali.br/direito epolitica-ISSN 1980-7791>. p. 299.

<sup>40</sup> ZERO HORA. **Brasileiro está cada vez mais consciente ao comprar**. Rio Grande do Sul. 2015. Publicado: sexta-feira. 17 de julho de 2015. p. 35.

européus. Contudo, o que ocorre no Brasil é que produtos voltados à preservação ambiental, mais corretos, possuem um preço bem mais elevado, se comparado com um bem que não atende aos cuidados de preservação ambiental.

No entanto, faz-se imperioso que o grupo social se conscientize que consumir em exagero impõe risco ao planeta e a própria sociedade, despertando para o fato de que as mudanças climáticas, tais como enchentes, tornados, derretimentos das calotas polares, já estão acontecendo. O maior problema disso, é que está havendo uma destruição ambiental irreversível, que ameaça o futuro da humanidade.

Presencia-se o momento em que chegou a hora da sociedade priorizar a sustentabilidade nas aquisições, buscando engajar-se social e ambientalmente, pois quando maior for o consumo, mais materiais serão descartados em aterros sanitários, podendo contaminar lençóis freáticos. Além disso, muitos materiais que são descartados demoram milhões de anos para a decomposição, caso não sejam reciclados, o que contribui para a poluição ambiental.

Fica evidente que os Entes Estatais devem intervir nas questões ambientais, e encontrar alternativas para inibir a ocorrência de danos ambientais. Entretanto, ao passo que se faz necessário tutelar e preservar a natureza, também há o dever de amparar a sociedade, que precisa intimamente dos recursos oferecidos pelo meio ambiente. Constata-se então, que ao fornecer educação aos indivíduos, possibilita-se a transformação de pensamentos e atitudes em relação ao meio ambiente, e incentiva-se a sociedade a consumir conscientemente..

No entanto, para ocorrer essa mudança de hábito na sociedade, é imprescindível investimentos em políticas públicas dirigidas à educação para o meio ambiente. Argumenta Garcia que: “sem dúvida, a nosso ver, somente a educação e as políticas públicas da educação ambiental poderão transformar mentalidades e atitudes”.<sup>41</sup>

Assim, a educação ambiental deve ser voltada ao consumo sustentável, de modo que as pessoas respeitem-se e abandonem velhas atitudes, pensando no bem-estar das próximas gerações, pois como será possível falar em qualidade de vida, se não há um meio ambiente sadio? Logo, se a educação para o meio ambiente for fundada em valores éticos, sociais e solidários haverá chances de alterar esse quadro de acontecimentos ambientais catastróficos vivenciados

---

<sup>41</sup> GARCIA, Maria. Educação ambiental: do “forno a lenha” às políticas públicas do meio ambiente. In **Políticas públicas ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur/ coordenação Clarissa Ferreira Macedo D’Isep, Nelson Nery Junior, Odete Nedauar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 398.

pela sociedade.

Contudo para haver a transmissão de informações ambientais protetivas aos indivíduos é necessária a injeção de investimentos dos entes estatais, para inibir a escassez dos recursos naturais em diversos setores, sejam na educação, em meios de comunicação tais como jornais, rádios, atentando para uma sociedade que valorize o consumo consciente e reflita que comprar em excesso constitui uma ameaça ao planeta. De outro lado, presencia-se haver a preocupação com a desigualdade social vivenciada na sociedade, que muitas vezes, é fruto do ato do consumo exacerbado, onde as pessoas só pensam em adquirir bens e acaba comprometendo todo o seu orçamento, além de prejudicar o hábitat ambiental.

Por ser uma ferramenta imprescindível para a tutela ambiental, a educação voltada ao consumo sustentável mostra-se como a alternativa mais viável para inibir a destruição ambiental. Em decorrência disso, faz-se de suma importância que os Estados invistam recursos financeiros na educação ambiental voltada ao consumo consciente para preservação do meio ambiente.

Diante disso, reside a necessidade sublime da educação para o meio ambiente voltada ao consumo sustentável, da qual os entes estatais devem oferecer à sociedade, mesmo que isso resulte em investimentos de valor financeiro elevado, objetivando fazer com que as pessoas reflitam sobre a importância de consumir conscientemente e tutelar o meio ambiente, com o intuito de assegurar a continuidade de vida na terra.

Presencia-se assim, que a educação ambiental para o consumo sustentável constitui um dever de todos países, tanto no âmbito nacional como internacional, pois é a melhor alternativa para preservar e zelar pela natureza, garantindo a sobrevivência de todas as espécies vivas e podendo, inclusive reduzir a desigualdade social e econômica existente na sociedade, muitas vezes, decorrente do consumo exacerbado.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O meio ambiente é um bem comum, patrimônio da humanidade, essencial para a sobrevivência de todas as espécies vivas que habitam o planeta, sendo essencial que o habitat ambiental seja preservado para haver um meio ambiente sadio às futuras gerações. Todavia, a sociedade apresenta atitudes voltadas ao consumo exacerbado e isso prejudica o meio ambiente, bem como contribui para a desigualdade social e econômica.

Neste sentido, a educação ambiental e o princípio do desenvolvimento econômico surgem como agentes propulsores o consumo sustentável e, conseqüentemente, para a proteção ambiental. Contudo, para a educação ambiental surtir resultados positivos, faz-se necessário que os entes estatais invistam recursos financeiros em várias áreas tais como nas escolas, nos meios de comunicação, como jornais, revistas, emissoras de rádio, de modo a incentivar a população a modificar suas atitudes e voltar-se ao consumo sustentável e a tutela ambiental.

Sabe-se que o desenvolvimento sustentável é uma ferramenta imprescindível para a preservação ambiental, pois através dele une-se economia, justiça, meio ambiente e visa-se melhorar a qualidade de vida do planeta, bem como proteger o meio ambiente. Além disso, a questão ambiental já é fortemente debatida na maioria dos países, em especial nos entes estatais que compõe a Comunidade Europeia e no Brasil.

No entanto, embora a proteção ambiental não seja assunto recente, pois foi imensamente debatida em Conferência como a Conferência Rio+20, Conferência de Estocolmo, Protocolo de Kyoto, Conferência de Aarhus, Tratado de Maastricht, observa-se muitas atividade humanas que degradam o meio ambiente, tais como o ato de consumo exacerbado, que acaba pondo em risco o planeta.

Assim, a educação ambiental voltada ao consumo consciente nasce como uma solução para inibir a ocorrência de danos ambientais irreparáveis e irreversíveis. Dessa maneira, com atitudes dirigidas aos consumo sustentável tem-se uma sociedade mais engajada nas questões ambientais e sociais havendo maior zelo com o meio ambiente.

Entretanto, faz-se necessário que a população tenha acesso á informações ambientais, para ter ciência sobre as condições ambientais e, até mesmo exigir soluções para danos cometidos no meio ambiente. Além disso, por meio do acesso à informação, torna-se possível reduzir a destruição ambiental e buscar alternativas reparadoras para os danos cometidos pelo homem, bem como cobrar a observância de princípios como do poluidor-pagador, da precaução e prevenção.

Diante disso, com a educação ambiental dirigida ao consumo sustentável, conscientizando à sociedade acerca da importância de tutelar o meio ambiente, torna-se possível assegurar às futuras gerações um habitat ambiental saudável e, preservar a sobrevivência das espécies vivas no planeta, garantindo uma melhor qualidade de vida e bem-estar a toda a sociedade em geral.



## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ACCONCI, Pia. La “green economy” e la realizzazione dei diritti dell’uomo alla base dello sviluppo sostenibile. In: **Diritti Umani e Diritto Internazionale**. Milano: FrancoAngeli. Vol. 6, n. 3. 2012.

ALVARENGA, Paulo. **Proteção jurídica do meio ambiente**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2005.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris LTDA. 6. ed., rev., ampl. e atual., 2002.

ARAGÃO, Alexandra. **Princípio da Precaução**: manual de instruções. RevCEDOUA: Coimbra. n. 22, ano XI, 2010.

BRASIL, **Vade Mecum Saraiva**: obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 15. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANDEIRA, Alejandro Lago. **Princípios Generales de Derecho Ambiental**. Diccionario de Derecho Ambiental. Madri : Iustel. Portal Derecho, 2006.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental econômico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

EUR-LEX, Sínteses da legislação da EU. **Prevenção e controlo integrados da poluição (até 2013)**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:l28045>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Sínteses da legislação da EU. **Princípio de Precaução**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:l32042>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

GARCIA, Maria. Educação ambiental: do “forno a lenha” às políticas públicas do meio ambiente. In: **Políticas públicas ambientais**: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur/ coordenação Clarissa Ferreira Macedo D’Isep, Nelson Nery Junior, Odete Nedauar. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GIALDINO, Carlo Curti. **L’unione Europea Ed Il Principio Dello Sviluppo Sostenibile**. Relazione presentata al Seminario di 2° livello organizzato dal Ministero della Pubblica Istruzione e dalla Regione Veneto sul tema “Costituzione italiana, integrazione europea e sviluppo sostenibile”, Venezia, Isola di San Servolo, 22-24 ottobre 2007.

HARVEY David. **Condição Pós- Moderna**. 5. ed. São Paulo: Loyola, 1992.

KRAMER, Ludwig. **The Genesis of EC Environmental Principles**. Research Papers in Law. Brussels College of Europe, 2003, p. 9.

IANNI, Octavio. **A era do globalismo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

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

LIGUGNANA, Giovanna. Tutela Ambientale E Convenzione Di Århus In Tre Sentenze Della Corte Di Giustizia U.E. DEL 2013. In: **Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario**, fasc.1, Lussemburgo: Corte di Giustizia, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Coletânea de Direito Internacional**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. Prefácio à 5. ed. Ada Pellegrini Grinover. 5. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MONACO, Giuseppe. Dal Consiglio di Stato quasi un "decalogo" sull'applicazione del principio di precauzione. In: **Urbanistica e appalti: Rassegna di edilizia, urbanistica, espropriazioni, appalti e lavori pubblici**. 2014, n. 5.

NOSCHANG, Patricia Grazziotin. **Responsabilidade por dano ambiental na União Europeia**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2013.

PEPE, Vincenzo. **Lo Sviluppo Sostenibile Tra Diritto Internazionale E Diritto Interno**. Riv. giur. ambiente, fasc.2, 2002, pag. 209. Disponível em: <[http://www.academia.edu/10511339/Uno\\_sviluppo\\_sostenibile\\_\\_cardine\\_della\\_normativa\\_ambientale\\_moderna](http://www.academia.edu/10511339/Uno_sviluppo_sostenibile__cardine_della_normativa_ambientale_moderna)>. Acesso em: 29 jun. 2015

PORENA, Daniele. **Constitutional protection of the environment: evolution in europeu between anthropocentrism and ecocentrism. The italian case**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, Itajaí, V. 5, n. 1, 1º quadrimestre de 2010. Disponível em: [www.univali.br/direito\\_epolitica-ISSN-1980-7791](http://www.univali.br/direito_epolitica-ISSN-1980-7791).

\_\_\_\_\_. Uomo Ed Ambiente: cenni ai percorsi ed alle incertezze emerse nella difficile concettualizzazione dei rapporti giuridici. In: FEDERICI, Maria Caterina; ANSELMINI, Manuel; CAPPELLO, Sonja. **Animale Sociale e Homo Homini Lupus**. Perugia: Crisu. 2011. Disponível em:<[www.edizione-oge.com](http://www.edizione-oge.com)>. Acesso em: 20 jun. 2015.

RATTNER, Henrique. **Liderança para uma sociedade sustentável**. São Paulo: Nobel, 1999.

SADELEER, Nicola. Comentários sobre o status do Direito Internacional de três princípios ambientais. VARELLA, Marcelo D.; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (Org.). **Proteção Internacional do Meio Ambiente**. Brasília: Unitar; Uniceub; UNB, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHONARDIE, Elenise Felzke. **Dano ambiental: omissão dos agentes públicos**. Passo Fundo: UPF, 2003.

VAN HESS, Sander R. W. **Sustainable Development in the EU: redefining and operationalizing the concept**. In: Utrecht Law Review, Hein Online, 10Utrecht L. Rev.. 60 2014. Disponível em: <<http://www.utrechtlawreview.org>>. Volume 10, Issue 2 (May) 2014 / URN:NBN:NL:UI:10-1-115828 I. Acesso: 26 jun. 2015.

ZERO HORA. **Brasileiro está cada vez mais consciente ao comprar**. Rio Grande do Sul. 2015. Publicado: sexta-feira. 17 de julho de 2015.

# O DANO MORAL PUNITIVO E A APLICABILIDADE AOS DIREITOS DIFUSOS DO CONSUMIDOR COMO FORMA DE GARANTIR A SUSTENTABILIDADE DA SOCIEDADE DE CONSUMO

Ana Luiza Colzani<sup>1</sup>

Fábio Luiz Colzani<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva a análise da aplicabilidade do dano moral punitivo ao buscar uma alternativa ao atual molde de indenizações por dano moral, que, por medo do enriquecimento indevido do consumidor, acaba-se por beneficiar o ofensor, não lhe aplicando pena proporcional ao dano perpetrado.

Como forma de garantir a sustentabilidade da sociedade de consumo, busca-se auxiliar na construção de doutrina capaz de dissociar o caráter punitivo do ressarcitório do dano, para que o valor do primeiro seja destinado à sociedade e apenas o segundo ao indivíduo. Para tanto, é necessário que o Código de Defesa do Consumidor seja interpretado no viés social que exige a Constituição da República Federal do Brasil e com isso afastar o enriquecimento injusto, contemplando uma sociedade de consumo sustentável.

Desta forma, desenvolveu-se o artigo em três momentos: na primeira etapa serão destacadas as ideias gerais de proteção integral do consumidor como promoção da eficácia de seus preceitos.

A segunda parte pretende caracterizar o dano moral e sua vértice punitiva, tanto no Brasil como em perspectivas globais, através de institutos típicos do sistema *common law* e *civil law*.

E, finalmente, na terceira parte, estudar-se-á a atual aplicação dos danos morais em relações de consumo pelo judiciário brasileiro, bem como novas noções de aplicabilidade da

---

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ – UNIVALI. Bolsista no Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares – PROSUP – CAPES. Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Advogada. E-mail: luicolzani@gmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Ciência Jurídica pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ – UNIVALI. Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí. Advogado. E-mail: fabiocolzani@gmail.com

vértice punitiva do dano, como meio de sustentar o mercado de consumo pelo condicionamento dos valores aos Fundos de Direitos Difusos.

O relato dos resultados será metodologicamente composto na base lógica-indutiva<sup>3</sup>, enquanto que, para a pesquisa, serão utilizadas as técnicas do Referente<sup>4</sup>, da Categoria<sup>5</sup>, do Conceito Operacional<sup>6</sup> e da Pesquisa Bibliográfica<sup>7</sup>.

## 1. PROTEÇÃO INTEGRAL DO CONSUMIDOR

A sociedade contemporânea, caracterizada pelo rápido progresso tecnológico e científico, trouxe transformações em todas as esferas da vida.

Ainda que o paradigma da sociedade atual seja a defesa da qualidade de vida, que “protege simultaneamente tantos os modelos de mercados como os modelos sociais, enfatizando oportunidades pessoais no econômico junto com um compromisso conducente da criação de uma sociedade sustentável para todos os cidadãos”<sup>8</sup>; a “sociedade de risco” tão bem explicitada por Beck<sup>9</sup>, nos traz novas ameaças de ordem transnacional.

O medo não permeia somente o meio ambiente e as possíveis catástrofes naturais ou de interferência humana, mas também as mais diversas relações trazidas com os avanços sociais, aqui destacadas as de consumo.

O fundamental direito à privacidade dos dados fornecidos na era virtual, a questão dos transgênicos e a falta de informações dos produtos, são alguns exemplos que nos fazem acreditar que o consumidor está mais vulnerável do que nunca.

---

<sup>3</sup> **“MÉTODO INDUTIVO**: base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205.

<sup>4</sup> **“REFERENTE**: explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa. (...)” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática, p. 209.

<sup>5</sup> **“CATEGORIA**: palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia(sic).” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática, p. 197.

<sup>6</sup> **“CONCEITO OPERACIONAL [COP]**: definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias (sic)expostas.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática, p. 198.

<sup>7</sup> **“PESQUISA BIBLIOGRÁFICA**: Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” Conforme PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática, p. 207.

<sup>8</sup> REAL FERRER, Gabriel; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. **Sustentabilidade**: um novo paradigma para o direito. *Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 19, n. 4, p. 1433-1464, dez. 2014. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6712/3833>>. Acesso em: 04 Mai. 2015, p. 144.

<sup>9</sup> BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

O referencial de proteção da lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) não é aquele individualista, singular, próprio das relações de Direito Civil, mas de caráter difuso e transindividual, inerente às negociações e práticas comerciais do amplo mercado de consumo.

Como não se pode precisar quantos são os potenciais adquirentes e usuários de produtos e de serviços, bem como o alcance dos danos trazidos à sociedade, somente é possível alcançar a efetiva proteção do consumidor por meio de ação preventiva e coibitória em relação aos maus fornecedores.

Os contratos de consumo deveriam ser protegidos em face dos desafios da sociedade massificada, globalizada e informatizada atual, que prejudgam um provável desequilíbrio entre as partes<sup>10</sup>.

Os direitos do consumidor, surgidos no curso do século XX, frutos das transformações sociais e tecnológicas, são consagrados pela Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) como ditame básico da ordem econômica<sup>11</sup> e visam à harmonização das forças contratuais e extracontratuais, a fim de regular o justo equilíbrio dos direitos e das obrigações das partes.

Esta lei introduz a responsabilidade nas relações de consumo, primordialmente objetiva, sem necessidade de demonstração de culpa. Bastando, portanto, colocar no mercado produto ou serviço defeituoso para que nasça a obrigação de reparar o dano<sup>12</sup>.

Tendo o Código de Defesa do Consumidor (CDC) sido concebido com caráter interdisciplinar, criou ainda um microsistema jurídico, com normas de direito civil, comercial, administrativo, processual e penal, abrangendo tanto o direito privado quanto o público, o que a doutrina denominou de Direito Social<sup>13</sup>.

Essa característica de proteção integral ao consumidor em diversas áreas, objetiva promover a eficácia de seus preceitos. Sendo uma mesma conduta ilícita do fornecedor no mercado de consumo passível de sanções civis, administrativas e penais, uma sem prejuízo da

---

<sup>10</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Introdução ao direito do consumidor**. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2013, p. 47.

<sup>11</sup> Art. 5º, inciso XXXII e art. 170, inciso V.

<sup>12</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Fato do produto e do serviço**. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2013, p. 163.

<sup>13</sup> VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil, p. 236.

outra<sup>14</sup>.

Porém, temos no Brasil leis não respeitadas e preceitos fundamentais como normas de “eficácia limitada”, em que o jurista participa como mero reproduzidor do “já-sabido” Direito, do senso comum teórico, que para Streck<sup>15</sup>, é apontado como

[...] o véu do ser autêntico do Direito! Esse velamento pode ser (facilmente) detectado, e de vários modos, a começar pela inefetividade da Constituição (afinal, somos juristas pra quê?), a recorrente crise da justiça, a crônica morosidade e o problema do acesso à justiça, e a não implementação dos direitos sociais etc. Sinteticamente e sem maior esforço, [...], pela falta da função social do Direito.

Apesar de não ser novidade o viés de interesse difuso e as latentes discussões nas leis ambientais com essa temática, percebe-se que, quanto ao direito de consumidor, especialmente em análise jurisprudencial, há forte preponderância da concepção individualista.

Espera-se do judiciário não mais apenas a satisfação do dano individual. Pois, se há uma comunhão indivisível representada pelo direito difuso, a satisfação de um é a de todos, bem como a lesão de direito também pertence à coletividade.

## 2. DANO MORAL E SUA CARACTERÍSTICA PUNITIVA

### 2.1 Perspectivas internacionais

Historicamente temos duas grandes diferenciações na doutrina de danos<sup>16</sup> conforme o sistema em que está inserido: *common law* (representado principalmente pelos Estados Unidos da América) e *civil law* (aqui retratando os países europeus).

O primeiro é dualístico, tendo o dano, além do caráter ressarcitório, sua vértice punitiva. Esta é determinada como valor em dinheiro atribuído ao autor da ação civil que vai além do valor compensatório, definida por critérios de culpabilidade do violador dos direitos do requerente.

Além de punir o ofensor, pretende-se, com essa prática, defender não só a parte lesada que buscou através do judiciário ver seus direitos resguardados, mas também outros, de forma ampla na sociedade, de práticas similares.

---

<sup>14</sup> BESSA, Leonardo Roscoe. **Direito penal do consumidor**. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2013, p. 436.

<sup>15</sup> STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 425.

<sup>16</sup> GEORGIADES, Georgios. **Punitive damages in Europe and the USA**: doctrinal differences and practical convergence. Revue Hellenique de Droit International, 2005.

Já no sistema de *civil law* temos a tradição dos danos civis restritivamente reparadores, sendo o caráter punitivo delegado ao direito penal.

Enquanto o primeiro foca seus esforços em punir e desencorajar o transgressor, a orientação do segundo toma a perspectiva da vítima, colocando-a ao estado anterior, o qual se encontraria caso a conduta não tivesse ocorrido.

As duras críticas ao sistema de danos punitivos traz sementes das altas indenizações contra grandes cooperações americanas, o que trouxe impactos econômicos consideráveis; e a hoje chamada de “*punitive awards*”, algo como a loteria de danos, o que no Brasil chamados de indústria do dano moral.

Enquanto nossa legislação nacional parece não ter problemas em incorporar institutos, seja de qual sistema o for, a Europa Continental guarda grandes ressalvas aos danos punitivos.

Georgiades<sup>17</sup> ressalta que, apesar da Europa no último século negar o instituto do dano punitivo e o ter como algo impenetrável ao seu sistema, a tendência atual, com exemplo da Alemanha, tradicionalmente fechada a concepção de valoração da dor, é a volta do elemento de punição, porém, por vias transversas: inserido na fundamentação dos danos morais.

Outra tendência trazida pelo autor é não apenas o uso da punição como evolução argumentativa do judiciário, mas também pela via legislativa, como a recente introdução no sistema legal Europeu do instituto similar ao das Ações Civas Públicas, porém, com parâmetros diferentes das “*Class Actions*” americanas (como a limitação à legitimidade e ao âmbito de aplicação)<sup>18</sup>.

As ações coletivas de indenização devem ter por objetivo garantir a indenização dos danos relativamente aos quais se determinou terem sido causados por uma infração. As funções punitivas e dissuasora devem ser asseguradas pela coerção pública. Não há necessidade de as iniciativas da UE no domínio da tutela coletiva irem além do objetivo da compensação, as indemnizações punitivas devem ser excluídas do regime europeu de tutela coletiva<sup>19</sup>.

Já na Itália, o dano *esistenziale*, de cunho não patrimonial, passou a ser discutido nas cortes de *Cassazione Civile* em 2003, trazendo a perspectiva da vítima ao debate do “novo dano”, para,

---

<sup>17</sup> GEORGIADES, Georgios. **Punitive damages in Europe and the USA**: Doctrinal differences and practical convergence, p. 155.

<sup>18</sup> FERRARESE, Lydia. **Le norme statunitensi sulle azioni collettive**: analisi comparativa com la normativa italiana e spunti di riflessione, *La Responsabilità Civile* n. 8-9, 2008, p. 748-751.

<sup>19</sup> Comissão Europeia, Estrasburgo. **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões**: rumo a um quadro jurídico horizontal europeu para a tutela coletiva, § 3.1, 11.06.2013. Disponível em: [http://publications.europa.eu/resource/ellar/d65346fe-eea6-4655-83d4-fc7196637df8.0008.02/DOC\\_1](http://publications.europa.eu/resource/ellar/d65346fe-eea6-4655-83d4-fc7196637df8.0008.02/DOC_1)



enfim, identificar um perfil punitivo e ressarcitório às situações de fato, nascido das lacunas nas regras de proteção à pessoa.<sup>20</sup>

Em um mundo global, diferenças doutrinárias entre sistemas legais se tornaram menos importantes. Os problemas parecerem ser cada vez mais similares e as ferramentas de resolvê-los, que tradicionalmente utilizavam métodos diferentes, passam a aceitar influências mútuas.

## 2.2 Perspectivas nacionais

A indenização por dano moral, em âmbito jurisdicional brasileiro, tem clara natureza pedagógica e punitiva, sendo esta última, muitas vezes, seu objetivo maior: servir de desestímulo para a repetição da conduta. Visam, portanto, não só aplacar a dor, o sofrimento e a angústia, mas tem, em si, além da compensação pecuniária, caráter de pena.

Esta que, imposta ao ofensor do mercado de consumo deveria impingi-lo a um prejuízo proporcionalmente maior do que as vantagens obtidas com aquele ato ilícito, ou estar-se-ia incentivando uma reincidência baseada na impunidade.

O caráter punitivo, existente às claras no sistema legal americano através dos *exemplary or punitive damages*, encontra-se cada vez mais presente no sistema jurídico brasileiro. Pode-se mesmo dizer que o legislador brasileiro criou um sistema híbrido tanto de natureza indenizatória como punitiva<sup>21</sup>,

abraçando em parte, o sistema [...] *punitive damage* ou *exemplary damage* do direito norte americano, cujo objetivo maior é que sua imposição sirva de exemplo não somente ao causador do dano, senão também para prevenir, na sua advertência, a ocorrência de casos futuros<sup>22</sup>.

Quando do projeto do atual Código de Defesa do Consumidor houve tentativa legislativo em consagrar como regra geral a possibilidade de utilização do *punitive damages* em três dispositivos - art. 16, art. 45 e § 3º do art. 52 - que acabaram vetados.

Os artigos previam, em seu texto original<sup>23</sup>,

---

<sup>20</sup> GRASSI, Simone. **I danni punitivi**: dagli Stati Uniti all'Europa. Tesi di Dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi produttivi – indirizzo giuridico – ciclo XXIII. Università degli Studi di Sassari, p.35. Disponível em [http://eprints.uniss.it/6750/1/Grassi\\_S\\_Danni\\_punitivi\\_dagli\\_Stati.pdf](http://eprints.uniss.it/6750/1/Grassi_S_Danni_punitivi_dagli_Stati.pdf). Acesso em 8 set. 2015.

<sup>21</sup> Consta expressamente na legislação brasileira a multa civil, como forma de exteriorizar o caráter punitivo da condenação, no Estatuto do Idoso (Lei 10.741/92) e na lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92).

<sup>22</sup> STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 98.

<sup>23</sup> BRASIL. **Mensagem nº 664, de 11 de setembro de 1990**. Sítio eletrônico internet - planalto.gov.br.

**Art. 16.** Se comprovada a alta periculosidade do produto ou do serviço que provocou o dano, ou grave imprudência, negligência ou imperícia do fornecedor, será devida multa civil de até um milhão de vezes o Bônus do Tesouro Nacional - BTN, ou índice equivalente que venha substituí-lo, na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo, a critério do juiz, de acordo com a gravidade e proporção do dano, bem como a situação econômica do responsável.

**Art. 45.** As infrações ao disposto neste Capítulo, além de perdas e danos, indenização por danos morais, perda dos juros e outras sanções cabíveis, ficam sujeitas à multa de natureza civil, proporcional à gravidade da infração e à condição econômica do infrator, cominada pelo juiz na ação proposta por qualquer dos legitimados à defesa do consumidor em juízo.

**Art. 52.** [...].

**§ 3º.** O fornecedor ficará sujeito a multa civil e perda dos juros, além de outras sanções cabíveis, se descumprir o disposto neste artigo.

O veto, porém, não pode ser interpretado como o banimento completo da utilização da indenização civil com efeito de pena<sup>24</sup>, que é comumente utilizada pelo judiciário, mascarada nos fundamentos do quantum indenizatório.

Portanto, nosso sistema já admite o dano punitivo, todavia, seu destinatário é impróprio. Para resolver o impasse do enriquecimento ilícito sem incentivar as más práticas pela irrisória punição do ofensor, dever-se-ia dividir o quantum para que a devida punição seja revertida em prol da sociedade lesada como forma de reestabelecer o tão almejado equilíbrio entre as partes (admitindo que, se tratando de direito difuso, a sociedade é sempre lesada).

### **3. A JURISDIÇÃO COMO FORMA DE SUSTENTAR A SOCIEDADE DE CONSUMO ATRAVÉS DO DANO PUNITIVO AO FUNDO DE DIREITOS DIFUSOS**

Alguns estados encontraram uma alternativa para a aplicabilidade da multa civil administrativa, em esfera judicial, a fim de reverter o valor da punição do ofensor ao Fundo de Direitos Difusos.

Esta previsão está contida no Código de Defesa do Consumidor, no artigos 56<sup>25</sup>, o qual

---

<sup>24</sup> Há ainda, em fomento aos projetos de alteração do CDC, o projeto de lei número 278 de 2010, em tramitação no Senado, que objetiva acrescentar artigos à lei 8.078, estabelecendo a multa civil como instituto além da indenização, com sujeitos próprios, favorecendo a coletividade pelo valor imposto, dispondo que “em qualquer ação para a defesa de interesse ou direito do consumidor, o juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento da parte, condenar o fornecedor ao pagamento de multa civil; disciplina que nas ações de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, o valor da multa civil também levará em conta o custo estimado do investimento que teria sido necessário à prevenção do dano em relação a todos os potenciais consumidores; dispõe sobre a forma de distribuição do valor recolhido a título da multa civil nas ações individuais e coletivas”.

<sup>25</sup> Art. 56. As infrações das normas de defesa do consumidor ficam sujeitas, conforme o caso, às seguintes sanções administrativas, sem prejuízo das de natureza civil, penal e das definidas em normas específicas: I – multa [...];

admite expressamente a aplicação de sanção civil e no artigo 57<sup>26</sup>, cuja sanção administrativa tem limite máximo.

Alguns Juízes utilizam-se deste recurso<sup>27</sup>, no qual o consumidor receberia sua devida indenização, dentro dos moldes atuais de valoração, enquanto o ofensor, de outro modo, pagaria, além da indenização, uma multa civil aos cofres públicos ou fundos de direitos difusos, como forma de desestimular a prática repetitiva da conduta.

Não se ignora, também, a conceituação de “Dano Social” trazida por Azevedo<sup>28</sup>, como sendo este um novo tipo de dano, acrescido às categorias de dano moral, dano material e dano estético já consolidadas. Este seriam, por sua vez, “lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida”<sup>29</sup>

O autor ainda discorre sobre exemplos de atos negativamente exemplares, nas mais diversas esferas cíveis, que causam um rebaixamento do nível coletivo de vida, especificadamente da qualidade, sendo condutas socialmente reprováveis, e, portanto, passíveis da reparação especial.

Apesar de o destinatário do dano social, conceituada acima, ser também a sociedade, através dos fundos de direito, difere-se do aqui apresentado por se tratar de “novo tipo de dano” que amplia quantitativamente a valoração, ignorando, no entanto, o caráter já pedagógico aplicado ao dano moral.

A prática da aplicação do chamado “dano social” pelos juizados especiais, principalmente pelo Tribunal de Justiça de Goiás, levou a controvérsia ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, em recente decisão, decidiu firmar sua posição de julgamento extra petita. Sendo, portanto, nula a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a

---

<sup>26</sup> Art. 57. A pena de multa, graduada de acordo com a gravidade da infração, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor, será aplicada mediante procedimento administrativo, revertendo para o Fundo de que trata a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, os valores cabíveis à União, ou para os Fundos estaduais ou municipais de proteção ao consumidor nos demais casos.

<sup>27</sup> TJSC, **Apelação cível n. 2012.003232-7**, de Sombrio, relator Des. Fernando Carioni, julg. em 28/02/2012 e **apelação cível n. 2012.001050-3**, de São Bento do Sul, relator Des. Francisco Oliveira Neto, julg. em 07/08/2012).

<sup>28</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**. In: Filomeno, José Geraldo Brito; Wagner Júnior, Luiz Guilherme da Costa; Gonçalves, Renato Afonso (Coord.). O Código Civil e sua interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 370-377.

<sup>29</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**, p. 376.

título de danos sociais em favor de terceiro que não faz parte do processo<sup>30</sup>.

Ainda no mesmo julgado, considerou-se que, mesmo havendo pedido de condenação em danos sociais, não poder-se-ia acatar o pleito por ausência de legitimidade. O pleito aos danos sociais, portanto, seriam aceitos exclusividade das demandas coletivas<sup>31</sup>.

Quanto à multa civil, considerou o STJ<sup>32</sup>, ter o objetivo de punição por prática vedada pelas normas do CDC, o que caracterizaria típico poder de polícia administrativa.

Ressalva-se, contudo, que o debate não está exaurido, pelo contrário, encontra-se em discussão. Nos acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina há, inclusive, posicionamento favorável, datado de 2004<sup>33</sup>, cujo relator justifica que, “se o critério para alcançar o valor da reparação passa pela punição do infrator e pela compensação do ofendido, nada mais justo do que na parte dispositiva da sentença também separar indenização e punição, evitando enriquecimento indevido”.

Seria ainda possível aplicar a sanção de ofício, “com o intuito de concretizar a efetiva repressão de que trata o art. 6º, VI, do CDC, bem como em atenção à proteção constitucional conferida ao consumidor e ao mercado de consumo no art. 5º, XXXII e art. 170 da CRFB, respectivamente”<sup>34</sup>.

Tendo a defesa dos interesses e direitos dos consumidores caráter difuso, e sendo garantida em juízo individualmente, ou a título coletivo, como expresso no artigo 81 do CDC<sup>35</sup>, seria desnecessário ajuizar ação coletiva para imposição da sanção, como salientou Grinover:<sup>36</sup>

é certo que os direitos coletivos (lato sensu) gozam de instrumentos processuais específicos de proteção: Lei da Ação Civil Pública, Mandado de Segurança coletivo, Ação popular, Ação de Improbidade Administrativa. Mas é certo também que, por intermédio de uma demanda individual, podem ser protegidos direitos e interesses coletivos lato sensu.

---

<sup>30</sup> STJ, **Reclamação n. 12.062**: GO (2013/0090064-6), relato: Ministro Raul Araújo, julgado em 18/12/2013.

<sup>31</sup> Em consonância com o Enunciado 455 da V Jornada de Direito Civil do CJF/STJ: “A expressão ‘dano’ no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas”

<sup>32</sup> STJ, **Recurso ordinário em mandado de segurança n. 21.518-RN**, relator Ministro Castro Meira, julgado em 10/10/2006.

<sup>33</sup> TJSC, **Apelação cível n. 03.018286-1**, de Criciúma, relator Des. José Volpato de Souza, julgado em 18/06/2004.

<sup>34</sup> TJSC, **Apelação cível n. 2010.020330-8**, de São Bento do Sul, relator Des. José Volpato de Souza, julgado em 16/07/2010.

<sup>35</sup> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

<sup>36</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2009 (Caderno de Administração da Justiça – Planejamento Estratégico 2009: módulo 6), p. 130.

Justificado também pelo artigo 83, do CDC, no qual permite-se “todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” para a defesa dos direitos do consumidor”.

Há, porém, de se lembrar da renovação processual, vista anteriormente pela relativização dos princípios contratuais, fundada na proteção integral do consumidor em diversas áreas, bem como o caráter público da lei consumerista, que autoriza o juiz, com uso da equidade, a adequar a aplicação da lei ao caso concreto de forma a propiciar maior proximidade à justiça.

O projeto de Lei número 287, de 2010, propõe a divisão do valor da multa civil entre o Autor, de um centésimo a um décimo do valor, e o restante ao fundo de defesa do consumidor previsto no Código, como forma de estimular a submissão de violações ao exame do Poder Judiciário, contribuindo com o objetivo preventivo e educativo da multa. “Dessa forma, entendemos que a presente proposição corrige o equívoco histórico do veto presencial ao CDC e confere precisão à disciplina da multa civil”<sup>37</sup>.

As atuais relações massificadas ensejam um repensar das práticas processuais. A fixação de limites técnicos ao julgamento da causa e seus pedidos não correspondem às expectativas da Constituição Cidadã e dos Direitos Sociais.

A grande maioria dos litígios consumeristas tem relevância para um grande número de pessoas, que muitas vezes permanecerão estranhas à ação e aos efeitos do julgado pela interpretação dada a regra clássica processual, segundo a qual a sentença só é vinculante àqueles do polo ativo e passivo e aos limites dos pedidos da ação<sup>38</sup>.

Ainda que as Ações Civas Públicas tutelem direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos, sua representação não pode ser feita em caráter individual pelo consumidor e dividem, doutrinaria e jurisprudencialmente, os danos causados ao consumidor como individual ou ao mercado de consumo, como se houvesse, de fato, uma negativa do segundo quando do primeiro.

O que aqui se pretende é trazer à satisfação da lesão individual o reaparelhamento social, através do Fundo de Direitos Difusos, necessário para uma efetiva mudança de conduta no mercado como um todo.

A separação dos critérios embasadores do dano moral, qual seja ressarcitório e

---

<sup>37</sup> BRASIL, **Projeto de Lei nº 278, de 2010**. Sítio eletrônico internet - planalto.gov.br

<sup>38</sup> Código de Processo Civil, art. 3º: “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”.

punitivo/pedagógico, dá a oportunidade de reequilibrar o difícil dilema do enriquecimento ilícito *versus* indenização não exemplar, a fim de que o primeiro tenha destinatário próprio: a própria sociedade lesada.

A consagração constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana e da garantia do direito de acesso à justiça em face da ameaça (art. 5º, XXXV da CF) corroboram com a previsão infraconstitucional de tutelas preventivas<sup>39</sup>, neste novo repensar do Estado Democrático de Direito, em que o dano ressarcido não é por si suficiente para recompor a ofensa de ordem social, e busca por novos meios de se prevenir condutas lesivas.

A consciência de que os bens comuns são ferramentas de satisfação dos direitos fundamentais da coletividade é uma luta de ordem mundial. Em muitos casos, porém, a influência política de entes privados e do próprio Estado promove mais privilégios a estes do que ao consumidor. Os inimigos são justamente quem deveriam concretizar a proteção.

En la grande mayoría de Estados, los gobiernos – capilarmente controlados por intereses financieros globales – dilapidan sin controllos bienes comunes. Y, al hacerlo, apelan con toda naturalidad y con grana poyo político, a la necesidad autorreproductiva de pagar las deudas de juego. [...] Unos gobiernos cada vez más délibes y menos menos independientes frente a uno sujetos econômicos transnacionales que determinan sus polí-ticas de privatización de bienes y servicios de consumo del território y de explotación de los mas vulnerables<sup>40</sup>.

Assim, a expropriação de bens comuns em favor dos interesses privados gera cada vez mais vulnerabilidade dos governos perante empresas que ditam as políticas de privatização, de consumo e exploração do território.

O protagonismo e fortalecimento da sociedade civil parece ser uma alternativa de consolidação dos valores sociais<sup>41</sup>, como exemplo, empresas transnacionais que realizam políticas ambientais de suma importância à economia sustentável, assim como iniciativas de ONG, sindicatos, instituições internacionais, que não só cumprem, mas defendem os propósitos sociais.

Este protagonismo, todavia, carece de investimentos. O Fundo de Direitos Difusos ao receber os danos punitivos das ações judiciais e repassá-los à sociedade organizada, garantiria que os próprios infratores do sistema o recuperassem, emprestando assim o princípio do “poluidor-pagador” e da “prevenção” de novos danos do Direito Ambiental.

---

<sup>39</sup> Como nos artigos 461 do Código de Processo Civil, 11 da Lei da Ação Civil Pública e 84 do Código de Defesa do Consumidor.

<sup>40</sup> MATTEI, Ugo. **Bienes comunes: un manifiesto**. Madrid: Editorial Trotta, 2013. Título original: Beni comuni. Un manifiesto. Tradução: Geraldo Pisarello, p 11-12.

<sup>41</sup> GORDILLO, José Luis. **La protección de los bienes comunes de la humanidad**. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 76.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As atuais relações massificadas ensejam um repensar das práticas processuais. Pressupostos como legitimidade e interesse de agir devem ser vislumbrados sobre as perspectivas da Constituição Federal, bem como do Código de Defesa de Comum sob a ótica social, e não mais individualista que caracterizam as relações civis clássicas.

Há inúmeros casos figurando bancos, companhias telefônicas, varejistas, planos de saúde, entre outros, com incríveis números que justificam a relevância de uma reforma do atual modelo de reparação de danos, no qual a sociedade civil tenha ativa participação, para que, enfim, se efetivem os direitos previstos ao consumidor e torne a sociedade de consumo sustentável.

Para auxiliar na construção de doutrina capaz de convencer o Magistrado brasileiro a dissociar o caráter punitivo do ressarcitório do dano, para que o valor do primeiro seja destinado à sociedade e apenas o segundo ao indivíduo é necessário que o Código de Defesa do Consumidor seja interpretado no viés social que exige a Constituição da República Federal do Brasil e com isso afastar o enriquecimento injusto, mas garantir uma sociedade de consumo sustentável.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social**. In: Filomeno, José Geraldo Brito; Wagner Júnior, Luiz Guilherme da Costa; Gonçalves, Renato Afonso (Coord.). O Código Civil e sua interdisciplinaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 370-377.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade**. 2 ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Direito penal do consumidor**. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2013.

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

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Novo código civil brasileiro**. Legislação Federal. Sítio eletrônico internet - planalto.gov.br.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 1992. **Estatuto do idoso**. Legislação Federal. Sítio eletrônico internet - planalto.gov.br.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de defesa do consumidor**. Legislação Federal. Sítio eletrônico internet - planalto.gov.br.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 1º de outubro de 1992. **Improbidade administrativa**. Legislação Federal. Sítio eletrônico internet - planalto.gov.br.

BRASIL. **Mensagem nº 664, de 11 de setembro de 1990**. Sítio eletrônico internet - planalto.gov.br.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 278, de 2010**. Sítio eletrônico internet - planalto.gov.br.

COMISSÃO EUROPEIA, Estrasburgo, **Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu**, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: rumo a um quadro jurídico horizontal europeu para a tutela coletiva, § 3.1, 11.06.2013.

FERRARESE, Lydia. **Le norme statunitensi sulle azioni collettive**: analisi comparativa com la normativa italiana e spunti di riflessione. La Responsabilità Civile n. 8-9, 2008, p. 746-755.

GEORGIADIS, Georgios. **Punitive Damages in Europe and the USA**: Doctrinal Differences and Practical Convergence. Revue Hellenique de Droit International, 2005.

GORDILLO, José Luis. **La protección de los bienes comunes de la humanidad**. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

GRASSI, Simone., **I danni punitivi**: dagli Stati Uniti all'Europa. Tesi di Dottorato in Diritto ed Economia dei Sistemi produttivi – indirizzo giuridico – ciclo XXIII. Università degli Studi di Sassari. Disponível em [http://eprints.uniss.it/6750/1/Grassi\\_S\\_Danni\\_punitivi\\_dagli\\_Stati.pdf](http://eprints.uniss.it/6750/1/Grassi_S_Danni_punitivi_dagli_Stati.pdf). Acesso em 8 set. 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2009 (Caderno de Administração da Justiça – Planejamento Estratégico 2009: módulo 6), p. 130.

MARQUES, Cláudia Lima. **Fato do produto e do serviço**. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **Introdução ao direito do consumidor**. In: BENJAMIN, Antonio Herman



V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 5. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2013.

MATTEI, Ugo. **Bienes comunes**: un manifiesto. Madrid: Editorial Trotta, 2013. Título original: Beni comuni. Un manifiesto. Tradução: Geraldo Pisarello.

OLIVIERO, Maurizio; CRUZ, Paulo Márcio. **Reflexões sobre o Direito Transnacional**. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 17, n. 1, p. 18-28, abr. 2012. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3635>>. Acesso em: 04 Mai. 2015.

PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

REAL FERRER, Gabriel Real Ferrer; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. **Sustentabilidade**: um novo paradigma para o direito. Novos Estudos Jurídicos, [S.l.], v. 19, n. 4, p. 1433-1464, dez. 2014. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6712/3833>>. Acesso em: 04 Mai. 2015.

SPOTO, Giuseppe. **I danni punitivi e il risarcimento del danno ambientale**. In: ALCARO, Francesco. FENGA, Concettina. MOSCATI, Enrico. PERNICE, Francesco. TOMMASINI, Raffaele. Valori Della Persona e modelli di tutela contro i rischi ambientali e genotossici: esperienze a confronto. Firenze: Firenze University Press, 2008, p. 349-363.

STJ, **Reclamação n. 12.062**: GO (2013/0090064-6), relato: Ministro Raul Araújo, julgado em 18/12/2013.

STJ, **Recurso ordinário em mandado de segurança n. 21.518-RN**, relator Ministro Castro Meira, julgado em 10/10/2006.

STOCO, Rui. **Abuso do Direito e má-fé processual**. Revista dos Tribunais: 2003.

STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito, 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 425.

TJSC, **Apelação cível n. 03.018286-1**, de Criciúma, relator Desembargador José Volpato de Souza, julgado em 18/06/2004.

TJSC, **Apelação cível n. 2010.020330-8**, de São Bento do Sul, relator Desembargador José Volpato de Souza, julgado em 16/07/2010.

TJSC, **Apelação cível n. 2012.003232-7** de Sombrio, relator Desembargador Fernando Carioni, julgado em 28/02/2012.

VENOSA. Sílvio de Salvo. **Direito civil**: responsabilidade civil. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

# A PARTICIPAÇÃO CIDADÃ NO DIREITO AMBIENTAL E SEUS MECANISMOS DE ATUAÇÃO

**Marcelo Volpato de Souza<sup>1</sup>**

**João Baptista Vieira Sell<sup>2</sup>**

## INTRODUÇÃO

A crise do atual modelo democrático é de fácil percepção. As mudanças sociais ocorrem com velocidade maior do que o processo legislativo consegue acompanhar. O poder econômico está ditando as regras de um mercado global. Nossos representantes perderam sua legitimidade ante a descrença da população quanto aos seus desígnios.

A democracia participativa se estabelece, dentro dessa realidade, como um modo de frear o avanço da crise. O cidadão também possui responsabilidade pelo bom andamento da sociedade e seu papel não cessa com a escolha dos representantes. A efetiva participação da população nos rumos da nação conduz ao debate e a decisões mais qualificadas. Serve, ademais, como eficaz instrumento de controle social sobre o governo.

O objetivo do trabalho é demonstrar de que maneira a participação cidadã pode contribuir para o fortalecimento da democracia. Para tanto, são relacionados os mecanismos legislativos e judiciais que representam, na prática, a aplicação do princípio da participação. O método escolhido é o indutivo, com a apresentação dos conceitos gerais, seguido pelo relatório da pesquisa e pelas conclusões dos autores.

No primeiro tópico deste artigo são feitas algumas considerações introdutórias sobre a democracia participativa e suas relações com o princípio democrático. Em seguida, é conceituado o princípio da participação e apresentadas as normas internacionais que o firmaram como preceito do direito ambiental.

---

<sup>1</sup> Mestrando da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina, Brasil. E-mail: volpatom@gmail.com

<sup>2</sup> Mestrando e graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Juiz de Direito no Estado de Santa Catarina, Brasil. E-mail: joaosell@tjsc.jus.br

Parte-se para a análise de cada um dos elementos que estruturam esse princípio, iniciando-se pela participação popular na tomada de decisões. Ao poder expressar sua opinião e ter ela valorada pelo órgão responsável pela tomada de decisões, a escolha tende a ser melhor aceita pela sociedade. O cidadão passa a atuar tanto na elaboração quanto na execução das políticas públicas, o que se induz um senso coletivo de responsabilidade.

Mais adiante é abordado o direito de acesso à informação ambiental como um instrumento para formação da consciência da população. A informação induz a uma educação para a cidadania, auxilia na participação efetiva do cidadão e serve como subsídio para o controle democrático.

Ao final se descreve o acesso à justiça, assim entendido como a possibilidade de revisão das decisões por órgão ou tribunal independente e imparcial. São detalhados os instrumentos processuais para a tutela do meio ambiente e a contribuição dos Tribunais Superiores para a implantação da participação cidadã no Poder Judiciário.

## **1. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA**

A democracia se constitui em uma forma de governo em que o povo assume, diretamente ou por seus representantes, as decisões políticas. Esse é o denominado conceito formal de democracia, que o estabelece com espeque nas formas e nos procedimentos que legitimam as decisões tomadas como expressão direta ou indireta da soberania popular<sup>3</sup>.

A Constituição brasileira identifica, logo na abertura, que nosso país se constitui em um Estado Democrático de Direito. O poder eflui do povo, que o exerce por seus representantes ou de forma direta.

A parte final dessa disposição indica que a participação popular não se esgota nas eleições para seus representantes. Ensina Climent que a eleição não é incompatível com a participação direta porque: “el hecho de que los ciudadanos elijan a sus representantes no significa que perdieran su legitimidad para participar en las actividades de los poderes públicos”<sup>4</sup>.

De modo direto o povo pode exercer sua soberania mediante o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Entretanto, estes não são os únicos mecanismos de participação direta. A

---

<sup>3</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 17

<sup>4</sup> CLIMENT, Miguel Ángel Blanes. **La transparencia informativa de las administraciones públicas el derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa**. Navarra: Aranzadi, 2014. p. 70.

democracia participativa é muito mais ampla e expressa o reconhecimento de um dever do cidadão na construção de uma sociedade melhor. Nárdiz apresenta o seguinte conceito:

Así, em lo que podría llamarse su sentido positivo, se puede afirmar que, en términos generales y salvando las particularidades concretas de cada país, la democracia participativa consiste en una serie de instrumentos o mecanismos jurídicos – referendos, iniciativas populares, etc. – cuya introducción se pretende en la democracia representativa con el objetivo y la voluntad de complementarla haciéndola más participativa al ampliar la participación popular en el gobierno de la comunidad, con el deseo no sólo de acercar el gobierno a los ciudadanos y profundizar en el derecho de los mismos a la participación política, sino también con la voluntad de controlar mejor a los gobernantes, de someterlos, mediante dichos instrumentos de participación popular, a una mayor transparencia y a un control más severo por parte de los ciudadanos<sup>5</sup>.

Não cabe a redução da análise de uma sociedade tida como democrática apenas pela verificação do funcionamento do parlamento, da existência de eleições periódicas e de consultas populares. Na construção desta sociedade os processos democráticos dialógicos demandam uma avaliação complexa de seu funcionamento, de suas instituições, da cultura, da história e do momento vivenciado<sup>6</sup>.

O conceito contemporâneo de democracia detém natureza multidimensional, superando a sua concepção formal e pautado pelo paradigma da representação política. A participação pública exerce papel fundamental, conferindo legitimidade às práticas e decisões legislativas e administrativas<sup>7</sup>.

Uma democracia participativa, portanto, está consubstanciada na possibilidade de os cidadãos atuarem na administração pública. É uma manifestação do exercício da soberania popular e um meio pelo qual a voz de cada indivíduo possa ser ouvida nas decisões que o afetam.

A democracia não é, isoladamente, um destino, mas sim um caminho diuturnamente percorrido. É um processo em que há permanente tensão entre os que a desejam manter e aqueles que a pretendem usar para atingir interesses de grupos específicos. O desequilíbrio entre essas forças ocorre com maior ênfase quando há acomodação da participação popular, elemento essencial da democracia, aliado ao desinteresse na participação no processo de sufrágio pela

---

<sup>5</sup> NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. **Democracia participativa la democracia participativa como profundización en la democracia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. pp. 126/127.

<sup>6</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O resgate da democracia representativa através da democracia participativa**. Revista da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. n. 44. jan/jun, 2004. p. 186.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Democracia participativa e participação pública como princípios do estado socioambiental de direito**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT. v.19, n.73, jan./mar. 2014. p. 50.

percepção da ausência de representatividades<sup>8</sup>. Indica Climent:

La falta de confianza en la llamada 'clase política' no deja de aumentar porque los ciudadanos comprueban que sus representantes han dejado de perseguir la satisfacción de los intereses generales y están más preocupados en defender sus propios intereses. Una de las maneras más fáciles de recuperar la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y en sus representantes políticos es actuar de forma transparente facilitando la mayor cantidad de información posible, sea o no comprometida<sup>9</sup>.

O fortalecimento da democracia participativa está, assim, relacionado com a crise da democracia representativa, que não detém mais mecanismos suficientes para os novos desafios da humanidade e padece da perda de legitimidade dos políticos e das instituições. O papel da primeira é o de complementar a segunda, formando uma estrutura social em que haja consciência e compromisso dos indivíduos na tomada das decisões. O princípio democrático tem, na participação, sua base sobre a qual se adere a democracia representativa.

Concretizar uma interpretação constitucional fundada no princípio democrático conduz à criação de oportunidades para que os debates públicos sejam ampliados e as decisões tomadas reflitam a formação da vontade do Estado baseada na realidade social<sup>10</sup>. Compartilhamos o posicionamento de Nárdiz:

Sin embargo, la expresión democracia participativa hace referencia al elemento realmente concretizador de la participación ciudadana tal como hoy en día se concibe, esto es, el elemento participativo. La participación ciudadana tiene por elemento clave el que los ciudadanos participan en la toma de determinadas decisiones políticas que les afectan. A veces sólo siendo informados, a veces intercambiando información y propuestas con los responsables políticos y, otras veces, participando directamente en la toma de decisión política. Pero, en todo caso, participando de una u otra manera evitando así que todo el proceso decisorio sea responsabilidad exclusiva de los representantes elegidos<sup>11</sup>.

A democracia representativa também se apresenta como um conjunto de instrumentos para exercer um maior controle sobre os representantes eleitos. Aproxima o cidadão do governo com o escopo de aperfeiçoar a democracia representativa como um todo<sup>12</sup>. Sobre a participação

---

<sup>8</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O resgate da democracia representativa através da democracia participativa**. Revista da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. n. 44. jan/jun, 2004. p. 189.

<sup>9</sup> CLIMENT, Miguel Ángel Blanes. **La transparencia informativa de las administraciones públicas el derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa**. Navarra: Aranzadi, 2014. p. 71.

<sup>10</sup> AZUMA, João Carlos. **Democracia participativa: uma dimensão interpretativa concretizadora**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. ano 17. n. 68. jul-set. 2009. p. 107.

<sup>11</sup> NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. **Democracia participativa la democracia participativa como profundización en la democracia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 152-/53.

<sup>12</sup> NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. **Democracia participativa la democracia participativa como profundización en la democracia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 158.

cidadã descreve Climent:

La participación ciudadana debería reforzarse con medidas como las siguientes: a) aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones; b) garantizar el acceso eficaz del público a la información; c) realizar actividades de información pública para fomentar la intransigencia con la corrupción, así como programas de educación pública, incluidos programas escolares y universitarios; d) respetar, promover y proteger la libertad de buscar, recibir, publicar y difundir información relativa a la corrupción<sup>13</sup>.

A crítica à consolidação da democracia participativa se baseia na noção de que os cidadãos não estariam plenamente aptos a assumir a responsabilidade de desenvolver políticas públicas. Por não estarem incluídos dentro da esfera de governo e serem pouco informados sobre o contexto global, suas opções tenderiam a resolver questões pessoais e locais em detrimento de políticas gerais.

Entretanto, reforçar a participa cidadã e criar instrumentos para sua implementação tem o efeito inverso. Se a pessoa tiver informação e educação suficientes para tomar uma decisão livre de influências, sua atuação será qualificada e expressará a vontade da sociedade. É o que demonstra Magalhães:

Discutimos um pouco a questão da crise da democracia representativa e o fortalecimento de uma nova democracia representativa a partir do fortalecimento da participação popular ou da democracia participativa. Podemos perceber na experiência brasileira, que uma forma para se resgatar e fortalecer a democracia representativa é o fortalecimento da participação popular através da criação de mecanismos que ofereçam permeabilidade ao poder do Estado, criando canais de participação cada vez maiores, superando gradualmente a velha dicotomia entre Estado e sociedade civil. Essa participação popular desejada, que resulta em decisão, mais democracia e controle social efetivo ocorrerá de maneira efetiva e eficiente, justamente, no poder local<sup>14</sup>.

## 2. PRINCÍPIO DA PARTICIPAÇÃO

A partir da constatação de que reforçar a democracia participativa pode ser um fator determinante para reverter a crise da democracia, foi construído, na esfera ambiental, o princípio da participação.

Cada vez mais se constata que a população procura se informar sobre questões que afetam sua qualidade de vida para assim conseguir participar dos processos decisórios. A participação

---

<sup>13</sup> CLIMENT, Miguel Ángel Blanes. **La transparencia informativa de las administraciones públicas el derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa**. Navarra: Aranzadi, 2014. p. 72.

<sup>14</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O resgate da democracia representativa através da democracia participativa**. Revista da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. n. 44. jan/jun, 2004. p. 202.

assume, nesse contexto, um requisito indispensável para se alcançar êxito em qualquer política pública em matéria ambiental, o que está intimamente ligado com o reconhecimento do meio ambiente como um direito de terceira geração e de titularidade coletiva das atuais e futuras gerações<sup>15</sup>. O tema é visto sob o seguinte enfoque por Santiago:

La implicación directa de las personas en la exploración de alternativas a los problemas ambientales estaría directamente relacionada con la búsqueda de alternativas a los procesos convencionales a la toma de decisiones. De esta forma, los procesos participativos en el marco de la Participación Ambiental no serían únicamente una forma de gestionar los problemas ambientales, si no una forma de dar respuestas a los retos propuestos por la crisis ambiental y democrática<sup>16</sup>.

No plano internacional esse preceito foi concebido na Conferência Rio-92. O princípio 10 da declaração produzida no evento é a norma internacional paradigma na delimitação do conteúdo do princípio da participação na tutela do meio ambiente, *in verbis*:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos<sup>17</sup>.

Da análise do texto extrai-se que são três os elementos que compõe o princípio: a participação pública na tomada de decisões, o acesso à informação e o acesso à justiça. São esses direitos procedimentais que asseguram o direito subjetivo a um meio ambiente saudável.

A Convenção de Aarhus é, por seu turno, o instrumento legislativo que materializou esse princípio. Não estabelece mecanismos concretos de participação, mas fixa os padrões mínimos desse direito para que seja real e efetivo.

Em seu primeiro artigo firma que o objetivo da norma é contribuir para a proteção do direito das atuais e futuras gerações a viver em um ambiente adequado à sua saúde e bem-estar e, para tanto, cada país garantirá o direito de acesso à informação, participação do público no

---

<sup>15</sup> LIZARRAGA, José Antonio Razquin. ESPINOSA, Ángel Ruiz de Apodaca. **Información, participación y justicia em materia de medio ambiente**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007. p. 280.

<sup>16</sup> PÉREZ, José Gutiérrez. MUÑOZ, Luis Cano (Org.). **Investigaciones en la década de la educación para el desarrollo sostenible**. Madrid: CENEAM, 2008. p. 249.

<sup>17</sup> **Declaração do Rio sobre o meio ambiente e desenvolvimento**. Disponível em: <[www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf](http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf)>. Acessado em: 03/08/15.



processo de tomada de decisões e acesso à justiça em matéria ambiental<sup>18</sup>.

Apesar de a Convenção da Aarhus estar vigente em poucos países, influencia o modo como o direito de acesso à informação ambiental é tratado e a maneira da sociedade civil poder intervir na tomada de decisões no plano internacional e também nos países não signatários.

Neves e Moreira sustentam que esta convenção alçou a categoria de *jus cogens*. Trata-se, portanto, de norma imperativa de direito internacional porque reconhecida sua importância pela comunidade internacional. Detém superioridade normativa em relação às demais fontes de direito e somente pode ser derogada por norma do mesmo caráter e não pela vontade individual de uma nação. Explicam do seguinte modo o raciocínio:

Daí porque, dada à máxima vênia, a Convenção de Aarhus não pode ser considerada somente como um 'modelo' sobre direito à participação e informação ambiental, mas como um Princípio Geral do Direito Global Ambiental de caráter imperativo e vinculante, que como dito acima, serve como guia, diretriz e norte aos Estados em seu dever de proteção e preservação ambiental. Motivos esses que ensejam o entendimento de que a Convenção de Aarhus exerce função para além do seu texto escrito e para além do contexto de ratificação dos países membros, tendo em vista que todo tratado que verse sobre participação e informação ambiental não pode contrariar tal Convenção, na verdade, tratados, leis internas, ações estatais, decisões de Corte de Direitos Humanos deve se utilizar diretamente da Convenção de Aarhus para interpretar amplamente o direito de acesso à informação sob pena de ser considerado nulo. Ou seja, a Convenção de Aarhus não funciona somente como um paradigma, tem caráter e deve ser entendida como uma norma de *jus cogens*<sup>19</sup>.

A participação cidadã nada mais é do que a intervenção dos indivíduos em seu próprio governo e nos processos de decisão das políticas públicas que os afetam. Engloba esse conceito qualquer atividade direcionada a influenciar, direta ou indiretamente, a definição das ações do Poder Público. Está inserida como um dos princípios da Carta da Terra, documento este que representa uma chamada para a urgência das ameaças que pairam sobre o planeta e a vida humana.

Desponta como instrumento que garante o funcionamento democrático da sociedade por introduzir maior transparência na gestão dos assuntos públicos. Proporciona que o indivíduo possa atuar nas três esferas do poder republicano e com isso assegura um maior controle social sobre as atividades públicas. Serve como ferramenta para superar a democracia formal e implementar a democracia substancial. Esclarecem Sarlet e Fensterseifer:

---

<sup>18</sup> **Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisões e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente.** Disponível em: <<http://www.cada.pt/modules/news/index.php?storytopic=6>>. Acessado em 04/08/2015.

<sup>19</sup> NEVES, Rafaela Teixeira. MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **Os princípios da participação e informação ambientais e a aplicação da Convenção de Aarhus no direito brasileiro.** Revista de Direito Ambiental. ano 20. v. 77. jan-mar, 2005. p.573.

O princípio (e o correlato dever e direito) da participação pública, portanto, assume a feição de princípio geral do direito ambiental. Na medida em que a degradação ambiental em termos locais, regionais e planetários aproxima-se de um quadro limite e preocupante, não se pode conceber um cidadão apático ou mesmo conformado com os rumos delineados pela crise ecológica contemporânea. Para tanto, é imperativo conceber um cidadão comprometido com tal momento histórico que atue de forma decisiva no rumo civilizatório, a fim de reverter esse quadro em favor do interesse comum e planetário. Registra-se, ainda, que a partir do comando constitucional do caput, do art. 225, a defesa do ambiente pela sociedade civil não se constitui apenas de mero voluntarismo e altruísmo de uns poucos idealistas, mas toma a forma de dever jurídico fundamental, revelando a dupla natureza de direito e dever fundamental da abordagem constitucional conferida à proteção do ambiente. Isso tudo, de acordo com o que sinalizamos antes, consolida o marco político-normativo de uma democracia participativa ecológica<sup>20</sup>.

Quando a Constituição Federal, em seu art. 225, dita que todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, prescreve uma limitação e uma ação. Ao mesmo tempo em que todos devem se abster de praticar atos que atinjam o meio ambiente, compete ao particular e à Administração promover atitudes que reforcem a proteção ambiental. Essa responsabilidade social é enaltecida por Milaré:

De fato, é fundamental o envolvimento do cidadão no equacionamento e implementação da política ambiental, dado que o sucesso desta supõe que todas as categorias da população e todas as forças sociais, conscientes de suas responsabilidades, contribuam para a proteção e a melhora do ambiente, que, afinal, é bem e direito de todos<sup>21</sup>.

Por ser o meio ambiente um direito difuso, a participação adquire ainda maior relevância. Essa cooperação torna-se mais legítima uma vez que o direito passa a ser tutelado por seu próprio titular<sup>22</sup>. A respeito da importância da participação na esfera ambiental aponta García:

En el sector ambiental la necesidad de la participación ciudadana de tipo administrativa, es mayor que en otros ámbitos porque el Derecho ambiental es fundamentalmente administrativo, y también porque la protección ambiental afecta a todas las personas como titulares del derecho a disfrutar de un ambiente adecuado y del deber de conservarlo (art. 45 CE). El conocimiento de las demandas ambientales de la sociedad, la transparencia en los procesos de toma de decisiones, y la implicación de los ciudadanos en la aplicación de la normativa acentúan la necesidad de la participación (a la que, por otra parte, también apunta el principio de subsidiariedad)<sup>23</sup>.

Sarlet e Fensterseifer ensinam que o marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito sedimenta uma democracia participativa com viés ecológico. Para tanto,

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Democracia participativa e participação pública como princípios do estado socioambiental de direito**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT. v.19, n.73, jan./mar. 2014. p. 50.

<sup>21</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 277.

<sup>22</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental parte geral**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 174.

<sup>23</sup> GARCÍA, José Francisco Alenza. **Manual de derecho ambiental**. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, 2001. p. 47.

“pressupõe uma sociedade civil politizada, criativa e protagonista do cenário político estatal, reclamando por um cidadão autônomo e participativo, portanto, não submisso à máquina estatal e ao poder econômico”<sup>24</sup>.

Essa consciência se desenvolve com base em dois sustentáculos: com o direito de acesso à informação e com programas de educação ambiental. Ambos compõem o que expressa o princípio da participação, conforme definição de Rodrigues:

Nesse diapasão incide o princípio da participação, que só é possível de ser efetivado pela população se tiver informação ambiental e se for capaz de refletir sobre essa informação fazendo um juízo de valor consciente para tomar uma atitude em prol do meio ambiente. É por isso que se diz que a participação ambiental depende, necessariamente, de informação e consciência ambiental, sendo que esta última se adquire, regra geral, por via da educação ambiental<sup>25</sup>.

A seguir passamos a tratar sobre os elementos que compõe o princípio da participação.

### 3. PARTICIPAÇÃO POPULAR NA TOMADA DE DECISÕES

Estabelece a Convenção de Aarhus três momentos em que a participação pública deve ser conferida na tomada de decisões. Nos planos, programas e políticas públicas em matéria ambiental; nas decisões sobre autorizar atividades específicas com repercussão no meio ambiente; e na produção legislativa e regulatória que tenham efeitos sobre o ambiente e sua proteção.

Essa prerrogativa é decorrente do direito de petição. Fruto das revoluções inglesas, o *right of petition* está reconhecido como um direito e garantia fundamental no art. 5º, XXXIX, a, da Constituição Federal.

O escopo da participação pública na tomada de decisões não é dar legalidade aos atos administrativos porque eles já possuem essa presunção. A atuação do cidadão é direcionada aos atos em que há discricionariedade justamente para que a decisão seja qualificada. Com essa intervenção, a opção do que seja ou não oportuno não fica adstrita aos gestores, mas sim compartilhada com a sociedade que tende a aceitá-la com maior facilidade pela legitimidade do procedimento de escolha. Descrevem Lizarraga e Espinosa:

---

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Democracia participativa e participação pública como princípios do estado socioambiental de direito**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT. v.19, n.73, jan./mar. 2014. p. 47-90.

<sup>25</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental parte geral**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005. p. 182.

Cuanto mayor el grado de discrecionalidade administrativa debe existir mayor incidencia y necesidad de participación pública en la toma de la decisión. La participación se basa, en los ciudadanos no están dispuestos a dejar en las exclusivas manos de la Administración la definición del interés general, sobre todo cuando los procedimientos administrativos se resuelven con puros criterios de oportunidad<sup>26</sup>.

Desta forma, o cidadão deixa de ser mero titular de direitos e passa a dispor de meios para participar de maneira ativa na proteção ambiental. Seu papel é fortalecido porquanto participa tanto na elaboração quanto na execução de políticas públicas estatais. Sem participação, os rumos da democracia de um país fiam seriamente comprometidos, devendo o Estado garantir que a participação será respeitada e até mesmo fomentada<sup>27</sup>. Lecionam Lizarraga e Espinosa:

La participación de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas que pueden afectar al conjunto de la sociedad es un principio insolayable en las actuales sociedades democráticas. La participación real del público en la adopción de esas decisiones le permite expresar sus observaciones y opiniones para que sean tenidas en cuenta por las autoridades públicas competentes. De esta manera, se favorece la responsabilidad y transparencia de los procesos decisorios, se contribuye a la toma de conciencia por parte de los ciudadanos sobre los problemas que afectan a todos y se logra un mayor respaldo público de las decisiones que se adopten<sup>28</sup>.

A participação, entretanto, não pode ser apenas formal. Para que seja eficaz, necessita atender a certos requisitos. O público precisa ser informado no início do processo, quando as opções ainda sejam possíveis de ser tomadas. Além disso, a pessoa interessada deve estar autorizada a apresentar suas observações perante aqueles que detêm a prerrogativa de exercer a escolha. Carvalho destaca a relevância da publicidade nos procedimentos que envolvem decisões com impacto na esfera ambiental:

A publicidade é um dos pilares do estudo de impacto ambiental, mas não só dele. As estratégias de proteção da natureza e de avaliação das consequências das atividades a serem desenvolvidas pelas políticas governamentais devem ser levadas, tempestivamente e apropriadamente, ao conhecimento da sociedade. Tal objetivo constitui-se na essência da qualidade da vida democrática e representa uma forma de aferição de seu nível de existência: o cidadão é efetivamente consultado e passa, concretamente, a participar das decisões<sup>29</sup>.

Há de se assegurar que a decisão leve em consideração a opinião pública. Isso não significa que a decisão fica adstrita ao que foi definido pelos cidadãos. Implica que a escolha, quando não

---

<sup>26</sup> LIZARRAGA, José Antonio Razquin. ESPINOSA, Ángel Ruiz de Apodaca. **Información, participación y justicia em materia de medio ambiente**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007. p. 286.

<sup>27</sup> BARBOSA, Gabriela Gonçalves. FARIAS, Talden. **O princípio da participação popular no direito ambiental brasileiro e sua contribuição para a proteção ao meio ambiente**. Fórum de Direito Urbano e Ambiental. ano 7. N. 37. Jan-fev, 2008. P. 30.

<sup>28</sup> LIZARRAGA, José Antonio Razquin. ESPINOSA, Ángel Ruiz de Apodaca. **Información, participación y justicia em materia de medio ambiente**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007. p. 279.

<sup>29</sup> CARVALHO, Carlos Gomes de. **Introdução ao direito ambiental**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 163.

seguir as considerações da coletividade, deve indicar as razões em que se baseia e porque refutou as assertivas do público interessado. Sobre esse ponto destacamos excerto de Lizarraga e Espinosa:

Una condición importante es la determinación del valor que debe darse a la participación pública en la toma de decisiones. Es evidente que todos los procedimientos de toma de decisiones ambientales prevén como requisito inexcusable la participación pública. El valor que puede y debe darse a las alegaciones o a las alternativas que los ciudadanos presenten al proyecto de decisión vendrá determinado por el contenido de esta participación, por su aportación, por su rigor, por su razonabilidad en definitiva. Corresponderá al órgano competente valorar tales aportaciones para en su caso incorporarlas. La legislación exige que deberán ser tenidas en cuenta, lo que supone que deberán ser estudiadas y estimadas o desestimadas. En todo caso es exigible una respuesta razonada y razonable por parte del órgano competente para tomar la decisión<sup>30</sup>.

Em resumo, a participação na tomada de decisões deve ser feita previamente ao ato decisório, versar sobre um tema claramente definido e com normas de funcionamento que descrevam o objetivo do processo e a responsabilidade dos participantes, deve contar com a participação de todos os interessados e afetados, deve oferecer informação suficiente, relevante e compreensível e precisa contar com meios de interação que despertem o interesse das pessoas e fomentem a participação<sup>31</sup>.

As vantagens do impacto da participação pública na tomada de decisões são visíveis. No Estado Democrático de Direito apenas quando a sociedade é ouvida e tem oportunidade para se manifestar e expressar suas opiniões, bem como ver o reflexo de sua atuação nas decisões ambientais, pode-se afirmar que cumpre sua responsabilidade social na conquista de um desenvolvimento sustentável<sup>32</sup>.

Dentre os mecanismos de participação popular na tomada de decisões alguns assumem maior relevância. No Poder Legislativo o destaque é para a iniciativa popular, o plebiscito e o referendo em matérias relacionadas ao meio ambiente. Há também a possibilidade de convocação de audiências públicas na discussão da produção legislativa.

Outra forma intrigante é a criação de partidos políticos com ideologias voltadas para a preservação do meio ambiente. Os políticos, ao se filiarem a esses partidos, assumem o

---

<sup>30</sup> LIZARRAGA, José Antonio Razquin. ESPINOSA, Ángel Ruiz de Apodaca. **Información, participación y justicia em materia de medio ambiente**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007. p. 289.

<sup>31</sup> NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. **Democracia participativa la democracia participativa como profundización en la democracia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. P. 145.

<sup>32</sup> LIZARRAGA, José Antonio Razquin. ESPINOSA, Ángel Ruiz de Apodaca. **Información, participación y justicia em materia de medio ambiente**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007. p. 285.

compromisso de adotarem decisões que levem em consideração as implicações ao meio ambiente.

Na seara do Poder Executivo existe uma multiplicidade de instrumentos. A audiência pública, regulamentada no art. 2º da Resolução 9/87 e no art. 3º da Resolução 237/97, ambas do CONAMA, é prevista nos procedimentos de concessão de licenciamento ambiental. Nos empreendimentos e atividades considerados potencialmente poluidores é uma exigência a apresentação do estudo de impacto ambiental e o respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual se dará publicidade. Quando pertinente, previamente à autorização de funcionamento do empreendimento, será designada audiência pública para oitiva das pessoas impactadas.

Mais um aspecto de grande relevância é a inclusão de representantes da sociedade nos órgãos colegiados com poderes normativos nas áreas ambientais. O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) é o principal deles, regulamentado pelo Decreto nº 99.274/90. Mas também é prevista a participação da sociedade civil, por exemplo, nos Comitês de Bacia Hidrográfica (art. 39, IV e V, da Lei 9.433/97).

O Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01) trata da participação em dois momentos. Estabelece uma gestão democrática por meio da participação popular dos cidadãos e associações representativas dos segmentos comunitários na formulação, execução e acompanhamento dos planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 2º, II). Prevê audiência entre a municipalidade e a população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente (art. 2º, XIII). Os instrumentos para a consecução dessa gestão democrática são os órgãos colegiados de política urbana, os debates, as audiências, as consultas públicas, as conferências sobre assuntos de interesse urbano e a iniciativa popular de projetos de lei e planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano (art. 43).

Outros dispositivos esparsos também incluem a participação popular e reforçam a noção de que se trata de um princípio do direito ambiental. A Lei 12.187/09, em seu art. 3º, *caput*, estabelece que na Política Nacional sobre Mudança do Clima será observado o princípio da participação cidadã. Toma essa política em conta o desenvolvimento sustentável no atendimento das necessidades da população e suas ações são executadas com a integração entre as entidades públicas e privadas.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei 12.305/10) destaca, dentre seus princípios, a cooperação entre o poder público, o setor empresarial e demais segmentos da sociedade e o direito da sociedade à informação e ao controle social (art. 6º, VI e X). Além disso, dentre seus instrumentos está prevista a promoção da educação ambiental (art. 8º, VIII).

De todo esse apanhado se pode concluir que a Convenção de Aarhus estabelece apenas as diretrizes gerais sobre as quais deve se pautar a participação cidadã. Compete a cada Estado facilitar e dar condições concretas para a inclusão popular na tomada de decisões. As ferramentas acima elencadas são as contribuições do Estado Brasileiro para se atingir esse objetivo, na expectativa de que sejam utilizados de modo eficaz.

Para arrematar, Sarlet e Fensterseifer definem a importância do fornecimento de mecanismos de participação na tomada de decisões:

Por outro lado, resultado evidente que uma postura proativa dos indivíduos e das organizações não governamentais (além dos movimentos populares etc.) em relação à participação política em matéria ambiental depende, em grande medida, da existência de mecanismos legislativos, administrativos e judiciais capazes de dar concretização e efetividade ao protagonismo da sociedade, o que torna fundamental a atuação do Estado no sentido de criar tais instrumentos participativos. No caso de tais instrumentos existirem e de serem colocados à disposição dos cidadãos, no plano individual e coletivo, haveria quase como um correspondente dever jurídico de participação (e, portanto, não apenas moral) no sentido de os mesmos participarem (ativamente) no processo decisório em matéria ecológica, além, é claro, de contribuírem para a fiscalização e controle de práticas públicas e privadas de caráter antiecológico<sup>33</sup>.

#### 4. ACESSO À INFORMAÇÃO

O acesso à informação foi reconhecido como um direito dos homens pela Assembleia das Nações Unidas em sua primeira sessão, no ano de 1946. Estabelece o relato da reunião: “Freedom of information is a fundamental right and is the touchstone of all freedoms to which the United Nations is consecrated”<sup>34</sup>.

Em seguida, foi positivado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, no art. 19, *in verbis*: “Toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Democracia participativa e participação pública como princípios do estado socioambiental de direito**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT. v.19, n.73, jan./mar. 2014. p. 60.

<sup>34</sup> Assembleia Geral das Nações Unidas. **Resolução n. 59 (I)**. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/1/ares1.htm>>. Acessada em 13/07/15.

ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”<sup>35</sup>.

Especificamente na área ambiental o acesso à informação foi identificado na Convenção de Estocolmo, em 1972. Considerada como um marco na legislação internacional ambiental, a declaração produzida no evento estabeleceu no princípio n. 19 que a educação ambiental é indispensável para a proteção ambiental por ser a informação a base das condutas dos indivíduos. Enalteceu, também, que os meios de comunicação de massa devem difundir a informação e a educação das questões ambientais a fim de que o homem possa se desenvolver em todos os aspectos.

A Declaração do Rio-92 abordou o acesso à informação em três de seus princípios. Além do princípio n. 10 já exposto anteriormente, os princípios n. 18 e 19 estabelecem a necessidade de comunicação entre os Estados sobre atividades que causem danos ambientais transfronteiriços.

Nesse mesmo evento foi produzida a Agenda 21, que representa um programa de ações e recomendações aos Estados-Parte para que coloquem em prática no âmbito de sua soberania. O Capítulo 40 versa sobre a informação ambiental e fixa duas áreas em que os programas necessitam ser implementados para assegurar que as decisões se baseiem em informações consistentes: na redução das diferenças em matérias de dados e na melhoria da disponibilidade da informação.

Posteriormente, a Convenção de Aarhus tornou mandatório esse direito no plano internacional. O art. 2º, item 3, define que por informação em matéria de ambiente se entende a relacionada com o estado dos elementos do ambiente e a interação entre eles, com os fatores que afetam ou possam afetar o meio ambiente e com o estado da saúde e da segurança do homem e as condições da vida humana<sup>36</sup>.

Define essa convenção que a informação tem duas facetas. A passiva está relacionada com o direito do público de ter acesso à informação em matéria de ambiente. A resposta ao requerimento precisa ser apresentada em tempo adequado, não superior a 30 dias, e as hipóteses de recusa são limitadas. A informação ativa, por seu turno, é uma obrigação do ente público em divulgar periodicamente informações ambientais. Relaciona-se aos relatórios sobre o estado do

---

<sup>35</sup> **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <[www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acessado em 09/08/2015.

<sup>36</sup> **Convenção sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisões e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente.** Disponível em: <<http://www.cada.pt/modules/news/index.php?storytopic=6>>. Acessado em 04/08/2015.



meio ambiente, à disponibilização de textos de lei, políticas, planos e programas e divulgação de situações de ameaça eminente à saúde humana.

Na legislação brasileira o acesso à informação desponta como um dos objetivos da Polícia Nacional do Meio Ambiente. O art. 4º, V, da Lei 6.938/81 define que se visará a divulgação de danos e informações ambientais como meio de formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação do meio ambiente.

Na Constituição Federal esse direito é previsto duplamente no art. 5º dentre os direitos e garantias individuais. O inciso XIV relaciona que é assegurado a todos o acesso à informação e o inciso XXXIII reconhece o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, coletivo ou geral.

Bernasconi-Osterwalder reflete sobre a natureza desse direito a partir de decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos:

The case reflects an emergin trend over the past years towards the recognition of freedom of information as a freedom in its own right. Freedom of information forms the basis for democracy, public participation and government accountability, and entails a positive obligation for the States to ensure access to information, paticularly information held by government. The confidentiality of documents is thus the exception rather than the rule and restrictions are carefully circumscribed<sup>37</sup>.

O acesso à informação ambiental, no entendimento de Garzia, deve ser reconhecido como um direito subjetivo do indivíduo e não meramente um legítimo interesse jurídico. Constitui-se em verdadeiro princípio na medida em que não se trata de elemento acessório das ações de tutela do ambiente e sim representa o necessário pressuposto para a plena atuação dos demais princípios em matéria ambiental<sup>38</sup>.

A informação é um pressuposto do agir e tem dois objetivos primordiais: formar a consciência do público sobre questões de interesse comum e estabelecer uma opinião pública livre para o exercício dos direitos de participação. É o que indicam Marchello et al:

Uno sviluppo sostenibile non può essere raggiunto trascurando l'importante ruolo che svolge l'informazione nella politica di sensibilizzazione dei cittadini sulla questine ambientale. Il problema dell'informazione ambientale rientra nella più generale tutela del diritto d'informazione riconosciuto come presupposto necessario per la partecipazione dei cittadini alla res publica<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> BUGGE, Hans Christian. VOIGT, Christina. **Sustainable development in international and national law**. Groningen: Europe Law Publishing, 2008. p. 328

<sup>38</sup> GARZIA, Giuseppe. **Il diritto all'informazione ambientale tra situazioni soggettive e interessi pubblici**. Dogana: Magioli Editore, 1998. p. 231.

<sup>39</sup> MARCHELLO, Francesco et al. **Diritto dell'ambiente corso di ecologia e di educazione ambientale**. Napoli: Edizioni Giuridiche

A participação pressupõe que o público esteja informado para atuar de modo consciente. Deste modo, na democracia direta, o acesso à informação é tido como um dos pilares do princípio da participação. Uma atuação qualificada do indivíduo somente é possível se estiver informado e consciente da realidade e dos problemas do meio ambiente. O acesso à informação possibilita a autonomia e a autodeterminação da condição político-participativa<sup>40</sup>. Destacamos passagem de Milaré:

De fato, o cidadão bem informado dispõe de valiosa ferramenta de controle social do Poder. Isto porque, ao se deparar com a informação e compreender o real significado da questão ambiental, o ser humano é resgatado de sua condição de alienação e passividade. E, assim, conquista a sua cidadania, tornando-se apto para envolver-se ativamente na condução de processos decisórios que não de decidir o futuro da humanidade sobre a Terra. A informação conduz, desse modo, à atuação eficiente da comunidade, contribuindo para diminuir e fazer cessar as frequentes situações de abusos, que decorrem da irresponsabilidade muitas vezes amparada por uma legislação fragmentada e falha<sup>41</sup>.

A amplitude desse direito é também maior do que um primeiro olhar sugere. Não se resume ao mero acesso às informações de posse do Poder Público. Garzia aponta que são três os aspectos que compõe o direito à informação ambiental, a saber:

Più in particolare sono tre i principali modelli individuabili: il diritto d'accesso, da parte di chiunque vi abbia interesse, alle informazioni ambientali in possesso dell'autorità pubblica; il diritto all'informazione volto a consentire la partecipazione ai procedimenti amministrativi relativi a tematiche ambientali e, infine, il diritto dei cittadini ad essere informati direttamente da parte dell'autorità pubblica allo scopo di prevenire (o comunque limitare) i danni che gli stessi potrebbero subire dall'avverarsi di taluni eventi connessi con lo svolgimento di determinate attività industriali<sup>42</sup>.

A informação ambiental forma a consciência social e educada para a cidadania e respeito aos problemas ambientais, facilita a participação efetiva dos cidadãos nos assuntos do meio ambiente e age como instrumento de controle democrático para assegurar o cumprimento das legislações ambientais<sup>43</sup>.

Isso impõe que o Estado seja dotado de um adequado aparato tanto para a construção da informação quando para sua divulgação. Quanto melhor qualificada for a informação, maior será a

---

Simone, 1999. p. 108,

<sup>40</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Democracia participativa e participação pública como princípios do estado socioambiental de direito**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT. v.19, n.73, jan./mar. 2014. p. 47-90.

<sup>41</sup> MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 210.

<sup>42</sup> GARZIA, Giuseppe. **Il diritto all'informazione ambientale tra situazioni soggettive e interessi pubblici**. Dogana: Magioli Editore, 1998. p. 79.

<sup>43</sup> LIZARRAGA, José Antonio Razquin. ESPINOSA, Ángel Ruiz de Apodaca. **Información, participación y justicia em materia de medio ambiente**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007. p. 168.

capacidade de se desenvolver uma consciência ambiental, a participação ativa e o senso de responsabilidade da coletividade. Cito, novamente, os ensinamentos de Garzia:

Queste situazioni giuridiche soggettive pongono in evidenza le due esigenze principali: in primo luogo, la necessità di dotare le amministrazioni pubbliche - e in generale tutte le sedi decisionali coinvolte - di adeguati apparati di conoscenze e dati su cui potere fondare la correttezza e l'efficacia delle scelte in merito alle strategie e alle misure di tutela; in secondo luogo, la necessità di fornire informazioni ai soggetti privati, o a collettività determinate, o al pubblico in generale, allo scopo di sviluppare le conoscenze, la partecipazione e la responsabilità favorendo una maggiore coscienza ambientale e una maggiore consapevolezza nei comportamenti di tutti<sup>44</sup>.

Para atingir máxima eficácia, a informação necessita ser adequadamente divulgada. A forma de transmissão precisa ser com linguagem acessível para o público, de modo a atingir o maior número possível de pessoas. Essa informação também necessita chegar ao ouvinte previamente à execução de determinada atividade para que tenha possibilidade de atuar. Indica Hansen:

Um esforço de educação ambiental implica na necessidade, por um lado, de elaboração de um conteúdo capaz de sensibilizar as pessoas sobre a necessidade de preservação do meio ambiente e de mudanças nas condutas que vão à contramão disso. Isso implica em selecionar informações atraentes e comunicá-las de maneira simples, de sorte que diferentes públicos, oriundos de culturas distintas e de formação intelectual diferentes possam compreender o que se pretende expressar<sup>45</sup>.

Constitui a informação uma poderosa ferramenta de controle social. Ao lado da liberdade de imprensa e do banimento da censura, o acesso à informação favorece a transparência dos atos administrativos e permite a todos tomar ciência das ações dos entes públicos. Está intimamente ligada ao princípio da publicidade que permeia o direito administrativo. Reproduzimos texto de Lizarraga e Espinosa:

La información al ciudadano sobre los asuntos públicos es una exigencia básica del Estado democrático de Derecho, más imperiosa en la actualidad dentro de la denominada sociedad de la información en la que vivimos. Por ello, el acceso a la información es una necesidad destacada y justificada de forma unánime por las ventajas que aporta y por su relevante funcionalidad para hacer realidad la denominada democracia participativa mediante la intervención informada de todas las personas en la vida política, económica y social. El acceso a la información se inscribe en un marco más amplio que lo relaciona con el derecho a comunicar y recibir información, reconocido como derecho fundamental en el artículo 20 de la CE<sup>46</sup>.

O acesso à informação está presente em todos os campos do direito. Entretanto, na seara

---

<sup>44</sup> GARZIA, Giuseppe. **Il diritto all'informazione ambientale tra situazioni soggettive e interessi pubblici**. Dogana: Magioli Editore, 1998. p. 233.

<sup>45</sup> HANSEN, Gilvan Luiz. Educação ambiental e desenvolvimento econômico sustentável sob o prisma discursivo. In: CARLI, Ana Alice. MARTINS, Saadia Borba (Org.). **Educação ambiental premissa inafastável ao desenvolvimento econômico sustentável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 63.

<sup>46</sup> LIZARRAGA, José Antonio Razquin. ESPINOSA, Ángel Ruiz de Apodaca. **Información, participación y justicia em materia de medio ambiente**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007. p. 167.

ambiental, assume especial relevância por conta da sua interdisciplinaridade. Nesse sentido reforça Marchisio:

Pur innestandosi su questo corpus tradizionale della libertà di informazione, l'informazione ambientale presenta tuttavia caratteri peculiari. Forse per l'evidente interdipendenza tra esigenze dell'informazione, da un lato, e di tutela dell'ambiente, dall'altro lato; o perché in questo settore, come in nessun altro, il possesso delle finalità proprie della materia ambientale, sicuramente più ampie di quelle connesse alla sfera strettamente individuale. In questo campo, la prassi internazionale è senz'altro più netta nel confermare un obbligo degli Stati di consentire l'accesso all'informazione ambientale in modo non discriminatorio e a un costo ragionevole<sup>47</sup>.

A legislação brasileira prevê o direito de acesso à informação ambiental em uma série de dispositivos, o que demonstra a preocupação do legislador em dar efetividade a esse direito. A seguir relacionamos alguns deles.

O Relatório de Qualidade do Meio Ambiente é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, previsto no art. 9º, X, da Lei 6.938/81. Trata-se de documento de publicação periódica de atribuição do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA). Seu escopo é o de apresentar um panorama sobre o estado do meio ambiente. O relatório apresenta informações ambientais para a gestão dos recursos naturais e conservação dos ecossistemas e sua apresentação periódica permite avaliar se houve evolução ou degradação do meio ambiente.

A publicidade do relatório de impacto ambiental (RIMA) é outra expressão do direito de acesso à informação. O art. 11 da Resolução 01/86 do CONAMA estabelece que, ressalvado o sigilo industrial, o RIMA será acessível ao público, escrito em linguagem acessível e cópias permanecerão à disposição dos interessados nos órgãos de controle ambiental.

Na regulamentação de um dos temas mais caros ao meio ambiente o acesso à informação é também garantido para toda a sociedade. A Política Nacional de Recursos Hídricos tem, entre seus instrumentos, o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos (art. 5º, VI, da Lei 9.433/97). Versa sobre a coleta, tratamento, armazenamento e recuperação de informações sobre os recursos hídricos e fatores intervenientes em sua gestão. Tem como objetivo reunir e divulgar dados e informações sobre a qualidade da água e sobre a disponibilidade e demanda de recursos hídricos em todo o território nacional.

A Lei 10.650/03 dispõe sobre o acesso público aos dados e informações ambientais e

---

<sup>47</sup> MARCHISIO, Sergio. CAMMELLI, Antonio (Org). **Informatica diritto ambiente tecnologie dell'informazione e diritto all'ambiente**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. p. 58.

regulamenta o sistema nacional de informações sobre o meio ambiente, previsto no art. 9º, VII, da Lei 6.938/81. Esse sistema foi desenvolvido como uma ferramenta de acesso à informação em que há a integração de banco de dados para fortalecer a produção, a sistematização e a análise de estatísticas e indicadores do meio ambiente. O acesso é garantido a qualquer indivíduo, independentemente da comprovação de interesse, bastando o comprometimento de não utilizar as informações para fins comerciais (art. 2º, §1º, da Lei 10.650/03).

Mais adiante na evolução da legislação ambiental aparece a lei de biossegurança. A preocupação com os efeitos dos alimentos transgênicos sobre a saúde fez com que fosse inserido, no art. 40 da Lei 11.105/05, a determinação para que os alimentos que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados apresentem essa informação no seu rótulo. Desafortunadamente, foi aprovada na Câmara dos Deputados e pende de análise no Senado um projeto de lei que acaba com essa obrigação destinada aos fabricantes. No nosso entender, trata-se de afronta ao direito do consumidor de ter plena informação sobre o produto para poder fazer sua própria escolha de forma consciente.

Apesar de não tratar especificamente sobre informação ambiental, a lei de acesso à informação é um mecanismo que garante esse direito em face do poder público. Dita o art. 5º da Lei 12.527/11, *in verbis*: “É dever do Estado garantir o direito de acesso à informação, que será franqueada, mediante procedimentos objetivos e ágeis, de forma transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão”. A lei estabelece um procedimento padrão para a solicitação da informação, com previsão de recurso em caso de indeferimento. Foram disciplinadas as hipóteses em que a informação pode ser negada, devendo a interpretação ser feita restritivamente por implicar na negativa de um direito fundamental.

Para encerrar esse tópico, uma questão de grande indagação é a eficácia do direito de acesso à informação ambiental entre particulares. A conjunção entre os princípios da prevenção e da precaução nos parece impor esse acesso a quem demonstrar legítimo interesse. Compete a quem for iniciar uma atividade demonstrar a segurança do empreendimento para o meio ambiente.

Como exemplo podemos citar um projeto de construção em terreno com inclinação. Existe um iminente risco para os proprietários dos terrenos lindeiros de deslizamento. O acesso aos planos da edificação, apesar de se tratarem de documentos pertencentes ao empreendedor, não pode ser negado. A informação, nesses casos, irá garantir a observância de postulados como a

boa-fé objetiva e a função social da propriedade.

## 5. ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça em matéria ambiental é o componente que integra os demais que formam o princípio da participação. Quando a participação na tomada de decisões ou o acesso à informação não forem respeitados, cabe aos Estados estabelecer os regramentos para o acesso à justiça.

Esse direito significa a possibilidade de o indivíduo ter acesso à revisão de determinado ato por intermédio de um tribunal ou outro órgão independente e imparcial. Seu aspecto é amplo e engloba não apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas também aos recursos administrativos.

O acesso à justiça nada mais é do que um corolário do princípio da participação. Por ser a tutela do meio ambiente também uma responsabilidade social, devem ser conferidas à população ferramentas para discutir suas violações. Além disso, a participação cidadã impõe a possibilidade de as pessoas participarem na formação da convicção das decisões judiciais. Azuma descreve esse papel:

Destarte, o papel construtivo da democracia é criar oportunidades para a consecução de seus fins, na medida em que autorize a criação de novos métodos de participação popular nos processos de decisão, como tradução da vontade única do povo, mediante o acesso deste aos meios efetivos de formação de convicção do Poder Judiciário<sup>48</sup>.

A Convenção de Aarhus, em seu art. 9º, determina que a legislação nacional assegurará esse acesso a quem detenha um legítimo interesse ou tenha estabelecido o direito violado como uma de suas finalidades. Portanto, tanto o indivíduo pode buscar a guarida pela via judicial como as organizações não governamentais na defesa dos interesses descritos em seus estatutos.

Também fixa a convenção que os procedimentos promoverão soluções adequadas e equitativas, entre elas a reparação integral e apropriada. Finaliza descrevendo como obrigação a publicidade das decisões e a manutenção de mecanismos de assistência apropriada para remover ou reduzir os custos do acesso à justiça.

O devido processo legal detém especial relevância na implementação do acesso à justiça. As regras do procedimento para a revisão dos atos e complementação das omissões que atinjam o

---

<sup>48</sup> AZUMA, João Carlos. **Democracia participativa: uma dimensão interpretativa concretizadora**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. ano 17. n. 68. jul-set. 2009. p. 105.

meio ambiente devem estar previamente estabelecidas. Sarlet e Fensterseifer destacam:

Em verdade, o direito ao procedimento, judicial e administrativo, opera como projeção do próprio direito material, já que busca conferir ao mesmo uma tutela integral e efetiva. De tal sorte, conforme já tratamos anteriormente, reconhece-se uma dimensão procedimental (ou processual) como essencial para contemplar um sistema de tutela efetiva do direito fundamental ao ambiente, inclusive assegurando, como sustenta Patryck de Araújo Ayala, um devido processo ambiental, o qual deverá ser necessariamente participativo. Cabe ao processo civil, nesse sentido, criar técnicas capazes de dar conta de uma tutela adequada e efetiva dos direitos, especialmente dos direitos fundamentais, sem nunca perder de vista a sua natureza de instrumento e o primado do direito material<sup>49</sup>.

A seguir relacionamos alguns dos mecanismos processuais previstos em nossa legislação que são aplicáveis ao direito ambiental.

A ação popular é um dos primeiros instrumentos processuais para a tutela do meio ambiente. A legitimidade ativa é do cidadão, assim considerado aquele que detém o direito político de votar. O objetivo é pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público, dentre os quais a jurisprudência consolidou o meio ambiente.

A ação civil pública, regulamentada pela Lei 7.347/85, talvez seja o mais importante instrumento na proteção do meio ambiente. Seu escopo é a tutela de determinados interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, nos quais se insere o meio ambiente. O destaque especial é para a legitimidade, que abrange instituições como o Ministério Público, a Defensoria Pública e os entes federativos, mas também as associações constituídas há pelo menos 1 ano que incluam entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, o que reforça a participação popular.

Nesse mesma perspectiva o inquérito civil é outra ferramenta de acesso à justiça. Presidido pelo Ministério Público, seu objetivo é o de colher o conjunto probatório para instruir uma ação civil pública. O *Parquet* detém a prerrogativa de requisitar de qualquer organismo público ou particular informações e realizar exames ou perícias. Nada impede que o cidadão possa apresentar documentos, notícias ou conhecimento técnico para incrementar a investigação.

O mandado de segurança serve para proteger o direito líquido e certo contra ilegalidades ou abuso de poder praticado por autoridade pública ou no exercício de função pública. Usualmente utilizado para a tutela de interesses individuais, o significativo avanço com a Lei

---

<sup>49</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Democracia participativa e participação pública como princípios do estado socioambiental de direito**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT. v.19, n.73, jan./mar. 2014. p. 79.

12.016/09 foi a positivação do mandado de segurança coletivo. Está assegurado o *writ of mandamus* para as associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos 1 ano na defesa de direitos transindividuais pertinentes às suas finalidades.

Outro remédio constitucional que pode ser utilizado nessa seara é o mandado de injunção. Previsto no art. 5º, LXXI, da Constituição Federal, é admissível quando a omissão estatal torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Por ter o meio ambiente alçado a posição de constitucional, o mandado de injunção é um instrumento de sua tutela. Infelizmente, enquanto não estiver regulamentado, possui eficácia limitada, pois se debate se é uma ação de cunho meramente declaratório ou detém alguma carga constitutiva.

Ainda na esfera constitucional podemos relacionar as ações de controle concentrado de constitucionalidade. São elas a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade e a ação de descumprimento de preceito fundamental. Estipulado o meio ambiente como um valor fundamental, qualquer lei ou ato normativo que o atinja é passível de revisão pela Corte Constitucional.

Dentro desta perspectiva, o Supremo Tribunal Federal vem adotando boas práticas para reforçar a participação popular por intermédio de dois institutos da lei que regulamente a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade.

O primeiro é o *amicus curiae*, previsto no art. 7º, §2º, da Lei 9.868/99. Trata-se de instituto em que uma pessoa, mesmo sem parte, mas em virtude de sua representatividade dentro de determinada matéria, pode ingressar no processo para intervir e apresentar suas observações para contribuir com a discussão. Esclarece Bueno:

O *amicus curiae*, no direito brasileiro, tem tudo para desempenhar um papel paralelo e complementar à função exercida tradicionalmente pelo custos legis justamente porque uma das características mais marcantes da sociedade do Estado atuais é o pluralismo. (...) A função do *amicus curiae* é a de levar, espontaneamente ou quando provocado pelo magistrado, elementos de fato e/ou de direito que de alguma forma relacionam-se intimamente com a matéria posta para julgamento<sup>50</sup>.

O segundo é a designação de audiências públicas, previstas no art. 9º, §1º, da Lei 9.868/99. A primeira realizada pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu em 20/04/07 para discussão da lei de

---

<sup>50</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae***. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Amicus%20curiae.pdf>>. Acessado em: 18/08/15.



biossegurança. Mas outras já foram convocadas para avaliação de matérias relacionadas ao meio ambiente, como as que debatiam o uso do amianto, o uso de células tronco e a judicialização do acesso à saúde.

Espera-se que essa participação direta do cidadão no Poder Judiciário seja cada vez mais fomentada. Ambos os institutos acima relacionados podem ser utilizados de forma mais ampla e em qualquer processo judicial, sempre que a relevância da matéria indicar a necessidade.

No intuito de facilitar o acesso à justiça os Tribunais vêm promovendo interessante mudança na dinâmica dos processos que envolvem questões ambientais. Essas demandas, em geral, dependem da produção de prova técnica para subsidiar a análise do magistrado. Entretanto, existe grande discrepância de poder econômico entre as empresas que realizam atividades poluidoras e as pessoas ou organizações não governamentais que buscam questionar o empreendimento.

Para equacionar essa situação a solução encontrada pela jurisprudência foi determinar a inversão do ônus da prova. Isso serve para garantir uma paridade de armas e relação equânime entre as partes, pois muitas vezes se constata um grande desequilíbrio técnico e econômico entre os litigantes<sup>51</sup>.

O fundamento para tanto é a leitura e aplicação dos princípios da prevenção e da precaução. A empresa que produz uma atividade poluidora necessita tomar as medidas necessárias para evitar ou minimizar os danos. Igualmente, aquele que pretende realizar um empreendimento em que não haja certeza científica sobre o dano ambiental, tem a obrigação de demonstrar qual será o impacto produzido<sup>52</sup>. Daí se extrai a justificativa para a inversão do ônus da prova.

Essas ações concretas do Poder Judiciário reforçam o sentido da democracia participativa. Como um dos poderes da República, lhe compete assumir o protagonismo em busca do incremento da participação cidadã. Isso somente aumentará a qualidade e a legitimidade da decisão que for tomada. Lecionam Sarlet e Fensterseifer:

Com efeito, tendo em conta que dentre os meios de o Estado cumprir com os seus deveres de proteção está o de criar procedimentos e técnicas adequadas à tutela efetiva dos direitos, cabe

---

<sup>51</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Democracia participativa e participação pública como princípios do estado socioambiental de direito**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT. v.19, n.73, jan./mar. 2014. p. 83.

<sup>52</sup> vide: Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 1412664/SP. Rel. Min. Raul Araújo. j. 11/04/14. DJe 11/03/14

também ao Poder Judiciário o papel de interpretar a legislação processual de um modo compatível com as exigências da proteção suficiente, mediante o recurso, dentre outros, à técnica da interpretação conforme a Constituição, ou mesmo declarando a inconstitucionalidade da legislação processual, crescendo, nesse contexto, os poderes (mas também a responsabilidade) dos juízes e Tribunais. Em última instância, essa postura ativa do Poder Judiciário, sobretudo quando estiver diante de pleito que envolva violação a direitos fundamentais, implica a ampliação dos canais de acesso à justiça, sem que com isso se esteja a desconsiderar a necessidade de conter eventuais abusos no exercício do direito de litigar<sup>53</sup>.

A importância da atuação do Judiciário vai além da mera aplicação da lei ou de servir como órgão revisor das instâncias administrativas. Na interpretação das normas a serem aplicadas promove uma verdadeira construção do direito. Na seara ambiental, deve atuar com serenidade e levar em consideração as repercussões de suas decisões para o meio ambiente. Carvalho relata essa função do seguinte modo:

O magistrado, portanto, inova e, por que não dizê-lo, exerce um papel de criativa dignidade, quando, na interpretação da norma ambiental, o faz extensamente procurando superar conceitos ultrapassados do direito individualizado em benefício do direito coletivo, comum, das presentes e futuras gerações. E situa-se, pois, aqui a importante contribuição do Judiciário para aquele fenômeno que já denominei de salto qualitativo para a consecução de um direito humano fundamental, representado pela qualidade de vida<sup>54</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A participação ativa do cidadão desponta como uma das alternativas para superar a crise da democracia. Diante do descrédito dos representantes e das instituições governamentais, cabe à população assumir sua parcela de responsabilidade na construção de uma sociedade melhor.

Na seara ambiental o princípio da participação possui destacada relevância por estar entre aqueles que formam a base do direito ambiental. Também decorre da interdisciplinaridade e do caráter global do meio ambiente, características que tornam essencial a participação de toda a sociedade na formulação das políticas públicas.

A participação cidadã pode ser promovida de três modos distintos. Com a oitiva da população durante o processo de tomada de decisões, de maneira que a opinião da sociedade seja levada em consideração por aqueles que detêm a prerrogativa da escolha. Pelo amplo acesso à informação a fim de dar publicidade às ações do poder público e orientar a comunidade sobre as

---

<sup>53</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Democracia participativa e participação pública como princípios do estado socioambiental de direito**. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: RT. v.19, n.73, jan./mar. 2014. p. 83.

<sup>54</sup> CARVALHO, Carlos Gomes de. **Introdução ao direito ambiental**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. pp. 133-134.

condições do meio ambiente. Mediante o acesso à justiça, possibilitando assim a revisão de decisões ou a supressão de omissões do Estado ou de particulares que atinjam o ambiente.

Objetivamente podem ser constatados diversos benefícios da participação do cidadão. Qualifica as decisões porque permite aumentar o conhecimento e o debate sobre determinado tema. Facilita pôr em prática as políticas adotadas, pois dá maior legitimidade à escolha. Promove a transparência dos poderes públicos e permite um maior controle da discricionariedade dos atos administrativos. Fortalece a democracia na medida em que cria uma maior interação entre os representantes políticos e os cidadãos.

Primordialmente, a participação é instrumento essencial de conscientização. É necessário, cada vez mais, sensibilizar a sociedade das agressões sofridas pelo meio ambiente. Somente uma população informada e capacitada poderá agir de forma positiva. Trata-se de verdadeira aprendizagem social que possibilitará garantir o cumprimento e a aplicação da legislação ambiental.

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

AZUMA, João Carlos. Democracia participativa: uma dimensão interpretativa concretizadora. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. ano 17. n. 68. jul-set. 2009.

BARBOSA, Gabriela Gonçalves. FARIAS, Talden. O princípio da participação popular no direito ambiental brasileiro e sua contribuição para a proteção ao meio ambiente. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental**. ano 7. N. 37. Jan-fev, 2008.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Quatro perguntas e quatro respostas sobre o *amicus curiae***. Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com.br/Textos/Amicus%20curiae.pdf> >. Acessado em: 18/08/15.

BUGGE, Hans Christian. VOIGT, Christina. **Sustainable development in international and national law**. Groningen: Europe Law Publishing, 2008. p. 328

CARVALHO, Carlos Gomes de. **Introdução ao direito ambiental**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CLIMENT, Miguel Ángel Blanes. **La transparencia informativa de las administraciones públicas el derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa**. Navarra: Aranzadi, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCÍA, José Francisco Alenza. **Manual de derecho ambiental**. Pamplona: Universidad Pública de

Navarra, 2001.

GARZIA, Giuseppe. Il diritto all'informazione ambientale tra situazioni HANSEN, Gilvan Luiz. Educação ambiental e desenvolvimento econômico sustentável sob o prisma discursivo. In: CARLI, Ana Alice. MARTINS, Saadia Borba (Org.). **Educação ambiental premissa inafastável ao desenvolvimento econômico sustentável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LIZARRAGA, José Antonio Razquin. ESPINOSA, Ángel Ruiz de Apodaca. **Información, participación y justicia em materia de medio ambiente**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O resgate da democracia representativa através da democracia participativa. **Revista da Faculdade Livre de Direito do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte. n. 44. jan/jun, 2004.

MARCHELLO, Francesco et al. **Diritto dell'ambiente corso di ecologia e di educazione ambientale**. Napoli: Edizioni Giuridiche Simone, 1999.

MARCHISIO, Sergio. CAMMELLI, Antonio (Org.). **Informatica diritto ambiente tecnologie dell'informazione e diritto all'ambiente**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.

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

NÁRDIZ, Alfredo Ramírez. **Democracia participativa la democracia participativa como profundización en la democracia**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NEVES, Rafaela Teixeira. MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. Os princípios da participação e informação ambientais e a aplicação da Convenção de Aarhus no direito brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**. ano 20. v. 77. jan-mar, 2005.

PÉREZ, José Gutiérrez. MUÑOZ, Luis Cano (Org.). **Investigaciones en la década de la educación para el desarrollo sostenible**. Madrid: CENEAM, 2008.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito ambiental parte geral**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Democracia participativa e participação pública como princípios do estado socioambiental de direito. **Revista de Direito Ambiental**. São Paulo: RT. v.19, n.73, jan./mar. 2014.

# EL CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA Y EL DAÑO AMBIENTAL

Germán Mendoza Cubillos<sup>1</sup>

Dimis da Costa Braga<sup>2</sup>

## INTRODUCCIÓN

La búsqueda de una mejor sociedad, en cuanto se propicie la construcción de un desarrollo sostenible, ha sido el postulado de eficacia y eficiencia para enfrentar los conflictos socio-ambientales, que es la expresión de uno de los principios universales y del desarrollo sostenible contenidos en la Declaración de Río de Janeiro de junio de 1992, sobre Medio Ambiente y Desarrollo. Es así, como el Congreso de la República de Colombia expidió la ley 99 de 1993<sup>3</sup>, que refiere los “Principios Generales Ambientales” que la política ambiental debe seguir; dentro de los cuales se establece que:

Artículo 1º:

Numeral 13. Para el manejo ambiental del país, se establece un Sistema Nacional Ambiental, SINA, cuyos componentes y su interrelación definen los mecanismos de actuación del Estado y la sociedad civil.

Numeral 14: Las instituciones ambientales del Estado se estructurarán teniendo como base criterios de manejo integral del medio ambiente y su interrelación con los procesos de planificación económica, social y física.

De esta manera se deben mover los actores sociales alrededor de los recursos naturales, siendo protagonistas las autoridades ambientales, los entes oficiales no ambientales, las instituciones de educación y demás miembros de la comunidad académica, las organizaciones no gubernamentales en materia ambiental, el sector privado, las minorías étnicas, los entes

---

<sup>1</sup> Abogado de La Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia; Maestría en Gestión Pública del Instituto Tecnológico de Monterrey – México; estudiante de Doctorado en Derecho Ambiental de la Universidad de Alicante; profesor de la Universidad Libre, Bogotá – Colombia; asesor y consultor empresarial.

<sup>2</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (1992), pós-graduação em Direito Processual Civil (lato sensu) pela mesma Universidade (1997) e em Direito Público pela Faculdade Maurício de Nassau, do Recife (2008), e mestrado em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (2014). Atualmente é professor de Processo Civil da Universidade Nilton Lins, em Manaus, Juiz Titular da 1ª Vara Federal Cível de Rondônia e membro de Conselho Editorial da Revista Brasileira de Direito Ambiental.

<sup>3</sup> La ley 99 de 1993 que tiene por objeto “reordenar el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables” (COLOMBIA. Ley 99, de 1993. Ministério del Medio Ambiente, 22 de diciembre de 1993. Disponible en: <<http://www.humboldt.org.co/images/documentos/pdf/Normativo/1993-12-22-ley-99-crea-el-sina-y-mma.pdf>>. Acceso en: 20 de mayo de 2016.)

territoriales, la comunidad científica, los organismos de dirección política y de soporte, los órganos de control, la sociedad civil y los organismos internacionales. Lo anterior para lograr la articulación de las dimensiones social, económica y ambiental, para un desarrollo integral, donde los diferentes actores prioricen y armonicen las estrategias, políticas y líneas de acción a seguir, con el fin de construir modelos de gestión orientados hacia la sostenibilidad en sus distintas dimensiones con una visión holística.

Sin embargo, esas políticas y líneas de acción se ven truncas por los frecuentes conflictos que se producen en diferentes ámbitos, como el conflicto ambiental mismo, entendido como “aquel donde la controversia de información, intereses o valores se refieren a aspectos relacionados con el acceso, disponibilidad y calidad de los recursos naturales y de las condiciones ambientales del entorno que afectan la calidad de vida de las personas”<sup>4</sup>. Conflictos ambientales que se generan del uso y explotación de los recursos naturales, que antes se creía eran ilimitados e inagotables y de los que cualquiera podía explotar o contaminar; esa situación, que ahora es evidente, es consecuencia de las presiones económicas, demográficas, políticas, culturales, etc. Conflictos estos con altos niveles de complejidad, por lo que para plantear posibles soluciones a estos se requieren rigurosos análisis económicos, políticos, jurídicos, de estructuras de poder, técnicos, que conlleven a establecer acuerdos y marcos regulatorios claros, que permitan una solución pequeña, pero que alcance niveles inimaginables para un cambio global.

El análisis de las causas y las soluciones del conflicto se deriva de la identificación de los actores, como de los efectos de las limitaciones y acciones impuestas por los mismos, dentro de las contradicciones propias de las relaciones de propiedad y de las maneras de explotación de los recursos. Entonces el factor fundamental en la definición del conflicto y su análisis depende de vislumbrar sus efectos y causas, externalidades, tanto sociales como políticas y ambientales, proceden de la enunciación de supuestos para prevenir los conflictos, manejarlos administrarlos o solucionarlos.

En definitiva la respuesta a los conflictos, por la vasta complejidad de causas, actores, procesos y dimensiones que los rodean, requieren de un análisis profundo, de los intereses de los actores involucrados, sus relaciones, los antecedentes y la voluntad de los implicados en manejar el conflicto.

---

<sup>4</sup> Centro de Investigación y Planificación para el Medio Ambiente – CIPMA. *Revista A&D - Ambiente & Desarrollo*, 1995

Por otra parte, y para los efectos de este artículo, un conflicto que produce graves impactos en el ambiente, es el generado por la violencia armada, cuyos autores son los grupos alzados en armas contra la institucionalidad y la autoridad actualmente imperante; conflicto éste que ha tomado como campo de acción las selvas y los campos de Colombia, por lo que la repercusión del mismo recae de manera directa y contundente sobre los recursos naturales; especialmente si se tiene en cuenta que Colombia es considerada como un territorio de gran biodiversidad, sin embargo es vulnerable frente a las actividades de guerra y violencia en las zonas de influencia, como las áreas sensibles o de manejo especial, como los son los parques nacionales naturales, manglares, sitios Ramsar, humedales, ríos, bosques tropicales y páramos, así como la amenaza al bienestar de la comunidad.

Los resultados del referido conflicto armado muestran que la violencia persistente, que incluye muertes, desapariciones y desplazamiento forzado; también se refleja en la explotación indiscriminada de los recursos naturales, por parte de los grupos armados ilegales, como son la delincuencia común organizada, la guerrilla de izquierda y los grupos paramilitares de derecha que aún subsisten; que explotan los recursos naturales para financiar sus proyectos, utilizan medios inadecuados en la minería, energía fósil, la generación de energía y biomasa; destruyen la infraestructura de los hidrocarburos, generando derrames que afectan el ambiente; los cultivos de coca, amapola y mariguana, que destruyen el campo forestal y la fertilidad del suelo; y por parte del gobierno nacional, la fumigación para erradicar esos cultivos, que utiliza herbicidas de alto y negativo impacto ambiental.

No obstante la abundancia de mecanismos jurídicos para intentar resolver los conflictos, como los férreos procesos de negociación para su resolución, el problema persiste; esto muestra la bipolaridad de la sociedad colombiana que se enmarca en los extremos entre negociación, juridicidad y violencia.

## **1. ESCENARIO AMBIENTAL DENTRO DEL CONFLICTO**

En Colombia el 83 % de los municipios, en mayor o menor grado, tienen presencia de grupos armados ilegales<sup>5</sup>; sin embargo son los parques naturales el refugio de estas

---

<sup>5</sup> CERAC. Centro de Recursos para el Análisis de Conflictos. **Análisis de Conflictos y Violencia Política** - Tipología por municipios del conflicto armado. Bogotá. Disponible en: <<http://www.cerac.org.co/es/l%C3%ADneas-de-investigaci%C3%B3n/analisis-conflicto/tipologia-por-municipios-del-conflicto-armado.html>>. Acceso en: 20 de maio de 2016.

organizaciones armadas, porque son zona de selva y alta montaña, ambas de difícil acceso, por lo que son una buena forma de ocultarse y protegerse; ese conflicto que se vive en zonas alejadas de la urbanización, como lo son región de la Amazonia y Chocó, afecta precisamente las zonas de mayor biodiversidad y genera un gran impacto en el ambiente; claro ejemplo del daño, es el causado con la “Operación Sodoma”<sup>6</sup>, un operativo militar que se realizó para la captura de un cabecilla de uno de los grupos armados, donde se gastaron más de 200.000 millones de pesos, (90.000 dólares aproximadamente) y se utilizaron explosivos de gran poder destructivo, en zonas de bosques y de gran follaje; y si tenemos en cuenta que la extensión de Colombia es de 114.174.800 hectáreas y que la cobertura boscosa es de 63.777.519 hectáreas, eso quiere decir que el 56 % del territorio está expuesto a afectaciones por estas incursiones armadas, lo cual puede registrar una alta deforestación, contaminación de fuentes hídricas y el daño en el suelo. Adicionalmente los grupos ilegales, para financiar sus proyectos, explotan los recursos, especialmente el oro, que ha afectado la mayoría de las cuencas hidrográficas, como es el caso del Municipio de Condoto, que se encuentra localizado al sur oriente del Departamento del Chocó; a una distancia de 90 Km; a tres (3) horas vía carretable de la capital Quibdó, municipio ubicado en la selva tropical de la cuenca del pacífico<sup>7</sup> y corresponde a un área de los bosques del delta del río San Juan, con ecosistemas casi homogéneos que sustenta altos índices de riqueza y diversidad de especies; estudios florísticos realizados<sup>8</sup> en el área, registraron 266 especies distribuidas en 126 géneros y 47 familias. Esta área por pertenecer al sistema costero pacífico, posee la mayor concentración de pelícanos (*Pelecanus occidentalis*)<sup>9</sup>; además es un sitio importante para el descanso, alimentación de otras aves marinas como piqueros, fragatas y cormoranes, se han observado concentraciones significativas de hasta cientos de individuos de chorlos, playeros y gaviotas migratorias. En los ríos Condoto y Opogodo el impacto de las actividades mineras ha desencadenado además de los conflictos ambientales, otros de tipo social, ligados a la posesión de tierras, disputas por derechos de explotación minera en sitios específicos, proselitismo para

---

<sup>6</sup> Operación que realizaron las Fuerzas Militares de Colombia y de la Policía Nacional, el 22 y 23 de septiembre de 2010, contra el grupo de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC – EP, para atrapar y dar de baja al cabecilla, alias "Mono Jojoy".

<sup>7</sup> COLOMBIA. Municipio de Condoto. **Plan integral único para la atención a población en situación de desplazamiento 2008-2011**. Condoto – Choco, 2008. Disponible en: <<http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/condotochocopi2008-2011.pdf>>. Acceso en: 20 de mayo de 2016.

<sup>8</sup> COGOLLO & JARAMILLO. **Estructura Ecológica Principal de la Región del Chocó Biogeográfico Colombiano**. 2005. Disponible en: <[http://siatpc.iiap.org.co/docs/avances/estructura\\_ecologica\\_principal\\_de\\_la\\_region\\_del\\_choco\\_biogeografico\\_colombiano.pdf](http://siatpc.iiap.org.co/docs/avances/estructura_ecologica_principal_de_la_region_del_choco_biogeografico_colombiano.pdf)>. Acceso en: 20 de mayo de 2016.

<sup>9</sup> BIRDLIFE International. **Amenazas globales y nacionales, endemismos, usos e importancia ecológica de las aves presentes en las regiones Caribe, Pacífico, Andes y Piedemonte Amazónico**. 2012.



despojar a campesinos de sus propiedades ancestrales y vinculación de los grupos armados a la actividad minera en la zona. Al municipio de Condoto le corresponde un total de 89.000 hectáreas de tierra, las cuales, según datos del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - INCODER, el 97% del territorio corresponde al área rural (86.500 has)<sup>10</sup>, entonces es un altísimo porcentaje de territorio que puede estar expuesto al deterioro ambiental causado por los actores y actos antes mencionados. Como consecuencia de estos problemas, ese espacio se ha convertido en zona de supervivencia.

En Colombia es notorio el gran daño al ambiente que ha causado el conflicto armado, que ya lleva cinco décadas de confrontación; situación que se ve agravada con la siembra de minas antipersonal, como lo muestra el documento “Situación de víctimas Colombia 1990 – 22 de octubre de 2015”, según el cual en este periodo se registraron un total de 11.212 víctimas, de estas, el 38 % (4.287) son civiles y el 62 % (6.925) miembros de la Fuerza Pública<sup>11</sup>; estos artefactos se plantan en zonas rurales de gran biodiversidad. Otro caso de conflicto armado que afectó los recursos naturales fue el acaecido el 24 de noviembre de 2014, en el Parque Natural Nacional Gorgona, ubicado en la isla Gorgona, en el pacífico colombiano, caso que consistió en un ataque armado por parte de miembros de las FARC, quienes se desplazaron en lanchas rápidas para atacar la estación de Policía, donde sorprendieron a 15 uniformados encargados de custodiar este destino turístico, que es un considerado un paraíso de diversidad y un sitio ideal para la investigación científica. Las incursiones armadas han afectado zonas de páramo, como el Sumapaz, que es una **zona montañosa** y un sitio estratégico para **acceder a la ciudad de Bogotá; que las FARC** usaron para mover secuestrados, armas y drogas; en los últimos años la región se convirtió en centro de operaciones militares y los subversivos se replegaron, ahora se nota la tala de bosques primarios, de valor incalculable. Otros actos que sin lugar a dudas causan graves impactos a los recursos naturales son la siembra de cultivos ilícitos, como la minería a pequeña escala; que son fuentes de financiación de las FARC, del Ejército de Liberación Nacional - ELN, de las bandas criminales y de paramilitares.

---

<sup>10</sup> HINESTROZA, Lisneider y Otros. **El derecho de prelación de las comunidades negras en la explotación minera en el Municipio de Condoto-Chocó**, 2014. Disponible en: <file:///D:/Documentos%20Ingrid/Downloads/21665-78599-1-PB.pdf>. Acceso en: 20 de mayo de 2016.

<sup>11</sup> COLOMBIA. Dirección Contra Minas. Ministerio del post conflicto, Derechos Humanos y Seguridad. **Víctimas de Minas Antipersonal**. Disponible en: <<http://www.accioncontraminas.gov.co/estadisticas/Paginas/victimas-minas-antipersonal.aspx>>. Acceso en: 20 de mayo de 2016.

Según la Vicepresidencia de la República<sup>12</sup>, entre 1987 y 1998 se destruyó 425.000 hectáreas, alrededor de 152 millones de toneladas de biomasa a causa del cultivo de coca; igualmente se ha calculado que por cada hectárea para cultivar coca se eliminan 4 hectáreas de selva, haciendo que 30% de la deforestación colombiana se deba a esta actividad ilícita.

Adicionalmente, algunos de los lugares en los que se encuentran estas plantaciones, como las llanuras y bosques de la Orinoquía y la Amazonia, son de importancia mundial para regular el CO<sub>2</sub>, haciendo que el daño ambiental sea incalculable. Pero la calamidad ecológica no para aquí, la exposición del suelo a los químicos que se usan para adecuar al terreno puede retrasar por varios años la introducción de cultivos alternos, así como erosionarlo. Finalmente, en la etapa de procesamiento de la hoja de coca en laboratorios ilegales se generan residuos tóxicos que van a parar a ríos y vertientes contaminando los recursos hídricos del país.

Sin embargo y en forma paradójica, la violencia interna ha ayudado, en alguna medida, a preservar la estabilidad ambiental de algunos sitios biológicamente ricos y exuberantes, puesto que tal hostilidad, fruto del enfrentamiento en esas áreas, restringe el acceso de personas, como que la situación de desorden público reinante no contribuye a desarrollar actividades económicas como la agricultura y ganadería intensiva. Ahora, dentro de la negociación de paz, en la Habana – Cuba, se pretende, como retribución a las víctimas del conflicto armado, las cuales muchas abandonaron sus tierras debido a amenazas, restituirles sus tierras; así, la intención es que estas personas vuelvan a su terruño, lo cual requiere entonces un manejo adecuado de las tierras para diferentes actividades económicas propias del campo, siendo esto positivo para la economía Colombiana, pero si no se realizan los procedimientos adecuados habrá una afectación en el medio ambiente.

## 2. LA FACETA BIOÉTICA DEL CONFLICTO Y EFECTOS EN EL MEDIO AMBIENTE

Desde la perspectiva bioética<sup>13</sup>, podemos considerar que las decisiones alrededor del conflicto incidirán de manera directa sobre lo antrópico, lo biótico y lo abiótico, considerando sus

---

<sup>12</sup> COLOMBIA. Presidencia. **Habla el Vicepresidente en foro contra las drogas**. Miami, 27 de agosto de 2002. Disponible en: <[http://historico.presidencia.gov.co/prensa\\_new/sne/2002/agosto/27/11272002.htm](http://historico.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/2002/agosto/27/11272002.htm)>. Acceso en: 20 de mayo de 2016.

<sup>13</sup> Aquella rama de la ética que se encuentra abocada a la consecución de los principios de conducta humana de la vida, en otras palabras, la bioética estudia los aspectos éticos de los avances y métodos, tanto de la medicina, como de la biología. Instituto de Bioética de la Pontificia Universidad Javeriana, en Bogotá, Colombia. ANAMNESIS. **Revista de Bioética** - Instituto de Bioética de la Pontificia Universidad Javeriana, en Bogotá, Colombia.

implicaciones antropológicas y éticas; por ello se debe propiciar el diálogo, la argumentación y la participación social, en la búsqueda del reconocimiento de la pluralidad de opciones, incentivando la necesidad de establecer mínimos acuerdos, por las variadas posiciones morales existentes.

Si tenemos en cuenta que los recursos naturales son depredados y contaminados, porque son un instrumento de guerra a través de las extracciones, los intercambios, el consumo y la contaminación; observamos que tales circunstancias se incrementarán sustantivamente, con la supuesta intención de garantizar la paz social, porque la formulación de la nueva propuesta política y jurídica, para el pos conflicto y la negociación para la paz, deberá reconocer la reparación, la compensación y la retribución de las sociedades afectadas directamente, lo cual deberá promover prácticas ambientales de desincentivo de la depredación y contaminación, por lo que se debe precisar un cambio en el modelo económico, político, social y cultural, que se oriente a la reparación de las implicaciones ambientales, para evitar la destrucción del patrimonio natural.

Con todos estos factores, que hoy afectan el medio ambiente, se deben reconocer las huellas ambientales del conflicto y del pos conflicto, para valorarlas y medir sus impactos, así como precisar sus responsables directos e indirectos, sus beneficiarios o afectados actuales, presentes y futuros con el fin de prevenirlas, mitigarlas, restaurarlas, compensarlas y garantizar que no se vuelva a repetir. Debe haber un afianzamiento de las relaciones entre el ser humano y la naturaleza, como lo serían las acciones encaminadas a la reducción sostenible de los cultivos ilícitos, pero también tener presente que estos cultivos son también una fuente de ingresos para comunidades rurales en esos territorios de producción; así, una mediación orientada hacia lo ambiental, contribuiría a la reconfiguración de los escenarios descritos, específicamente en el sentido de proteger esos territorios estratégicos para la conservación. El cultivo de coca en particular, no solo modifica el paisaje existente sino que en su proceso de transformación a clorhidrato de cocaína, por el uso de insumos y sustancias químicas, genera contaminación hídrica por lixiviación de 54 plaguicidas, descarga de líquidos remanentes y desechos de envases; además altera los suelos por la afectación del pH y la disminución en la provisión de los nutrientes<sup>14</sup>. Adicionalmente, en el proceso de eliminación por la vía fumigaciones aéreas, se generaron

---

<sup>14</sup> COLOMBIA. Dirección Nacional de Estupefacientes – DNE. **Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Colombia** - **2008**. Bogotá: Editora Guadalupe, 2009. Disponible en: <[https://www.unodc.org/documents/colombia/Documentostecnicos/Estudio\\_Nal\\_Completo\\_2008.pdf](https://www.unodc.org/documents/colombia/Documentostecnicos/Estudio_Nal_Completo_2008.pdf)>. Acceso en: 20 de mayo de 2016.

muchos riesgos en la salud de la población asentada, se pudo demostrar que en los niños se presentaron irritación ocular y llagas en el cuerpo, además que este herbicida afecta la cadena alimenticia, por la presencia de esta sustancia en animales y cultivos lícitos aledaños. Ante estos hechos el gobierno nacional argumentó, a través del propio Ministro de Ambiente, que había estudios científicos que describían una situación completamente opuesta, pues los niveles de toxicidad del herbicida no son suficientes para generar una reacción adversa en el cuerpo, por lo que el glifosato no es absorbido por la piel, tampoco permanece en el aire para su inhalación y, aun cuando puede llegar a contaminar pequeñas porciones de agua, sus concentraciones en este caso son insignificantes e incapaces de generar daños a la salud.

Para 1999, según Aura Puyana<sup>15</sup>, "se estimó que entre 30 y 40 mil personas fueron desplazadas a causa de la erradicación de cultivos ilícitos. Sorprendentemente la Ley 387 de 1997, sobre la prevención del desplazamiento forzado, no contempla a la erradicación de cultivos ilícitos, en cualquiera de sus formas, como una causa de desplazamiento; según un boletín de la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento<sup>16</sup>, de 50 mil familias dedicadas a los cultivos ilícitos, 7.200 familias huyeron de las zonas por consecuencia de la fumigación y de los actores armados que convierten la población civil en objetivo militar, una cifra alarmante.

Igualmente según el Comité Interinstitucional contra las Fumigaciones del Ecuador (CIF)<sup>17</sup> las comunidades perciben una debilidad institucional expresada en el poco compromiso del Estado para solucionar sus problemas, lo cual genera que las personas desconfíen de él. Ellos conocen que el Estado es quien fumiga, haciendo que no tengan posibilidad de ir a instancias oficiales a reclamar, que se sientan abandonados y que finalmente se genere una necesidad de irse de la zona.

Las anteriores circunstancias motivaron que el Consejo de Estado, máximo tribunal de la Justicia Contencioso Administrativa en Colombia, mediante sentencia del 20 de febrero de 2014, ordenó suspender, bajo el principio de precaución, la aspersion o fumigación con fines de eliminación, porque, con alguna evidencia se puede causar daño a la salud, como lo advirtió la

---

<sup>15</sup> PUYANA, Aura María. Conflicto Armado, Fumigación y Desplazamiento en la Amazonia y la Orinoquia. In: CAMILO DOMÍNGUEZ, Fernando Cubides (ed.). **Desplazados, migraciones internas y reestructuraciones territoriales**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1999. Disponible en: <<http://www.bdigital.unal.edu.co/1292/#sthash.Ozj4EY05.dpuf>>. Acceso en: 20 de mayo de 2016.

<sup>16</sup> CODHES. Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento. **Situación de conflicto y desplazamiento en las fronteras: el cerco se cierra**. Bogotá, julio de 2005. Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/uploads/media/1765.pdf?view=1>>. Acceso en: 20 de mayo de 2016.

<sup>17</sup> <[www.ecuadorlibrerred.tk](http://www.ecuadorlibrerred.tk)>

Organización Mundial de la Salud – OMS.<sup>18</sup>

Desde el punto de vista social, es necesario tener presente que los alzados en armas, son, por lo general, personas sin una adecuada preparación académica o técnica, incluso analfabetas, entonces al resolverse este conflicto estas personas se reintegrarán a la sociedad, por lo que en su inclusión se encontrarían con un acceso muy difícil para laborar, debido a la falta de experiencia y formación académica y personal; aunado al hecho de sus antecedentes personales que podrían inhibir la decisión de los eventuales empleadores; por lo que las medidas de reinserción también deben ir acompañadas de estrategias de concienciación a la ciudadanía en general para que acepten esa población reinsertada y de educación y capacitación de esa misma población que dejó las armas, para que adquiera nuevas competencias y habilidades.

Ante tales condiciones, es menester tener muy en cuenta que la bioética deberá ser una de las posturas a asumir frente a la actual situación, si bien representa una posición en el que el hombre debe asumir conductas específicas ante el planeta que habita, en lo cultural, económico y político, en el escenario de la dominación y manipulación de la naturaleza.

### **3. PROGRESO, PAZ Y MEDIO AMBIENTE**

El proceso de paz que se adelanta en la Habana – Cuba, entre los negociadores del gobierno nacional y los representantes del grupo armado FARC, si bien es un gran avance en la solución del conflicto, no es el único instrumento para alcanzar la anhelada paz; pues no consiste únicamente en firmar el acuerdo entre las dos partes interesadas, sino que también se deben tener en cuenta muchos otros aspectos de fondo, como la reintegración de los desmovilizados a la sociedad civil, así como la formulación de políticas e implementación de estrategias, sobre metas fijas, que respondan a las condiciones de inequidad, injusticia, desigualdad en las oportunidades, exclusión social y pobreza; además resolver los problemas del entorno natural, en fauna y flora, en suelo y subsuelo, en aire y agua, que requieren de recuperación inmediata, para encontrar un equilibrio sostenible.

Para los efectos de este artículo, nos concentraremos en el futuro ambiental, determinado por grandes fuerzas enfrentadas entre sí; en los sectores de la minería, hidrocarburos,

---

<sup>18</sup> Agencia Internacional para la Investigación del Cáncer (IARC) - que hace parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Clasificó el glifosato como un producto probablemente cancerígeno.

biocombustibles y la demanda mundial por alimentos; sectores que están, como se dijo en medio de tensiones sobre el uso y explotación del suelo y subsuelo y en general de los recursos naturales. Además existen dos nuevas fuerzas a nivel global, el cambio climático y el post-conflicto; y por experiencia internacional el post conflicto ha sido más dañino para el medio ambiente que el mismo conflicto. Entonces, son muchas y nuevas fuerzas que emergen y que se enfrentan, incluidas la económica, social y cultural.

Desde la anterior perspectiva, esto es desde la óptica del conflicto y lo ambiental, es de especial relevancia la explotación de los recursos naturales, como tema de negociación, esto es el medio ambiente, así como el significado de la diversidad biológica y geográfica desde el punto de vista estratégico militar. Entonces el medio ambiente es vital para la construcción de la paz, lo que conlleva necesariamente a que el tema ambiental vaya de la mano con la participación ciudadana, pues todos son protagonistas de alguna manera del post conflicto, pues cualquier intervención los va a afectar directa o indirectamente.

En este sentido, Maurizio Oliviero<sup>19</sup>, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Perugia, expone que el medio ambiente, como perspectiva de desarrollo, permitió durante los siglos XVIII y XIX , una época de transformación social y política, como una forma de construcción de un Estado Nacional, cuyos factores fundamentales han sido prevalentemente tres:

- Una idea política de pueblo o comunidad.
- La soberanía. (Normas, actividad jurisdiccional).
- La delimitación territorial de la soberanía.

La anterior es la teoría formal; hoy es distinto, dice Oliviero; se comienza a hablar de la territorialidad o el "Geo derecho", lo que pasa en un lugar del mundo, puede producir una consecuencia jurídica en otro sitio; ahora la idea de soberanía empieza a encontrar sus limitaciones , donde cada Estado está perdiendo su poder; la idea de pueblo, es otro aspecto que está marcando una diferencia, determinado por las migraciones, que transforma la identidad cultural, que en términos de prospectiva determina que el Estado Nacional está llegando a un punto descendente, que algunos es una idea de crisis de la democracia, determinada por muchos factores, como la globalización que está conectada al tema de la economía. Hay entidades privadas que hacen valorización del desarrollo de los países, que trae como consecuencia el

---

<sup>19</sup> Conferencia "Direito Constitucional Comparado" a cargo del Dr. Maurizio Oliviero, dentro de las actividades académicas de la Universidad de Perugia, entre el 25 y el 29 de mayo de 2015.

triumfo o la derrota total de un Estado Nacional, que determina la suerte política de un país. Los criterios son de Derecho Público, es decir que los Estados responden a esas determinantes internacionales, como es el asunto que abordó la Comisión Europea, en el año 2013, cuando se le hizo un requerimiento a Italia, para que en el término de dos meses respondiera ante el Tribunal de Justicia, con la hipótesis de que el gobierno italiano no garantizó el cumplimiento de la Directiva 75/2015 / UE, sobre emisiones industriales por el caso Ilva en Taranto, considerando también la suspensión de actividades y el recurso ante el Tribunal Europeo de Justicia por las graves consecuencias para la salud y el medio ambiente, y en particular por el "fracaso para reducir los altos niveles de emisiones no controladas generados durante el proceso de producción de acero". Lo anterior demuestra que hoy, los impactos en la contaminación del aire, la pérdida del paisaje, la degradación estética, la contaminación del suelo, la contaminación del agua superficial, la disminución de las cualidades físico-químicas y biológicas del agua, como la calidad, la contaminación de aguas subterráneas o el agotamiento de las mismas, son tema internacional, pues son patrimonio común; de ahí la importancia de que la resolución de los conflictos tenga en cuenta los requerimientos internacionales. La propia Organización Mundial del Comercio - OMC, en lo que se refiere a los asuntos ambientales, permite a sus miembros adoptar medidas de política que, en general, sean incompatibles con el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), siempre que sean "necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales".

En definitiva, por el carácter pluralista de conflicto, en lo social, cultural, político y ambiental, se requiere redoblar esfuerzos en todos los campos, tanto a nivel nacional, como en el internacional, para alcanzar una efectiva democracia, que es factor determinante de la sostenibilidad.

De esta manera, el fin del conflicto implicaría que Colombia podría ahorrarse un gran porcentaje del gasto público en defensa, el cambio probablemente resulte evidenciándose muchos años después, sin embargo la experiencia internacional ha mostrado que la reducción del gasto público en seguridad al cesar el conflicto generó, como en

El Salvador, en enero de 1992, que el gobierno de ese país y el Frente Farabundo Martí para la Liberación Nacional (FMLN), firmaran los Acuerdos de Paz de Chapultepec, con los que pusieron fin a 12 años de guerra civil, y que terminada la negociación, el presupuesto público que venía siendo asignado al conflicto fue dirigido, casi de inmediato, a gasto social, y la fuerza pública tuvo una disminución considerable de sus hombres. El resultado fue catastrófico, pues ocurrió un feroz

surgimiento de bandas delincuenciales, aparecieron las pandillas juveniles y se atomizó la insurgencia. Las consecuencias se viven en ese país hasta el día de hoy<sup>20</sup>.

Entonces, la reinserción de los combatientes a la vida civil, la consolidación del Estado en las zonas afectadas, la reparación de víctimas y la compensación de los daños ambientales, implicarán costos inconmensurables, por lo que se requerirá disponer de un presupuesto gigantesco el cual no cuenta el país; así, la ayuda internacional será de importancia mayúscula, pues de lo contrario quedará un acuerdo sin efectos.

## **CONSIDERACIONES FINALES**

El indisoluble nexo entre el conflicto armado y el medio ambiente, donde confluyen intereses y valores relacionados con la calidad de vida de las personas y la disponibilidad y calidad de los recursos naturales y de las condiciones ambientales del medio, es evidente; en consecuencia las variables económicas, demográficas, políticas, culturales y sociales deben ser parte de las posibles soluciones, de tal manera que los acuerdos y su marco regulatorio permitan una solución propiamente del conflicto, pero que alcance niveles superiores, esto es que tenga repercusión a nivel local, nacional, regional y global, puesto que los efectos y causas, externalidades, tanto sociales como políticas y ambientales, tienen un enunciado general; en definitiva la respuesta a las necesidades en los campos hídrico, atmosférico, de suelos, de flora, de fauna y social, son vitales para la resolución del conflicto y radica en perspectivas, necesidades, representaciones y grados de dependencia de muchos actores, en cuanto a la defensa de los recursos naturales afectados o son requeridos por desarrollar los grupos humanos.

En este orden de ideas, el conflicto armado tiene dos miradas; la primera, que reconoce el problema desde una regulación normativa, aplicada por la Corte Penal Internacional y reconocida como el Derecho Internacional Humanitario (DIH), que dirige el conflicto armado externo o internacional, que es el que se da entre dos Estados y, la segunda mirada, la del conflicto armado interno conocido como guerra entre guerrillas, este tipo de conflicto, como el caso colombiano, se da porque existen unos grupos al margen de la ley que pretenden llegar al poder utilizando la fuerza y las armas; en este tipo de conflicto, según el artículo 8 de la constitución política vigente, es obligación del Estado proteger las riquezas culturales y nacionales de la nación, es decir los

---

<sup>20</sup> CARÁTULA. El precio de la paz. *Revista Dinero*, 13 de setiembre de 2012. Disponible en: <<http://www.dinero.com/edicion-impresia/caratula/articulo/el-precio-paz/159613>>. Acceso en: 20 de mayo de 2016.



bienes de los ciudadanos. Así, en el caso de Colombia, no hay respaldo internacional frente a los daños ambientales que se generen por el conflicto armado, lo cual deja el asunto sin protección del Derecho Internacional; esta circunstancia ha propiciado la necesidad de proporcionar ideas en la reducción efectiva del daño ambiental causado por las diferentes manifestaciones del conflicto, entre otras, las del conflicto armado; y es la propuesta de crear un tribunal internacional de justicia ambiental que permita proteger los derechos de la naturaleza, independientemente del origen del conflicto; incluidas por supuesto las acciones contra quienes de alguna manera vulneran el derecho a un ambiente sano. Propuesta ésta que no es nueva, porque ha sido una bandera de muchos grupos ambientalistas; sin embargo, a nivel internacional, se generaría un nuevo espacio que hiciera visible el desamparo que vive la Tierra por las acciones contra el ambiente y la naturaleza, de tal manera que no quedara acción alguna, cualquiera fuera su causa, que fuera tratada por este Tribunal, pues la devastación ambiental y la destrucción de los recursos naturales también involucran violaciones a los derechos humanos, los derechos colectivos y los derechos económicos, sociales y culturales. Un tribunal de estas características sería una instancia importante para sancionar a quienes ejecutan acciones contra el ambiente y manera de evitar la impunidad.

En fin, el problema de la guerra y la violencia en la sociedad colombiana como el deterioro y mal uso que se le da a los recursos naturales renovables, es la expresión de la incoherencia de las políticas públicas encaminadas a enfrentar tanto la acción armada, como la de defender el patrimonio natural de la nación; así, se espera que con los acuerdos y la negociación de paz que se adelanta en la Habana, entre el gobierno nacional y el grupo armado de las FARC; sea una fase, dentro de las múltiples acciones que habrán de emprenderse, para recomponer la sociedad, pero que también incluya, además de la desmovilización de los actores armados, la seguridad ciudadana, la reinserción y el desarrollo de los acuerdos de paz; la defensa de los recursos naturales, lo cual implica aplicar distintos programas y proyectos para enfrentar las realidades ambientales, en otro sentido que se promueva una solución sostenible, ante el impacto ambiental producto de la tala indiscriminada de bosques, la extracción de minería ilegal, la fumigación de los cultivos ilícitos, el narcotráfico, la contaminación de fuentes hídricas, el desgaste constante de suelos y el uso erosivo del mismo, los animales y la tierra destruida, la incalculable pérdida de biodiversidad, la voladura de oleoductos, el menoscabo que dejan los atentados terroristas a las infraestructuras eléctricas y ferroviaria, y todas las demás actividades realizadas a

manos de los grupos guerrilleros y del mismo Estado, que en el marco del conflicto armado actual, han generado un impacto ambiental extremadamente nocivo en nuestro entorno.

## REFERENCIA DE LAS FUENTES CONSULTADAS

ANAMNESIS. **Revista de Bioética** - Instituto de Bioética de la Pontificia Universidad Javeriana, en Bogotá, Colombia.

BIRDLIFE International. **Amenazas globales y nacionales, endemismos, usos e importancia ecológica de las aves presentes en las regiones Caribe, Pacífico, Andes y Piedemonte Amazónico**. 2012.

CARÁTULA. El precio de la paz. **Revista Dinero**, 13 de setiembre de 2012. Disponible en: <<http://www.dinero.com/edicion-impres/caratula/articulo/el-precio-paz/159613>>. Acceso en: 20 de mayo de 2016.

Centro de Investigación y Planificación para el Medio Ambiente – CIPMA. **Revista A&D - Ambiente & Desarrollo**, 1995.

CERAC. Centro de Recursos para el Análisis de Conflictos. **Análisis de Conflictos y Violencia Política** - Tipología por municipios del conflicto armado. Bogotá. Disponible en: <<http://www.cerac.org.co/es/l%C3%ADneas-de-investigaci%C3%B3n/analisis-conflicto/tipologia-por-municipios-del-conflicto-armado.html>>. Acceso en: 20 de maio de 2016.

COGOLLO & JARAMILLO. **Estructura Ecológica Principal de la Región del Chocó Biogeográfico Colombiano**. 2005. Disponible en: <[http://siatpc.iiap.org.co/docs/avances/estructura\\_ecologica\\_principal\\_de\\_la\\_region\\_del\\_choco\\_biogeografico\\_colombiano.pdf](http://siatpc.iiap.org.co/docs/avances/estructura_ecologica_principal_de_la_region_del_choco_biogeografico_colombiano.pdf)>. Acceso en: 20 de mayo de 2016.

CODHES. Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento. **Situación de conflicto y desplazamiento en las fronteras: el cerco se cierra**. Bogotá, julio de 2005. Disponible en: <<http://www.acnur.org/t3/uploads/media/1765.pdf?view=1>>. Acceso en: 20 de mayo de 2016.

COLOMBIA. Dirección Contra Minas. Ministerio del post conflicto, Derechos Humanos y Seguridad. **Víctimas de Minas Antipersonal**. Disponible en: <<http://www.accioncontraminas.gov.co/estadisticas/Paginas/victimas-minas-antipersonal.aspx>>. Acceso en: 20 de mayo de 2016.

COLOMBIA. Dirección Nacional de Estupefacientes – DNE. **Estudio Nacional de Consumo de Sustancias Psicoactivas en Colombia - 2008**. Bogotá: Editora Guadalupe, 2009. Disponible en: <[https://www.unodc.org/documents/colombia/Documentostecnicos/Estudio\\_Nal\\_Completo\\_2008.pdf](https://www.unodc.org/documents/colombia/Documentostecnicos/Estudio_Nal_Completo_2008.pdf)>. Acceso en: 20 de mayo de 2016.

COLOMBIA. **Ley 99, de 1993**. Ministerio del Medio Ambiente, 22 de diciembre de 1993. Disponible en: <<http://www.humboldt.org.co/images/documentos/pdf/Normativo/1993-12-22-ley-99-crea-el-sina-y-mma.pdf>>. Acceso en: 20 de mayo de 2016.

COLOMBIA. Municipio de Condoto. **Plan integral único para la atención a población en situación de desplazamiento 2008-2011**. Condoto – Choco, 2008. Disponible en: <<http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/condotochocopi2008-2011.pdf>>. Acceso en: 20 de mayo de 2016.

COLOMBIA. Presidencia. **Habla el Vicepresidente en foro contra las drogas**. Miami, 27 de agosto de 2002. Disponible en: <[http://historico.presidencia.gov.co/prensa\\_new/sne/2002/agosto/27/11272002.htm](http://historico.presidencia.gov.co/prensa_new/sne/2002/agosto/27/11272002.htm)>. Acceso en: 20 de mayo de 2016.

HINESTROZA, Lisneider y Otros. **El derecho de prelación de las comunidades negras en la explotación minera en el Municipio de Condoto-Chocó**, 2014. Disponible en: <<file:///D:/Documentos%20Ingrid/Downloads/21665-78599-1-PB.pdf>>. Acceso en: 20 de mayo de 2016.

PUYANA, Aura María. Conflicto Armado, Fumigación y Desplazamiento en la Amazonia y la Orinoquia. *In*: CAMILO DOMÍNGUEZ, Fernando Cubides (ed.). **Desplazados, migraciones internas y reestructuraciones territoriales**. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1999. Disponible en: <<http://www.bdigital.unal.edu.co/1292/#sthash.Ozj4EY05.dpuf>>. Acceso en: 20 de mayo de 2016.

# COSTUMES E ACORDOS INTERNACIONAIS VERSUS CONSTITUIÇÃO: A APLICAÇÃO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

Luciene Dal Ri<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O costume como mais antiga fonte do direito é um fato social que se estende para além do direito concebido em âmbito nacional, como comportamento repetido no tempo pela convicção de ser necessário e devido, evidenciando tanto o seu caráter material, representado na prática e repetição comum ao longo do tempo, quanto ao seu caráter subjetivo, de convicção necessária, justa e jurídica<sup>2</sup>

Em sistemas jurídicos que se filiam ao modelo de Civil Law, a aplicação do costume é tendencialmente transcurada, com a sobreposição de normas positivadas, conforme o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Dec. lei 4.657/1942).

A pouca relevância atribuída ao costume, nos sistemas socioeconômicos dirigidos por leis escritas, como no caso dos sistemas de Civil Law, apresenta duas explicações possíveis, conforme Losano<sup>3</sup>: no âmbito teórico a pouca relevância justificaria-se pela teoria jurídica dominante ser a positivista, que entende como direito apenas o direito positivo, ou seja, aquele estatuído pelo Estado; no âmbito prático, o jurista usa quase exclusivamente das normas escritas estatais, que negam validade aos costumes contrários a elas. O costume seria, então, pouco relevante por ser norma jurídica não estatal e, portanto, incompatível com a estrutura do positivismo jurídico.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Professora no Programa de Pós-graduação *Stricto-sensu* (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Doutora em Direito pela Università degli Studi di Roma - La Sapienza. Mestre em Estudos Medievais pela Pontifícia Università Antonianum. E-mail: luciene.dalri@univali.br.

<sup>2</sup> LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 319 s. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 155 s. Cabe evidenciar que o costume pode implicar em ação ou omissão, desde que pessoas jurídicas de direito internacional público, em período não necessariamente longo e considerando que se trate de prática comum entre duas pessoas de direito internacional público ou mais, e não necessariamente 'universal'.

<sup>3</sup> LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 318.

<sup>4</sup> Para os fins desse trabalho, entende-se como fontes do direito as formas como o direito se manifesta em sociedade, sendo meios de produção do direito, e tendo a função de presidir os diferentes modos de estrutura e sistematização de cada experiência jurídica. Opta-se pelo termo “fonte do direito” por representar aquele denominador comum mínimo “tra i vari atti e fatti che nei diversi ordinamenti e nel corso della storia si sono dimostrati idonei a innovare gli ordinamenti stessi” e afasta-se da distinção entre fontes de produção e fontes de cognição, bem como entre fontes-ato e fontes-fato. REPOSO, Antonio. *Fonti del*

Os direitos codificados tendem a transcurar o costume jurídico, porque este tem atualmente um peso muito limitado nos sistemas socioeconômicos dirigidos por leis escritas, gerais e abstratas. Exatamente por isso é necessário ressaltar mais uma vez que o costume é um tema de fundamental importância quando se supera a barreira do direito codificado em que vivemos e se enfrenta um exame global dos direitos hoje em vigor no mundo.<sup>5</sup>

O problema jurídico abarcado por este artigo contextualiza-se no encontro e na permeabilidade entre o sistema jurídico nacional e aquele internacional, sistemas com características bastante diversas no que tange ao regime das fontes do direito.

O problema do *status* a ser atribuído ao costume e aos acordos ou tratados internacionais, no regime das fontes do direito brasileiro, apresenta-se no nosso ordenamento quando, por exemplo, observa-se a sua aplicação, por meio das cortes brasileiras e em particular do Supremo Tribunal Federal, em forma contraposta ao texto constitucional. Nesse sentido, propõe-se o questionamento sobre a constitucionalidade da aplicação pelo Supremo Tribunal Federal de costumes e acordos internacionais, em contraposição à Constituição Federal de 1988, no que concerne à imunidade de jurisdição de Estados estrangeiros e de organismos internacionais.

Nesse contexto, observa-se na dinâmica constitucional brasileira, no que tange a normas de alcance internacional, a forte aplicação de costume e de tratados internacionais, em âmbito de imunidade de jurisdição, contrapondo-se direta ou indiretamente às previsões constitucionais, delineando uma crise das fontes do direito e denotando insegurança jurídica nas relações fiscais e trabalhistas ocorridas no país.

## 1. DAS NORMAS COSTUMEIRAS DE DIREITO INTERNACIONAL

O direito internacional, contrariamente ao direito interno dos países europeus continentais, manteve-se essencialmente costumeiro até o início do século XX, quando iniciou a

---

*Diritto*. In: MORBIDELLI, Giuseppe; PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; VOLPI, Mauro. *Diritto pubblico comparato*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2009, p. 141 s. “Como se sabe, as fontes de Direito na acepção técnica rigorosa (fontes formais) são os modos de criação – ou, doutro prisma, de revelação – de normas jurídicas e reconduzem-se, no essencial, no Direito interno, a lei, a costume e a jurisprudência”. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 235. Nesse sentido, “A metáfora 'fonte' (pois é de metáfora, claramente, que se trata) continua a nos parecer apropriada precisamente por seu valor metafórico: como as fontes da nossa paisagem física, exprimem bem a essência do fenômeno jurídico enquanto extratos profundos. De fato, repetimos tantas vezes que o direito é realidade radical, ou seja, atinente às raízes de uma sociedade ainda que, na vida cotidiana, manifeste-se em usos de populações, leis dos detentores do poder político, atos da administração pública, sentenças de juízes, praxe de operadores econômicos e assim por diante. O direito pode ordenar o social porque é realidade com raízes e raízes profundas”. GROSSI, Paolo. *Primeira Lição sobre direito*. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 69. Sobre as fontes do direito e o presidir os diferentes modos de estruturação do direito ver VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução de Claudia Berlinger. São Paulo: Martins fontes, 2009, p. LXXVIII.

<sup>5</sup> LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 317.

ampliação do processo de positivação de suas normas, por meio de tratados multilaterais.<sup>6</sup> Tal processo não afastou a importância do costume como fonte primária do direito internacional, mas ampliou a permeabilidade entre os sistemas jurídicos nacionais e internacionais.

De fato, o impacto das normas de direito internacional na ordem jurídica interna dos Estados, a partir da segunda guerra mundial, cresceu consideravelmente devido, principalmente, ao fortalecimento das relações internacionais e ao processo de positivação ao qual foi submetido, sobretudo no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU). Como consequência desse fenômeno, foi possível constatar um crescimento exponencial no número de tratados firmados por Estados, sejam estes de natureza bilateral ou multilateral.<sup>7</sup>

A manutenção do costume como fonte primária do direito pode ser bem observada no artigo 38 do Estatuto da Corte de Haia, de 1945, juntamente com as convenções internacionais e os princípios gerais de direito. O artigo do citado Estatuto regula o sistema de fontes do direito a ser considerado pela Corte, definindo como meio auxiliar para a determinação das regras do direito as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados.<sup>8</sup>

Nesse contexto, o costume internacional é definido como “uma prática geral aceita como sendo o direito”.<sup>9</sup> Segundo Rezek<sup>10</sup>, a previsão do artigo 38 do Estatuto não implica na colocação das convenções internacionais como acima dos costumes, na hierarquia das fontes do direito a ser aplicada pela Corte.

Não há desnível hierárquico entre normas costumeiras e normas convencionais. Um tratado é idôneo para derogar, entre as partes celebrantes, certa norma costumeira. De igual modo, pode o

---

<sup>6</sup> REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 162.

<sup>7</sup> SLOSS, David. **Domestic Application of Treaties**. Santa Clara: Santa Clara Law Digital Commons 2011, p. 01, disponível em <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/635>, consultado em 23 mar 2015. Sloss evidencia que durante o século XIX, os Estados concluíram cerca de 16 mil tratados, enquanto que entre 1945 e 2007 foram concluídos mais de 44 mil tratados internacionais, geralmente orientados para regular três diferentes tipos de relação (p. 10): “States conclude treaties to regulate three different types of relationships: horizontal relations between and among states, vertical relations between states and private actors (including natural persons and corporations), and transnational relations between private actors who interact across national boundaries”. O autor americano indica ainda outro tipo de relação horizontal “A separate category of treaties involves agreements between States and international organizations. Such treaties involve horizontal provisions (such as a nation’s obligation to make financial contributions) and vertical provisions (such as immunities for employees of international organizations). Treaties between states and international organizations do not generally include transnational provisions”.

<sup>8</sup> NAÇÕES UNIDAS, **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Haia, 1945, artigo 38: A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.

<sup>9</sup> NAÇÕES UNIDAS, **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Haia, 1945, artigo 38.

<sup>10</sup> REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 161.

costume derogar a norma expressa em tratado: em alguns casos desse gênero é comum dizer que o tratado quedou extinto por *desuso*. O Estatuto da Corte da Haia não tencionou ser hierarquizante ao mencionar tratados antes do costume.<sup>11</sup>

A presença e a importância do costume em direito internacional não se mantém, porém, apenas no âmbito externo, mas participa do processo de permeabilização dos ordenamentos jurídicos domésticos pelo direito internacional, colocando em crise a tradicional classificação dos sistemas jurídicos nacionais como “monistas” ou “dualistas”.<sup>12</sup>

## 2. A INCORPORAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

A recepção do direito internacional, no sistema jurídico brasileiro sempre encontrou suas grandes linhas de regulamentação nas constituições nacionais, sem para tanto apresentar completude e clareza no processo de recepção. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, trata de forma parcial ou incompleta sobre a incorporação do direito internacional ao direito interno.

### 2.1 A incorporação de acordos internacionais

Normas provenientes de acordos internacionais são válidas no Brasil após processo de incorporação, previsto de forma lacunosa na constituição federal de 1988, em seus artigos 84, inciso VIII; 49, inciso I e no que concerne particularmente aos tratados sobre direitos humanos, após a emenda 45 (2004), no artigo 5º, § 3º.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 161.

<sup>12</sup> A forma com a qual cada ordenamento jurídico interno recebe o direito internacional comporta elementos que permitem a classificação pela doutrina do sistema como monista ou dualista. A utilização desses termos, porém, é bastante contraditória uma vez que “*there is no single, agreed definition of the terms*”. SLOSS, David. **Domestic Application of Treaties**. Santa Clara: Santa Clara Law Digital Commons 2011, p. 02, disponível em <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/635>, consultado em 23 mar 2015. Nesta pesquisa, para a compreensão da classificação dos sistemas, considera-se teoria “monista” aquela cujas matizes são fornecidas por Hans Kelsen na obra **Princípios do Direito Internacional** (Ijuí: Editora Unijuí, 2010, p. 493-514), e, teoria “dualista”, aquela fundamentada nos pressupostos apresentados por Karl Heinrich Triepel na obra “*Völkerrecht und Landesrecht*” (1899) e no curso lecionado em 1923 na Academia de Direito Internacional da Haia, intitulado, cuja tradução foi publicada sob o título “As relações entre o direito interno e o direito internacional” na **Revista da Faculdade de Direito** (UFMG, 1966, p. 07-64). Sobre a doutrina internacionalista de Kelsen e de Triepel, vide os textos de François Rigaux e de Cássio Zen, em DAL RI Jr., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de A.; LIMA, Lucas Carlos. **A formação da ciência do direito internacional**. Ijuí: Editora Unijuí, 2014, pp. 285 e 431.

<sup>13</sup> Tal processo implica na previsão constitucional de celebração de “tratados, convenções ou atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”, pelo Presidente da República (art. 84, VIII) e de aprovação do Congresso Nacional, “sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (art. 49, I). Entende-se, diante da omissão constitucional, que a ratificação de tratados e convenções internacionais, após a aprovação do Congresso, caiba ao também ao Presidente da República e esteja subentendida no ato de “celebrar”. Sobre o assunto ver GABSCH, Rodrigo D’Araujo. **Aprovação de tratados internacionais pelo Brasil: possíveis opções para acelerar o seu processo**.

A incorporação do direito internacional apresenta, portanto, desdobramentos em âmbito material e formal, considerando o conteúdo do acordo, bem como o seu processo de recepção ao sistema jurídico brasileiro.

## **2.2 Do *status* dos tratados internacionais no ordenamento jurídico interno**

O texto constitucional não é claro quanto ao *status* das normas de direito internacional no ordenamento jurídico interno, salvo em caso de tratados internacionais de direitos humanos, aprovados em cada casa do Congresso Nacional, com três quintos dos votos dos respectivos membros, recebendo equivalência à emenda constitucional.<sup>14</sup>

A lacuna nos textos constitucionais brasileiros sobre o *status* jurídico dos tratados internacionais tem sido sanada via interpretação do Supremo Tribunal Federal. O entendimento do Supremo sobre o tema foi modificado no tempo, sendo que até 1977 entendia-se que em caso de conflito entre um tratado internacional e uma norma interna, seja ela anterior ou posterior ao tratado, haveria primazia do tratado.

No julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, em 1977, o Supremo Tribunal Federal decidiu aplicar nova regra, estabelecendo que norma federal revoga tratado anterior. A decisão acima mencionada é considerada polêmica pela doutrina, devido à mudança de orientação da suprema corte brasileira.

Tal entendimento é mantido atualmente pelo Supremo Tribunal Federal, e traz-se como exemplo o acórdão prolatado na ADI nº 1.480, em 2001, em que se manifesta a subordinação normativa dos tratados internacionais à constituição federal, negando “valor jurídico aos tratados internacionais que incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política”. Na mesma decisão, deixou-se claro que os tratados internacionais regularmente incorporados ao ordenamento jurídico interno “situam-se nos mesmos planos de validade, eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias”, não

---

Brasília: FUNAG, 2010, *passim*.

<sup>14</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, 1988, “Art. 5, §3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Por meio de previsão constitucional e de interpretação do Supremo Tribunal Federal, entende-se que tais acordos submetem-se aos ditames constitucionais, tendo equivalência à lei ordinária (RE 80.004, de 1977), à emenda constitucional (artigo 5º, § 3º) ou à norma supralegal (RE 466,343 e RE 349,703, de 2008).



equiparando-se à lei complementar e sem a possibilidade de revogá-las.<sup>15</sup>

O atual entendimento do Supremo, de subordinação do tratado internacional à Constituição e sua possível revogação por norma federal posterior, viola o art. 27 da Convenção de Viena, sobre os direitos dos tratados, de 1969, que prevê que “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”. Ressalta-se ainda que a citada convenção foi incorporada ao ordenamento jurídico interno pelo decreto executivo 7.030, de 14 de dezembro de 2009, e que o entendimento contraposto do Supremo não exime e, ao contrário, fomenta a responsabilização internacional do país.

Cabe delinear, porém, que existem exceções a essa regra. Os tratados internacionais de direito tributário e os de direitos humanos são exceções à regra de equiparação de tratados internacionais à lei ordinária, conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal. No primeiro caso, o art. 98 do Código Tributário Nacional: “Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”. Mesmo com interpretação restritiva no Recurso Extraordinário 80.004, o Supremo Tribunal Federal entende que os tratados e convenções internacionais sobrepõem-se à legislação federal interna posterior somente em casos de tratados-contratos, entendidos como aqueles que criam situações jurídicas subjetivas, de que seriam exemplos os acordos de comércio. No segundo caso, trata-se de respeito à regra constitucional do art. 5º, § 3º: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Jacob Dolinger<sup>16</sup> traz ainda outra exceção, pautada no critério de especialidade do tratado

---

<sup>15</sup> Supremo Tribunal Federal. Acórdão ADI nº 1.480, relatoria do Min. Celso de Mello, de 26/06/2001: “[...] SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. - No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. [...] CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência. PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes. No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico (“lex posterior derogat priori”) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes”.

internacional de extradição. Evidencia-se, porém, que a exceção apresentada por Dolinger não configura supralegalidade da norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico interno, mas enquadra-se como critério de solução de antinomia, conforme doutrina positivista e assentada em entendimento do Supremo.<sup>17</sup>

### 2.3 Costumes internacionais

As lacunas do texto constitucional, no que concerne à incorporação do direito internacional, deixam espaço, então, à atuação de outras fontes do direito, como as normas costumeiras de direito internacional acolhidas pela jurisprudência.

Observa-se então que a relação entre a constituição e o direito internacional implica não apenas no processo de incorporação de tratados internacionais, mas desdobra-se em outros elementos. Evidencia-se nesse sentido a colocação de postulados de direito internacional no texto constitucional, bem como o processo de 'integração' das normas constitucionais, por meio de costumes internacionais.

Nesse sentido, observa-se uma tendência de países como o Brasil, por serem Estados democráticos, de buscarem harmonizar seu texto constitucional à ordem internacional. Conforme Finkelstein, “percebe-se que a intenção da constituição brasileira é conformar a ordem jurídica interna aos ditames do direito internacional”.<sup>18</sup>

Essa intenção de conformação é observada também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que por meio de suas decisões acolhe costumes internacionais, delineando muitas vezes práticas que vão além da Constituição e até mesmo a contrariam, dando-lhe menor estabilidade.

A aplicação de costumes (nacionais e internacionais) *praeter e contra Constitutionem*, no direito interno, não ocorre apenas pelo poder judiciário, mas principalmente pelo poder executivo, no que tange à normas de alcance internacional. Observa-se, por exemplo, que o poder executivo em esfera federal celebra tratados simplificados e denúncia tratados sem a consulta ao Congresso Nacional; em esfera subnacional exerce competências atribuídas à União, por meio da

---

<sup>16</sup> DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. Parte Geral. 8º ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2005, p. 105.

<sup>17</sup> Ver Supremo Tribunal Federal. **Acórdão ADI nº 1.480**, relatoria do Min. Celso de Mello, de 26/06/2001.

<sup>18</sup> FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das normas no direito internacional**. Jus cogens e metaconstitucionalismo. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 173.

para-diplomacia. O Poder Judiciário, por sua vez, por via jurisprudencial acolhe o costume nacional, de incorporação de tratados via decreto executivo e de realização de tratados simplificados, bem como acolhe o costume internacional, de imunidade de jurisdição de Estado.

Trata-se de práticas que pela contraposição à constituição e por sua natureza consuetudinária colidem com o tradicional pressuposto positivista de sobreposição da norma positiva ao costume.<sup>19</sup> A inversão do quadro hierárquico evidencia incoerência no tratamento do tema e frequente inconstitucionalidade do ato, delineando uma cisão entre constituição e prática constitucional. Tal fenômeno permite até mesmo a hipótese de a prática do direito constitucional se contrapor ao texto da Constituição.

Tal fato evidencia posterior problema que concerne à discussão sobre a adequação do Brasil à teoria monista ou dualista. A adequação é importante não apenas por questão de segurança jurídica dos atos internacionais, mas pelo parâmetro a ser dado às relações internacionais a qual o país faz parte.

## 2.4 Concepções da ordem jurídica

As formas por meio das quais o Brasil incorpora o direito internacional ao sistema jurídico nacional são antagônicas, denotando por um lado a necessidade de participação do poder executivo e legislativo na recepção do tratado internacional, permitindo a sua vigência no país; e de outra a recepção de costume internacional diretamente por meio do poder judiciário. Essas formas de recepção denotam dificuldade em definir a postura do Brasil como monista ou dualista, em relação ao direito internacional. Nesse sentido, Celso Mello afirma que o Brasil é, ao menos em parte, dualista.

A Constituição Federal de 1988 adotou o dualismo ao fazer a incorporação do Direito Internacional no Direito Interno, pelo menos em um setor determinado, ao estabelecer que os direitos do homem consagrados em tratados internacionais fazem parte do Direito Interno.<sup>20</sup>

Rezek<sup>21</sup>, em análise estrita da postura do judiciário brasileiro, entende que esse é norteado pela ideia do “monismo nacionalista”, segundo o qual é no texto da Constituição que se deve

---

<sup>19</sup> BRASIL. **Decreto Lei n. 4657 de 04/09/1942**, Art. 4°. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

<sup>20</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional internacional: uma introdução** (Constituição de 1988 revista em 1994). 2° ed. rev. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 119.

<sup>21</sup> REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 05.

buscar o “exato grau de prestígio a ser atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras”. Tal afirmação não se confirma, porém, nos julgados do Supremo Tribunal Federal, no que concerne à aplicação nacional do costume internacional de imunidade de jurisdição, seja ela no que tange ao processo de conhecimento, quanto ao processo de execução.

Em posicionamento diverso, Husek aponta a existência de uma certa oscilação entre a concepção monista e a dualista no que concerne à incorporação do direito internacional:

[...] em determinadas matérias somos monistas, em outras nem tanto e ainda sobram aquelas que nos firmamos pelo dualismo. Algo nos parece certo, pelo menos numa primeira análise: não somos monistas com primazia da ordem interna.<sup>22</sup>

A oscilação também é observada por Lupi, por meio da incerteza do posicionamento dos tribunais nacionais. Observa-se, porém, que a recepção do costume internacional pelo Supremo Tribunal Federal 'perturbam' a conclusão do autor quanto à forte tendência dualista pátria:

Ao empreender um exame da jurisprudência pátria, observou-se que os tribunais ladeiam os autores dualistas no que tange à inserção da norma no ordenamento pátrio, preservando o espaço de ação das autoridades internas, únicas a deliberarem sobre o início da vigência da norma internacional no plano interno. Nesse sentido, a vigência internacional não importa para aferir se a norma já vale internamente. Ainda que haja discussão doutrinária a respeito de qual ato interno introduza o tratado no Brasil, se Decreto Legislativo ou Decreto Presidencial de promulgação, ou, no caso dos acordos executivos, se geram ou não efeitos para particulares quando publicados no Diário Oficial, é sempre um ato de autoridade interna que produz os efeitos na ordem jurídica brasileira.

Perturbam o enquadramento feito duas situações: a ineficácia do ato de internalização de tratado quando este ainda não vige internacionalmente para o País e a recepção das normas costumeiras pelo Poder Judiciário.<sup>23</sup>

E tem-se ainda a opinião trazida por Mazzuoli<sup>24</sup>, no que tange à recepção pelo Brasil de direitos humanos, salvaguardados nos textos internacionais, da adoção de uma doutrina monista internacionalista dialógica. Nesse sentido, daria-se espaço para o diálogo entre o direito interno e o internacional, mediando pelo princípio internacional *pro homine*, no qual o direito a ser aplicado é definido no caso concreto.

Observa-se, porém, que esse entendimento presente, por exemplo, em algumas decisões da justiça do trabalho, não se confirma inteiramente, devido ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal, no que tange à imunidade de execução de Estados estrangeiros, negando às

---

<sup>22</sup> HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 31.

<sup>23</sup> LUPI, André Lipp Pinto de Bastos. **O Brasil é dualista?** Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro. Brasília a. 46 n. out./dez. 2009, p. 43.

<sup>24</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 93.

peças contratadas em território brasileiro, por representações diplomáticas (como consulados ou embaixadas), acesso aos direitos fundamentais.

### 3. A IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO DOS ESTADOS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A aplicação do costume de direito internacional no ordenamento jurídico interno é rara, mas existente. As decisões encontradas no tema tratam da aplicação do costume em direito internacional no que concerne à imunidade de jurisdição e de execução à Estados estrangeiros.

Cabe ressaltar, porém, que nas constituições federais brasileiras nunca houve referência ao costume em direito internacional, mas sempre houve previsão de jurisdição nas causas que envolvessem Estados estrangeiros e entes da federação e/ou pessoas domiciliadas no Brasil. Tais previsões são presentes na Constituição Federal de 1891, nos artigos 59, 'd'; 60, 'e'; na de 1934, nos artigos 76, 'd'; 81, 'e'; na de 1937, no artigo 101, 'd'; na de 1946, nos artigos 101, I, 'd'; 105, § 3º, 'c'; na de 1967, alterada pela Emenda Constitucional 1/69, em seu artigo 125, II.

Os dispositivos constitucionais não eram aplicados porque eram interpretados, tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo Poder Executivo, à luz do costume internacional manifesto por meio da expressão *par in parem non habet iudicium*. Nesse sentido, fazia-se necessária a aquiescência do Estado estrangeiro, por meio da renúncia à imunidade de jurisdição.<sup>25</sup> Nesse caso, então, haveria a previsão constitucional para exercício de jurisdição.

As decisões do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1967, em tema de jurisdição brasileira aplicável à Estado estrangeiro reconhecem imunidade absoluta de jurisdição, proveniente de norma costumeira do direito internacional. Conforme essa regra, nenhum Estado poderia ser submetido à condição de parte perante o judiciário local de outro Estado, a não ser que viesse a manifestar, nesse sentido, a sua vontade soberana (*par in parem non habet jurisdictionem*).

Essa situação é bem evidente na apelação cível 9.684, julgada no Supremo Tribunal Federal, de relatoria do Ministro Rafael Mayer, publicada no Diário da Justiça em 04 de março de 1983. No caso em tela, o Estado iraquiano é acionado judicialmente, mas devido ao costume internacional de imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro e à analogia à Convenção de Viena

---

<sup>25</sup> Nesse sentido o parecer de 23/11/1923, de Clóvis Beviláqua, consultor jurídico do Ministério das Relações Exteriores. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo:Saraiva, 2014, p. 214.

de 1961, que em seu artigo 31, prevê imunidade de jurisdição do agente diplomático de Estado acreditado, aplicou-se a imunidade de jurisdição ao Iraque diante das cortes brasileiras.<sup>26</sup> Ressalta-se que o silêncio do Estado estrangeiro diante da chamada ao processo, não importou em renúncia à imunidade de jurisdição, mas em sua confirmação.

A manifestação do Ministro Francisco Rezek no julgamento do Recurso Extraordinário n. 94.084, em março de 1986, em que se questionava a possibilidade dos Estados Unidos da América submeterem-se à jurisdição brasileira em ação trabalhista proposta por ex-empregado de sua embaixada, é bastante clara quanto à origem da regra de imunidade. Rezek esclareceu tratar-se de norma costumeira de direito internacional de reconhecimento de imunidade entre os Estados, diferenciando-se assim da imunidade positivada em convenções de agentes diplomáticos e consulares.<sup>27</sup>

Sabe-se, com efeito, que em mais de um caso concreto sucedeu que juízes federais, ou juízes do trabalho, negassem a referida imunidade [aos Estados estrangeiros] por não encontrá-la prescrita nas Convenções de Viena de 1961 e 1963, nem em qualquer outro tópico do nosso direito escrito. As Convenções, efetivamente, versaram imunidades e outros privilégios do pessoal diplomático e do pessoal consular. Aos Estados pactuantes – entre os quais o Brasil – não pareceu necessário lançar no texto daquelas avenças a expressão escrita de uma norma costumeira sólida, incontrovertida, plurissecular e óbvia como a que poupa todo Estado soberano de uma submissão involuntária ao juízo doméstico de qualquer de seus pares.

No mesmo sentido, o Supremo aplicou a imunidade de jurisdição à Hungria em ação trabalhista, na apelação cível n. 9.695, de relatoria do Ministro Oscar Côrrea (DJ de 12.06.1987) e na apelação cível n. 9.704 (DJ de 26.06.1987), de ação trabalhista contra a representação diplomática do Líbano.

Observa-se também a aplicação de imunidade de jurisdição pelo Supremo Tribunal Federal na apelação cível n. 9.701, de relatoria do Ministro Néri da Silveira (DJ de 04.12.1987), contra a representação diplomática da Polônia, devido à incidente de trânsito envolvendo carro do

---

<sup>26</sup> DECRETO Nº 56.435, DE 8 DE JUNHO DE 1965. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Artigo 31: 1. O agente diplomático gozará de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado. Gozará também da imunidade de jurisdição civil e administrativa, a não ser que se trate de: a) uma ação real sobre imóvel privado situado no território do Estado acreditado, salvo se o agente diplomático o possuir por conta do Estado acreditado para os fins da missão. b) uma ação sucessória na qual o agente diplomático figure, a título privado e não em nome do Estado, como executor testamentário, administrador, herdeiro ou legatário. c) uma ação referente a qualquer profissão liberal ou atividade comercial exercida pelo agente diplomático no Estado acreditado fora de suas funções oficiais. 2. O agente diplomático não é obrigado a prestar depoimento como testemunha. 3. O agente diplomático não está sujeito a nenhuma medida de execução a não ser nos casos previstos nas alíneas " a ", " b " e " c " do parágrafo 1 deste artigo e desde que a execução possa realizar-se sem afetar a inviolabilidade de sua pessoa ou residência. 4. A imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado acreditado não o isenta da jurisdição do Estado acreditante.

<sup>27</sup> Supremo Tribunal Federal, **Informativo 545, de 4 a 8 de maio de 2009**. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo545.htm> , acessado em 02 de maio de 2016.

consulado. No caso em tela, foi aplicada a imunidade de jurisdição derivada de costume em direito internacional de “respeito absoluto à soberania das Nações”, mas o agente diplomático foi responsabilizado, conforme Convenção de Viena sobre Relações consulares, de 1963, seu artigo 43, 2, 'b', que prevê a hipótese de ação civil proposta por particular devido à danos provocados, no território do Estado receptor, por acidente de veículo, navio ou aeronave.

Algumas outras apelações cíveis também denotam bem a aplicação do costume de direito internacional de imunidade de jurisdição de processo de conhecimento e de execução, pelo Supremo Tribunal Federal, sob a constituição federal de 1967, como por exemplo: a de n. 9.686, rel. Min. Néri da Silveira, contra a França (DJ de 31.08.1984); a de n. 9.705, rel. Min. Moreira Alves, contra a Espanha (DJ 23.10.1987); a de n. 9.707, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho, contra os Estados Unidos da América e a de n. 9705, julgada em 09/09/1987.<sup>28</sup>

Vale citar nesse sentido, o relatório da ministra Ellen Gracie sobre a reclamação trabalhista contra a ONU/PNUD. No citado relatório, a citada ministra afirma que nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, sob a Constituição Federal de 1967,

prevaleceu a força da doutrina clássica da imunidade absoluta, proveniente de norma costumeira incorporada ao Direito das Gentes, segundo a qual nenhum Estado poderia ser submetido à condição de parte perante o Judiciário local de outra Nação, a não ser que viesse a manifestar, nesse sentido, a sua vontade soberana. O brocardo *par in parem non habet jurisdictionem* bem sintetizava essa construção jurídica.<sup>29</sup>

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em tal sentido é ampla e não se confunde com a imunidade de agentes diplomáticos e consulares, prevista nas Convenções de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 e sobre Relações Consulares de 1963, respectivamente incorporadas ao sistema jurídico brasileiro via decreto executivo n. 56.435, de 1965, e n. 61.078, de 1967.

No tocante à pretensão de responsabilização do Estado estrangeiro propriamente dito, aplicava esta Casa, como acima exposto, a teoria da imunidade absoluta por imposição de norma consuetudinária

---

<sup>28</sup> Entendeu-se na decisão citada decisão que o “Estado estrangeiro goza de imunidade de jurisdição, não só em decorrência dos costumes internacionais, mas também pela aplicação a ele da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, de 1961, nos termos que dizem respeito a imunidade de jurisdição atribuída a seus agentes diplomáticos. Para afastar-se a imunidade de jurisdição relativa à ação ou à execução (entendida esta em sentido amplo), e necessário renúncia expressa por parte do Estado estrangeiro”. Supremo Tribunal Federal, **Informativo 545, de 4 a 8 de maio de 2009**. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo545.htm>, acessado em 02 de maio de 2016.

<sup>29</sup> Supremo Tribunal Federal, **Informativo 545, de 4 a 8 de maio de 2009**. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo545.htm>, acessado em 02 de maio de 2016.

de Direito Internacional Público, independentemente da existência, em nosso ordenamento jurídico, de regra positivada nesse sentido.<sup>30</sup>

Tal orientação foi modificada com a decisão do Supremo Tribunal Federal, na apelação cível n. 9696/SP, de 23 de outubro de 1989, que afastou a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro que a ela não havia renunciado, permitindo julgamento de ação trabalhista ajuizada contra a Embaixada da República Democrática Alemã.<sup>31</sup> A corte entendeu que “os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, pode abranger, entre estes últimos, os entes de direito público externo”.

Em tal decisão observa-se que o ministro relator Sidney Sanches fundamentou seu voto na aplicação da constituição brasileira, em seu artigo 114, em detrimento à jurisprudência consolidada na corte de aplicação de imunidade de jurisdição. No mesmo julgamento, o ministro Francisco Rezek esclareceu que a regulação de tais casos ocorria pelo costume em direito internacional (CIL) e que houve mudança do costume de imunidade absoluta de jurisdição dos Estados, no plano do direito internacional a partir da década de setenta.

O ministro Rezek evidenciou a não mais existência de costume sólido sobre o tema, por meio de diferentes previsões normativas restritivas ao privilégio de imunidade de jurisdição dos Estados, como a European Convention on State Immunity, de 1972, o Foreign Sovereign Immunities Act, dos Estados Unidos, de 1976, e a State Immunity Act, do Reino Unido, de 1978.<sup>32</sup> A restrição do costume ocorre em base à distinção entre atos estatais de *jure imperii* e de *jure gestionis*.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Supremo Tribunal Federal, **Informativo 545, de 4 a 8 de maio de 2009**. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo545.htm>, acessado em 02 de maio de 2016.

<sup>31</sup> Em relatório da ACO 709/SP, de 2013, o ministro Celso de Mello afirma que “Tais premissas e concepções – que justificavam, doutrinariamente, essa antiga prática consuetudinária internacional – levaram a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, notadamente aquela que se formou sob a égide da revogada Carta Política de 1969, a emprestar, num primeiro momento, caráter absoluto à imunidade de jurisdição instituída em favor dos Estados estrangeiros (RTJ 66/727 – RTJ 104/990 – RTJ 111/949 – RTJ 116/474 – RTJ 123/29, v.g.). Essa orientação, contudo, tratando-se de imunidade à jurisdição de conhecimento, sofreu abrandamentos, que, na vigência da presente ordem constitucional, foram reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Apelação Cível 9.696/SP, Rel. Min. SYDNEY SANCHES (RTJ 133/159), do AI 139.671-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 161/643-644), e do RE 222.368-AgR/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 184/740-741)”.

<sup>32</sup> O artigo 4º da Convenção europeia de 1972 dispõe que não há imunidade em caso de ação indenizatória resultante de descumprimento de contrato comum e o artigo 5º afirma não caber imunidade em caso de demanda trabalhista ajuizada por súdito ou residente local, contra representação diplomática estrangeira. No mesmo sentido as demais convenções citadas. Cabe evidenciar também que o Código Bustamante, ao qual o Brasil está vinculado por meio do Decreto-Lei nº 18.871, de 13.08.1929, prevê a imunidade de jurisdição em casos de *jure imperii*, mas não em caso de *jure gestionis*, em seus artigos 333 à 339. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 213 ss.

<sup>33</sup> Os *acta jure gestionis* são entendidos como atos de gestão da representação diplomática que abarcam a contratação de funcionários *in loco*, de aluguel, de empreitada de serviço, de indenização e dentre outros também por infortúnio de trânsito. Os *acta jure imperii* são atos regidos pelo direito internacional ou pelas leis do próprio Estado estrangeiro, no que concerne às suas relações diplomáticas com o Estado local ou com outro país, com seus próprios agentes diplomáticos, ou dentre outros, com seus nacionais em matéria de direito público. REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 217.



No contexto da diferenciação acima, Rezek<sup>34</sup> afirma que “A imunidade tende a reduzir-se, desse modo, ao mais estrito sentido dos *acta jure imperii*, a um domínio regido seja pelo direito das gentes, seja pelas leis do próprio Estado estrangeiro [...]”.

Nesse sentido, observa-se que se construiu o entendimento também no Brasil, por meio de jurisprudência do Supremo, de que os atos de mera gestão praticados pelas missões diplomáticas e consulares dos Estados estrangeiros não deveriam ser abarcados pela imunidade de jurisdição.<sup>35</sup>

Cabe evidenciar que o entendimento de relativização da imunidade de jurisdição de Estados estrangeiros, para Rezek, não fundamenta-se na regra constitucional de que a lei não pode excluir da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito, e nem mesmo no artigo 114 da constituição de 1988, mas fundamenta-se na relativização de costume internacional.<sup>36</sup>

Segundo o Informativo n. 545 do Supremo Tribunal Federal, até o ACi 9696/SP, de 1989

pairava no Supremo Tribunal Federal, sobranceira, a teoria da imunidade absoluta dos Estados Estrangeiros, havia a plena consciência de que co-existiam duas ordens distintas de imunidade jurisdicional: uma que, positivada, era fruto de normas escritas constantes de tratados internacionais solenemente celebrados pelo Brasil, e outra, revelada na atividade jurisprudencial, que se escorava, exclusivamente, em norma de direito consuetudinário internacional. Das primeiras, gozavam, tão-somente, os agentes diplomáticos e consulares. Da segunda, aproveitavam os Estados estrangeiros.<sup>37</sup>

Desde então, o STF tem afastado a imunidade de jurisdição dos Estados nos processos de conhecimento de causas trabalhistas, de responsabilidade civil e de litígios decorrentes de situações ordinárias em que o Estado estrangeiro pratique atos de comércio ou atue *more privatorum*.

#### 4. A IMUNIDADE DE EXECUÇÃO

O avanço no afastamento da imunidade de jurisdição dos Estados não salvaguardou, porém, os direitos da parte requerente ao considerarmos que o Supremo ainda afasta a possibilidade de execução de bens de propriedade de outros países em território brasileiro, salvo em caso de renúncia de intangibilidade, como observa-se nas decisões das ACO 633-AgR/SP, 645-

<sup>34</sup> REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 217.

<sup>35</sup> Essa orientação foi confirmada nos julgamentos AI 139.671-AgR (29.03.1996) e RE 222.368-AgR, (14.02.2003).

<sup>36</sup> STF, ACi 9696-3-SP, voto Ministro Francisco Rezek, p. 30 s.

<sup>37</sup> Supremo Tribunal Federal, **Informativo 545, de 4 a 8 de maio de 2009**. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo545.htm>, acessado em 02 de maio de 2016.

AgR/SP e 526/SP.<sup>38</sup>

A imunidade de execução de Estados estrangeiros não é tema pacífico na jurisprudência e tem sido questionada inclusive no colegiado do Supremo Tribunal Federal. No sentido de relativização do costume internacional de imunidade de jurisdição, já se manifestou o Ministro Celso de Mello, em seu voto na ACO-Agr. 633/SP, em abril de 2007, citando o entendimento de Rezek, em artigo publicado no I Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho, em 1995. Rezek indicava que o Brasil já tinha sido processado no foro comum, trabalhista ou civil, de países como, por exemplo, Itália, Alemanha e Estados Unidos da América, e que nesses casos por causalidade e existência de bens não afetos à atividade diplomática e consular, naqueles territórios, a execução pode consumir-se, por meio, por exemplo, de bens do Instituto Brasileiro do Café e do Lloyd Brasileiro.

[...] a execução não pode materializar-se, forçadamente, sobre bens diplomáticos ou consulares. Aí estaríamos agredindo, de modo frontal, norma escrita, norma convencional que nos obriga, e lançando o país em ilícito internacional. Todavia, a execução pode materializar-se quando se consegue alcançar, dentro do domínio espacial da nossa soberania, incluído o mar territorial, o bem do Estado estrangeiro não coberto pela afetação diplomática ou consular.

Assim aconteceu quando o Brasil foi o réu. Lá fora, eram bens do Instituto Brasileiro do Café, eram bens do Lloyd Brasileiro. Bens do Estado, portanto, porém não afetos ao serviço diplomático ou consular, serviam, assim, de objeto a execução. Eram penhorados e garantiam a execução eficaz.<sup>39</sup>

Na ACO 709/SP, julgada em 2013, o Ministro Celso de Mello manifesta novamente o entendimento de necessária relativização da imunidade de execução de Estados estrangeiros, mas em decorrência do respeito ao princípio colegiado, manteve a aplicação de imunidade de execução:

[...] o Supremo Tribunal Federal, tratando-se da questão pertinente à imunidade de execução (matéria que não se confunde com o tema concernente à imunidade de jurisdição), continua, quanto a ela (imunidade de execução), a entendê-la como prerrogativa institucional de caráter mais abrangente (CELSO D. DE ALBUQUERQUE MELLO, “Curso de Direito Internacional Público”, vol. II/1.344, item n. 513, 14a ed., 2002, Renovar, v.g.), ressalvada, no entanto, a hipótese excepcional de renúncia, por parte do Estado estrangeiro, à prerrogativa da intangibilidade dos seus próprios bens, tal como decidiu o Plenário desta Suprema Corte.

A decisão monocrática do Ministro Celso de Mello evidencia que o entendimento majoritário no colegiado do Supremo é a impossibilidade de penhora de bens relacionados à

---

<sup>38</sup> RTJ 167/761, Rel. Min. Ilmar Galvão – ACO 543/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

<sup>39</sup> REZEK, Francisco. A imunidade do Estado Estrangeiro à Jurisdição Local. O problema da Execução na Justiça do Trabalho. In: **I Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho**. IBCB, 1995, p. 239 ss.

representação estrangeira, mantendo assim a aplicação de costume de direito internacional, que não é mais sólido.<sup>40</sup>

Observa-se dessa forma que os costumes em direito internacional têm aplicação interna direta, por meio de jurisprudência, dispensando para tanto atos internos do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Tal fato, subverte a ordem de recepção do direito internacional, por meio de tratados, prevista na Constituição Federal de 1988 e denota a incoerência entre as formas de incorporação do direito internacional ao direito interno.<sup>41</sup>

Na mesma linha de Francisco Rezek e de Celso de Mello, e em contraposição ao entendimento colegiado do Supremo Tribunal Federal, muito embora afirmando basear-se nele, observa-se a concepção de relativização de preservação de bens de Estados estrangeiros na justiça do trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho, no processo RO-1258500-04.2008.5.02.0000, em abril de 2011, relativizou não apenas a imunidade de jurisdição, mas também a de execução em processo contra representação diplomática da Índia.<sup>42</sup>

O Tribunal Regional do Trabalho, da 10ª Região, no processo n. 00611-2008-001-10-00-5 AP - ACÓRDÃO 3ª TURMA, de relatoria do então Desembargador Douglas Alencar Rodrigues decidiu em julho de 2011, pela relativização da imunidade de execução de Estado estrangeiro (República da Namíbia) e pela inversão do ônus da prova e pediu à embaixada da República da Namíbia a comprovação que os bens indicados para penhora têm relação direta com a atividade

---

<sup>40</sup> As decisões do Supremo quanto à Imunidade (jurisdição e execução) dos Estados, citam como base as Convenções de Viena de 1961 e de 1963 e precedentes da casa: ACO 633 AgR/SP rel. Min. Ellen Gracie, DJ 22.06.2007; ACO 522-AgR/SP e ACO 634-AgR/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, Plenário, DJ 23.10.98 e 31.10.2002; ACO 527-AgR/SP, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 10.12.99; ACO 524 AgR/SP, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 09.05.2003. O Ministro José Celso de Mello Filho (membro do STF) discorda da orientação do tribunal, evidenciando a inexistência de regras costumeiras sólidas de direito internacional, o errôneo uso da analogia às Convenções de Viena de 1961 e 1963 e evidencia a possibilidade de execução sobre bens não afetos à atividade diplomática ou consular.

<sup>41</sup> “A norma costumeira aplica-se, assim, independentemente de qualquer ato interno. Sua recepção ocorre por via jurisprudencial. Os tribunais recolhem das provas da prática internacional a substância do costume e conferem-lhes sentido, diretamente, sem intermediação, nem consulta ao Poder Executivo”. LUPI, André Lipp Pinto de Bastos. **O Brasil é dualista?** Anotações sobre a vigência de normas internacionais no ordenamento brasileiro. Brasília a. 46 n. out./dez. 2009, p. 39.

<sup>42</sup> Processo TST-RO-1258500-04.2008.5.02.0000, Acórdão da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT 19/04/2011: “RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ESTADO ESTRANGEIRO. CONSULADO GERAL DA ÍNDIA. IMUNIDADE RELATIVA DE JURISDIÇÃO E EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RECAIR PENHORA SOBRE BENS AFETOS À REPRESENTAÇÃO DIPLOMÁTICA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. Nos termos da jurisprudência do Excelso STF e desta Corte, é relativa a imunidade de jurisdição e execução do Estado estrangeiro, não sendo passíveis de constrição judicial, contudo, os bens afetados à representação diplomática. Assim, deve ser parcialmente concedida a segurança, a fim de se determinar que não recaia penhora sobre bens atrelados, estritamente, à representação diplomática ou consular do impetrante. Precedentes. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e parcialmente provido.”

diplomática.<sup>43</sup>

A citada decisão evidencia o desenvolvimento das relações internacionais em base ao princípio da boa-fé e da dignidade da pessoa humana, bem como denota os direitos trabalhistas como direitos humanos e assenta-se na sua necessária tutela diferenciada para a relativização da imunidade de execução.

Essa nova concepção da imunidade conferida aos Estados estrangeiros harmoniza-se com o desenvolvimento das relações internacionais entre Estados, orientada pelos princípios da boa-fé e pela relevância conferida à dignidade da pessoa humana.

O respeito a tais princípios não se coaduna com o descumprimento de obrigações trabalhistas originadas nos pactos laborais firmados pelos Estados com particulares. Afinal, a condenação imposta ao Estado Estrangeiro, em regular processo de conhecimento e execução, refere-se a parcelas oriundas do extinto contrato de trabalho, restando evidenciado, pois, seu caráter alimentar.

Não é demais lembrar que os direitos trabalhistas, no âmbito do Direito Internacional contemporâneo, são identificados como direitos humanos, exigindo, pois, tutela diferenciada. Tais direitos vinculam-se à própria dignidade da pessoa humana, valor essencial que a ordem jurídica busca preservar.

[...]

Com efeito, as parcelas devidas ao Exequente (direitos trabalhistas), a par de asseguradas pela ordem jurídica interna, inserem-se no âmbito dos direitos humanos, cuja proteção também se impõe à Executada, conforme o costume sedimentado na comunidade internacional, fundado nos termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> TRT 00611-2008-001-10-00-5 AP - ACÓRDÃO 3ª TURMA/2011. “Ementa: 1. ESTADO ESTRANGEIRO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. FASE EXECUTIVA. CARÁTER RELATIVO. BENS AFETADOS ÀS ATIVIDADES DE IMPÉRIO. IMPENHORABILIDADE. Na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, coerente com as modernas correntes doutrinárias do Direito Internacional Público, a imunidade de jurisdição reconhecida aos estados estrangeiros, em sede de execução de sentença detém caráter relativo. Nesse cenário, apenas os bens vinculados ao exercício das atividades de representação consular e diplomática estarão imunes à constrição judicial, não havendo, portanto, apenas em relação a eles, possibilidade de atuação do Poder Judiciário nacional (art. 84, I, do Provimento Geral Consolidado da Justiça do Trabalho). 2. ESTADO ESTRANGEIRO. DEVIDO PROCESSO LEGAL. CRITÉRIO DE DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA. Ao comparecer perante a jurisdição nacional, o Estado estrangeiro deve observar as regras e procedimentos previstos na legislação processual, editados de forma soberana pelo Estado acreditado (CF, art. 5º, LIV). Disso decorre que a aplicação de institutos processuais da legislação nacional, relativos aos critérios e parâmetros de distribuição do ônus da prova, não configura infração a preceito de normativo internacional, relativo à imunidade de execução, antes traduzindo simples expressão da soberania do Estado acreditado. Para afastar a possibilidade de apreensão de bens em sede de execução de sentença de créditos trabalhistas — gravados de caráter alimentar e integrantes do rol de direitos humanos fundamentais (CF, arts. 6º e 7º) —, deve o ente público executado comprovar, de forma clara e insofismável, que os bens indicados estão afetados à missão consular ou diplomática. Detectado o equívoco da imputação desse ônus ao Exequente, inclusive por aplicação do critério doutrinário da aptidão para a prova, cabe determinar o retorno dos autos à origem, para retomada do curso executivo legal, como entender de direito o d. juízo primário. Agravo de petição conhecido e parcialmente provido”.

<sup>44</sup> TRT 00611-2008-001-10-00-5 AP - ACÓRDÃO 3ª TURMA/2011: “Daí porque é evidente que a Executada detém o ônus de provar que os bens indicados à penhora — imóveis e saldo(s) de conta(s) bancária(s) — vinculam-se à sua missão diplomática. (...) Nesse contexto, considerando a prevalência dos direitos humanos como princípio orientador das relações internacionais, o caráter vinculante da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o caráter relativo conferido à imunidade de execução dos Estados estrangeiros, bem como o princípio da aptidão para a prova, deverá a Executada comprovar, nos autos, de forma eficaz, que os bens imóveis indicados à penhora e os valores presentes em contas bancárias destinam-se, exclusivamente, ao cumprimento de atividades diplomáticas e consulares.”

No mesmo sentido, o Tribunal Superior do Trabalho, no processo RR-130500-78.2006.5.02.0030, em março de 2015, deu o prosseguimento a execução de sentença trabalhista contra o Consulado Geral de Portugal em São Paulo, com a possibilidade de penhora de bens não relacionados à missão diplomática.

O entendimento do TST pela relativização de imunidade de execução, mesmo encontrando acolhida no entendimento do Ministro Celso de Mello, como observa-se na ACO 709/SP, ainda é visto como tendência e expectativa para o futuro, diante da incoerente realidade mantida pelo Supremo Tribunal Federal.

## **5. DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO E DE EXECUÇÃO DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS**

O problema da imunidade de jurisdição brasileira é observado não apenas em ações envolvendo outros Estados, mas também envolvendo organizações internacionais. Observa-se que a Constituição Federal de 1988, em seus artigos 109 e 114, prevê jurisdição em relações que abrangem entes de direito público externo, o que abarca não apenas os Estados, mas também as organizações internacionais.

Em contrapartida, observa-se que o Supremo tem negado jurisdição em ações contra organizações internacionais. Nesse último caso, a questão apresenta traços essencialmente diversos daqueles dos Estados estrangeiros por não se tratar de incorporação de costume internacional. No caso de organizações internacionais, o Brasil adotou a Convenção sobre Privilégios e Imunidades das Nações Unidas (“Convenção de Londres”) e o Acordo Básico de Assistência Técnica com a Organização das Nações Unidas, suas Agências Especializadas e a Agência Internacional de Energia Atômica, respectivamente promulgados pelos decretos executivos n. 27.784, de 1950, e n. 59.308, de 1976.

As citadas convenções não necessariamente encontram acolhimento na ordem constitucional de 1988, visto que os artigos 109 e 114 da Constituição preveem competência de jurisdição abrangendo entes de direito público externo. A contraposição entre os dispositivos normativos fatalmente atingiria a convenção, visto a sobreposição do texto constitucional. Tal contraposição é amenizada, porém, por duas interpretações:

1. a primeira, majoritária no Supremo, de que no artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, os direitos e garantias constitucionais não excluem os tratados internacionais assinados pelo país (denotando natureza restritiva do citado dispositivo); e

2. a segunda, apresentada por Rezek de que a previsão do artigo 114 implica em uma possibilidade de jurisdição e não na sua obrigatoriedade.<sup>45</sup> Nesse sentido, sempre há a possibilidade de renúncia de imunidade por parte da organização internacional, tendo então na constituição a previsão da competência jurisdicional.

Nesse sentido, o Supremo tem seguido a convenção de Londres e tem extinguido ações contra a ONU e seus diferentes entes, como a UNESCO e o PNUD.<sup>46</sup>

Essa postura reflete a compreensão de um direito voltado para o Estado e não para o indivíduo, descuidando-se de sua função social e dos direitos fundamentais sociais. Descuida-se também da função social das próprias organizações internacionais, como a ONU, que se exime da obrigatoriedade de respeito ao direito dos países que representa e nos quais se faz representar. Ademais, para uma organização que emana uma declaração de direitos humanos e propõe-se a propagá-los é no mínimo incoerente e desatento aos direitos sociais que não responda por violações cíveis e trabalhistas.

Em sentido diferente, mas defendendo o respeito aos direitos sociais, apresentam-se os votos divergentes da ministra Carmén Lúcia e do Ministro Marco Aurélio nos Recursos Extraordinários 578543 e 597368, julgados em maio de 2013. A ministra reconhece a imunidade da ONU, em base à Convenção sobre Privilégios e Imunidades, a Carta das Nações Unidas e o Acordo Básico de Assistência Técnica com a Organização das Nações Unidas, mas afirmou preocupação com a não garantia de direitos sociais fundamentais (dentre eles o de acesso à jurisdição) à pessoa contratada no Brasil por esses organismos, atribuindo responsabilidade subsidiária à União.<sup>47</sup>

Observa-se ademais que o recurso envolvendo o PNUD foi impetrado devido a decisões do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região e do Tribunal Superior do Trabalho que obrigavam o ente ao pagamento de direitos trabalhistas em função do encerramento dos contratos de trabalho.

O citado entendimento das cortes da justiça do trabalho contraria a Orientação Jurisprudencial nº. 416, da seção de dissídios individuais I do Tribunal Superior do Trabalho que

---

<sup>45</sup> Ver STF Recursos Extraordinários 578543 e 597368; REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 214 s.

<sup>46</sup> Ver Recursos Extraordinários 578543 e 597368.

<sup>47</sup> Com solução diferente daquela proposta neste artigo, a ministra propôs a responsabilização da União “pelos direitos trabalhistas decorrentes do acordo de cooperação técnica com o PNUD, que previa expressamente que o Estado custearia, entre outros, serviços locais de pessoal técnico e administrativo, de secretaria e intérpretes”. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=238600>, acessado em 20 mai. 2016; Disponível no site <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo706.htm>, acessado em 20 mai. 2016.

prevê “Imunidade de jurisdição. Organização ou organismo internacional” (DEJT divulgado em 14, 15 e 16.02.2012), mas apresenta como fundamentação a decisão do Supremo Tribunal Federal, na apelação cível 9696, relativizando a imunidade de Estados estrangeiros.

As decisões do Supremo de 2013, porém, não afastaram a convicção do Tribunal Superior do Trabalho que, em maior de 2015, voltou a afirmar a competência da justiça do trabalho em ações que envolvam entes de direito público externo, não reconheceu a imunidade de jurisdição da Organização das Nações Unidas e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento e promoveu a sua condenação no pagamento de verbas rescisórias e trabalhistas.

A interposição de recurso (RE 599076 AgR/MT) à citada decisão do TST permitiu ao Supremo reafirmar seu entendimento de imunidade de jurisdição à ONU e ao PNUD em casos de reclamação trabalhista.

O contraste entre os órgãos do Poder Judiciário denota certa tendência e expectativa, não apenas da Justiça do trabalho, para que se afaste a imunidade de jurisdição de organizações internacionais e atente-se não apenas a nível de judiciário brasileiro, mas em nível de Nações Unidas aos interesses sociais e aos direitos fundamentais.<sup>48</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caráter social dos costumes de direito internacional não é tão evidente, por se tratar principalmente de sociedade composta por pessoas jurídicas de direito público externo. Observa-se nesse sentido, que a tendência de valorização e intangibilidade de entes dessa natureza, em detrimento de interesses sociais e individuais, tem sido amenizada desde a segunda metade do século XX.

A aplicação de costumes de direito internacional em âmbito interno, via jurisprudência, denota uma significativa tendência de harmonização às normas de direito internacional, seguindo uma perspectiva de globalização, mesmo que com atualizações tardias dos costumes.

Delineada a recepção, pelo Supremo Tribunal Federal, de normas costumeiras de direito internacional, observa-se a interpretação ampla do artigo 114 da Constituição Federal, possibilitando mas não impondo jurisdição, e a inversão do sistema de fontes do direito interno,

---

<sup>48</sup> Para tanto, e sem gerar responsabilidade internacional, seria necessário a derrogação ou renúncia de tratados vigentes. REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 307.

via sobreposição do costume *praeter e contra Constitutionem*.

A prática de costume internacional *contra Constitutionem* pelo Estado brasileiro abarca aplicação de imunidade de execução, chocando-se com o pressuposto positivista de sobreposição da constituição ao costume.<sup>49</sup> A inversão do quadro hierárquico das fontes do direito evidencia a incoerência no tratamento do tema e frequente inconstitucionalidade da prática executiva e judiciária. A esse respeito Celso Mello<sup>50</sup> apresenta como conclusão de sua obra sobre Direito Constitucional Internacional a descrença no que “seria a fusão de dois ramos do Direito que nem sempre se coadunam”.

Como interpretar então a sobreposição do costume internacional em relação à Constituição? A sobreposição do direito internacional, que tem nos costumes fonte primária do direito, em relação ao direito interno não tem previsão no nosso ordenamento jurídico e não corresponde à visão unitária do sistema jurídico brasileiro. Ao mesmo tempo, o afastar de direitos sociais constitucionalmente previstos para a aplicação de costumes e tratados internacionais apresenta-se como um verdadeiro paradoxo em relação a uma constituição social.

Dentre a pluralidade de motivos que leva à aplicação interna de costume e tratados de direito internacional, contrapostos à Constituição Federal e vistos até mesmo como violadores de direitos humanos, prejudicando a expectativa de direitos no Brasil, enquadra-se: a busca de harmonização do direito interno com o direito internacional, e a falta de uma concepção integradora e unitária da Constituição e do próprio direito internacional. Observa-se em decorrência de tais fatos, a não rigorosa observância das normas constitucionais escritas, a dúvida em relação à sua aplicação e a deficiência de mecanismos de garantia constitucional.<sup>51</sup> Circunstâncias essas que dificultam o alcance de interesses sociais.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste C. J. dos Santos. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1997.

---

<sup>49</sup> BRASIL. **Decreto Lei n. 4657 de 04/09/1942**, Art. 4<sup>o</sup> Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

<sup>50</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional internacional: uma introdução** (Constituição de 1988 revista em 1994). 2<sup>o</sup> ed. rev. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000, p. 369.

<sup>51</sup> MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 243.



- BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 1891.
- BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, 1934
- BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, 1937.
- BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657**, de 4 de Setembro de 1942..
- BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, 1946.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1967.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal, **Informativo 545, de 4 a 8 de maio de 2009**. Disponível no site: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo545.htm> Acessado em 26 de maio de 2014.
- CATALANO, Pierangelo. **Diritto e persone**. Torino: Giappichelli, 1990.
- DAL RI Jr., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de A.; LIMA, Lucas Carlos. **A formação da ciência do direito internacional**. Ijuí: Editora Unijuí, 2014.
- DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. Parte Geral. 8. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2005.
- FINKELSTEIN, Cláudio. **Hierarquia das normas no direito internacional**. Jus cogens e metaconstitucionalismo. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GABSCH, Rodrigo D'Araujo. **Aprovação de tratados internacionais pelo Brasil: possíveis opções para acelerar o seu processo**. Brasília: FUNAG, 2010.
- GROSSI, Paolo. Primeira **Lição sobre direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica européia: síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2007.
- KELSEN, Hans. **Princípios do Direito Internacional**. Ijuí: Editora Unijuí, 2010.
- LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- LUPI, André Lipp Pinto de Bastos. **O Brasil é dualista?** Anotações sobre a vigência de normas

internacionais no ordenamento brasileiro. Brasília a. 46 n. out./dez. 2009.

MAGALHÃES, José Carlos de. **O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional**: uma análise crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Constitucional internacional**: uma introdução (Constituição de 1988 revista em 1994). 2. ed. rev. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, vol. II/1.344, 14. ed., Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça**. Haia, 1945.

PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos do direito brasileiro. *In*: PIOVESAN, Flávia; GOMES, Luiz Flávio (org.) **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

REPOSO, Antonio. *Fonti del Diritto*. *In*: MORBIDELLI, Giuseppe; PEGORARO, Lucio; REPOSO, Antonio; VOLPI, Mauro. **Diritto pubblico comparato**. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2009.

REZEK, Francisco. A imunidade do Estado Estrangeiro à Jurisdição Local. O problema da Execução na Justiça do Trabalho. *In*: **I Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho**. IBCB, 1995, p. 239 ss.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

SLOSS, David. **Domestic Application of Treaties**. Santa Clara: Santa Clara Law Digital Commons 2011, p. 01, disponível em <http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/635>, consultado em 23 mar 2015.

TRIEPEL, Karl Heinrich. **Völkerrecht und Landesrecht**. Leipzig: Verlag von C. L. Hirschfeld, 1899.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. *In*: **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, ano XVII, separata, outubro de 1966.

UNITED STATES OF AMERICA. **Foreign Sovereign Immunities Act**, 1976.

UNITED KINGDON. **State Immunity Act**, 1978.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berlinder. São Paulo: Martins fontes, 2009.

# SEGURANÇA JURÍDICA E LEGALIDADE: COLISÃO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS À LUZ DAS DOUTRINAS ITALIANA E BRASILEIRA

Adriana Regina Dias Cardoso<sup>1</sup>

Glauca Mattjie<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

O Brasil – e, de certa forma, o mundo todo – acha-se em um cenário paradoxal: de um lado, depara-se com constantes, ágeis e incontroláveis mudanças sociais, econômicas, políticas e culturais; de outro, deve imprimir ao seu ordenamento um patamar mínimo de segurança jurídica. O cenário é, portanto, paradoxal, uma vez que, se exige adaptação da ordem jurídica à nova realidade, demanda a sua estabilidade como *conditio sine qua non* ao sustento do Estado Democrático de Direito.

É inevitável, assim, que as aludidas circunstâncias conduzam à verificação de um conflito de normas, que se torna ainda mais problemático por envolver dois preceitos de cariz constitucional e que, mais que isso, são verdadeiros pressupostos da ordem jurídica pátria.

Em face de tal imbróglio, as doutrinas constitucionais brasileira e italiana, partindo do conceito que os princípios assumem e da normatividade de que se revestem na atual quadra civilizatória, fornecem premissas a partir da qual se pode formular uma hipótese que, de maneira geral, constitua uma resposta, ainda que provisória, à indagação que sobrevém do cenário ora estudado.

Assim, contextualizado o tema a ser abordado no presente escrito, iniciar-se-á seu estudo a partir de uma breve, mas necessária exposição acerca do papel que os princípios exercem nos

---

<sup>1</sup> Auditora Fiscal de Controle Externo junto ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Especialista em Administração e Auditoria Aplicada ao Controle Externo pelo Centro de Ciências da Administração – ESAG, da Universidade do Estado de Santa Catarina – UDESC. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. *E-mail*: adrianaardcardoso@gmail.com. Currículo em plataforma *lattes*: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8189187P3>>

<sup>2</sup> Auditora Fiscal de Controle Externo junto ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera. Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. *E-mail*: glauciamattjie@ig.com.br. Currículo em plataforma *lattes*: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8187088A1>>

atuais ordenamentos jurídicos.

## 1. PALAVRAS INICIAIS: UMA BREVE CONCEITUAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Preliminarmente à conceituação dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, que constituem o cerne do presente trabalho, fazem-se necessários breves comentários acerca da concepção de princípios, uma vez que estes são as verdadeiras bases de um sistema jurídico; são seu sustento e, concomitantemente, conformam-lhe. Apresentam-se, ademais, como mandamentos nucleares de um sistema – em geral positivados em uma Constituição, ou ao menos por esta recepcionados, implícita ou expressamente –, cuja observância irrestrita é imperativa. São, nesse sentido, verdadeiros vetores que devem ser seguidos tanto por legisladores, quanto por intérpretes<sup>3</sup>.

Retomando a acepção já brevemente apresentada, José Afonso da Silva leciona que “A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. [...] Princípio exprime a noção de “mandamento nuclear de um sistema”. Os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas.”<sup>4</sup>

Também Celso Antônio Bandeira de Mello adota a mesma orientação:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.<sup>5</sup>

Tal concepção é fundamental ao presente trabalho, haja vista que se aborda, como objeto, os princípios da legalidade e da segurança jurídica, os quais, para novamente recorrer à terminologia dos citados juristas, são, verdadeiramente, mandamentos nucleares do sistema jurídico pátrio.

Por sua vez, recorrendo aos escritos de Canotilho, Edson Luis Baldan afirma:

---

<sup>3</sup> CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A investigação criminal pelo ministério público e pela defesa em face do princípio da paridade de armas. 2014. 113 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/127465>>. Acesso em: 20 set. 15.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 91-92.

<sup>5</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Mandamentos, 2005. p. 912-913.

Ensina Canotilho que princípios jurídicos fundamentais são aqueles princípios historicamente objetivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito.<sup>6</sup>

E, de fato, os princípios da legalidade e da segurança jurídica são preceitos que, desde os mais incipientes Estados de Direito – e, em relação à legalidade, sobretudo nos Estados paleojuspositivistas, para utilizar terminologia cunhada por Luigi Ferrajoli<sup>7</sup> – norteiam a maior parte dos sistemas jurídicos.

Ainda outro aspecto da aceção inicialmente emprestada aos princípios deve ser brevemente ressaltado: o fato de que a sua consagração, pela Constituição Federal, dá-se não somente de forma explícita, mas também – e em significativas oportunidades – de modo implícito, de sorte que a sua existência pode ser inferida da instituição de outros direitos e princípios expressamente consagrados pela lei fundamental.

Assim é que a legalidade somente encontra-se expressa em sua faceta estrita; é dizer, apenas a legalidade aplicável à Administração Pública<sup>8</sup> encontra explícita consagração constitucional, no artigo 37, *caput*, da Carta Magna<sup>9</sup>.

Da mesma forma, a segurança jurídica não encontra literal previsão em qualquer dos dispositivos constitucionais, muito embora sua consagração reste evidente da leitura de dispositivos tais como o artigo 5º, XXXVI, da Carta Magna<sup>10</sup>.

A explanação oferecida, até o presente ponto, acerca dos princípios, é, pode-se dizer, isenta de maiores indagações. Por outro lado, suscita grandes debates, como observa Luigi Ferrajoli, “[...] a configuração das normas constitucionais substanciais e, em particular, dos direitos fundamentais, não apenas como “regras”, mas como “princípios”, objeto de ponderação, e não,

---

<sup>6</sup> BALDAN, Edson Luis. Investigação Defensiva. In: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). **Doutrinas Essenciais: Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>7</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araújo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 23.

<sup>8</sup> Em apertada fórmula, a Administração somente pode agir quando autorizada pela lei, ao passo em que o particular pode fazer tudo aquilo que pela lei não for proscrito.

<sup>9</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

<sup>10</sup> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

como se passa com as regras, de aplicação.”<sup>11</sup>

Em outras palavras, é questionada a tradicional ideia de que os princípios, ao contrário das regras, não têm aplicação imediata; ao contrário, somente seriam objeto de ponderação.

Tal aceção, em geral, adota como premissa a maior abstração que caracteriza os princípios, em oposição à concretude ínsita às regras – ou àquilo que se convencionou denominar dessa forma – e será explorada mais longamente adiante, quando se discorrer acerca da ponderação – ou argumentação, na aceção de Luigi Ferrajoli – a ser realizada entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Acerca da força normativa que, historicamente, não era conferida aos princípios – sobretudo por considerá-los como meros valores – o jurista italiano Norberto Bobbio ensina:

O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental de ciência consiste em sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico; a ciência consiste somente em juízos de fato. [...] Pois bem, o positivista jurídico assume uma atitude científica frente ao direito já que, como dizia Austin, ele estuda o direito tal qual é, não tal qual deveria ser. O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como fato, não como valor: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio em bom e mau, justo e injusto.<sup>12</sup>

Tal concepção, como adiante se explanará, é criticada pelo também jurista italiano Luigi Ferrajoli e, em *terrae brasilis*, dentre outros, por Lênio Streck.

Nesse pensar, vale aludir ao exemplo histórico citado pelo jurista italiano, que relata que a experiência jurisprudencial italiana reconheceu a imperatividade das normas constitucionais substanciais como decisiva ao papel garantista da jurisdição: a Corte Constitucional do país peninsular afirmou o caráter imediatamente preceptivo de tais normas, superando a concepção, adotada pelo próprio Tribunal no pós-Segunda Guerra Mundial, de que constituíram somente normas programáticas de políticas futuras (segundo a aceção de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero) ou preceitos de otimização (como entende Robert Alexy).

Realizado esse breve introito acerca da noção de princípios, cabe, então, realizar uma exposição mais minuciosa acerca daqueles que constituem o objeto de análise do presente artigo.

---

<sup>11</sup> FERRAJOLI. **A democracia através dos direitos**. p. 116-117.

<sup>12</sup> BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135-136.

## 2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Como assinala Paolo Grossi, em um processo iniciado na absolutista monarquia francesa e que teve seu ápice com a codificação napoleônica, obediência e legalidade passam a ocupar papéis centrais no Direito; surge, nesse contexto histórico, “a mística da lei, essa pesada hipoteca da civilização jurídica moderna”<sup>13</sup>.

O autor italiano expressa, ainda, a sua impressão acerca do fenômeno por ele próprio descrito alhures: “Acredito que o legislador pretendeu realizar uma ingerência excessiva no mundo moderno através de uma arrogante monopolização do fenômeno jurídico; infelizmente, fazendo isso, também demonstrou o quanto é impotente.”<sup>14</sup>

Para Lênio Streck e Bolzan Morais, o Estado Democrático de Direito é constituído dos seguintes princípios:

- A. Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica;
- B. Organização Democrática da Sociedade;
- C. Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como um Estado de distância, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado antropologicamente amigo, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade;
- D. Justiça social como mecanismos corretivos das desigualdades;
- E. Igualdade não apenas como possibilidade formal, mas, também, como articulação de uma sociedade justa;
- F. Divisão de Poderes e de Funções;
- G. Legalidade, que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência;
- H. Segurança e Certeza Jurídicas.<sup>15</sup>

Verifica-se, portanto, de início, a posição de destaque assumida, histórica e atualmente, pelo princípio da legalidade nos Estados de Direito.

Por força do Princípio da Legalidade, previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, a

---

<sup>13</sup> GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 44.

<sup>14</sup> GROSSI. **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 144.

<sup>15</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 98-100.



Administração Pública está adstrita ao que estiver previsto em lei, não sendo permitida extrapolação a esses limites.

A respeito do Princípio da Legalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece exatamente a questão:

Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de *qualquer Estado*, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é *específico do Estado de Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares* à lei.

[...]

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática, daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhe compete no Direito brasileiro.<sup>16</sup>

Não se pode deixar de mencionar a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Significa o poder-dever da administração em anular seus próprios atos quando eivados de ilegalidade, em função da inteira submissão ao princípio da legalidade.

Todavia, a Constituição Federal institui que vivemos em um Estado Democrático de Direito, o que implica na submissão da Administração não só à lei, mas ao direito, como explica Di Pietro. Nessa senda, a legalidade ganhou nova dimensão devendo ser interpretada em “sentido amplo (que abrange os atos normativos do Poder Executivo, bem como os princípios e valores previstos na Constituição, de forma implícita ou explícita)”<sup>17</sup>. Essa interpretação em sentido amplo, em contraponto à segurança jurídica, é o que se buscará atingir adiante.

<sup>16</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. Malheiros: São Paulo, 2011. p. 99-101.

<sup>17</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. **Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=57926>>. Acesso em: 21 set. 2015.

### 3. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Se a legalidade remete às mais remotas origens do Estado de Direito – com forte evidência no Estado paleojuspositivistas –, também a segurança jurídica encontra seus traços iniciais em pontos esparsos da história, com uma intensificação na sua busca a partir do fenômeno das codificações. É o que explana, com fulcro nas lições de Paolo Grossi, Juliano Marcondes Paganini:

Uma perspectiva de certa forma comum a todos os códigos (desde o Justinianeus, e aqui se incluindo o alemão, francês e também o brasileiro) é o seu caráter pretensamente central, unificador e completo e (uma certa “tendência a estabilizar o instável”<sup>18</sup>), caracterizado por uma ímpeto de apreensão valorativa integrais do seu objeto de regulação, através de formulações suficientemente perenes e duradouras que representam, em última análise, uma almejada redução de seu conteúdo.<sup>19</sup>

Ainda de início, vale lembrar que não somente a legalidade é fator constitutivo do Estado Democrático de Direito, como também a segurança jurídica o é.

A Lei n. 9.784/1999 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal incluiu a Segurança Jurídica como princípio basilar, como se verifica no *caput* do art. 2º:

A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Pois bem. O direito tem por fim precípuo a obtenção de paz social; em verdade, mais que obter, visa mantê-la, sendo necessário, para tanto, garantir a estabilidade de situações jurídicas em que se encontram os destinatários das normas.

Fala-se, nesse contexto, em segurança jurídica, que figura, concomitantemente, como direito e princípio.

Para bem conceituá-la, recorre-se ao magistério de Couto e Silva:

A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza **objetiva** e outra de natureza **subjéctiva**. A primeira, de natureza **objetiva**, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada. [...] A outra, de natureza subjéctiva, concerne à

<sup>18</sup> O autor faz referência, nesse ponto, à obra de Paolo Grossi: **Mitologias jurídicas da modernidade**. p. 104.

<sup>19</sup> PAGANINI, Juliano Marcondes. **A segurança jurídica nos sistemas codificados a partir de cláusulas gerais**. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 2, n. 3, 01 jul. 2011.

**proteção à confiança** das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação.<sup>20</sup>

Assim, verifica-se, retomando a ideia precedente, que a segurança jurídica é direito de que gozam os cidadãos na medida em que o Estado deve lhes assegurar uma estabilidade razoável nas suas relações jurídicas, bem como, de modo geral, a proteção ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito. Acerca desses três elementos, cuja proteção, em nível constitucional e mesmo infraconstitucional, constitui corolário da segurança jurídica, discorrem Oliveira e Siqueira Jr.:

O texto constitucional, combinado com o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil [atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro], estabelece os casos de irretroatividade da norma jurídica, com a finalidade de garantir a estabilidade dos direitos subjetivos: o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

O direito adquirido é aquele que já se incorporou ao nosso patrimônio ou personalidade. O ato jurídico perfeito é aquele que já se consumou segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (art. 6º, § 1º, LICC). A coisa julgada é a decisão judicial de que não cabe mais recurso (art. 6º, § 3º, LICC c/c art. 467 do CPC)<sup>21</sup>.

Ainda a respeito da consagração do preceito em comento pelo ordenamento jurídico, Theodoro Jr. assinala:

A Constituição brasileira consagra o princípio da segurança jurídica em mais de uma oportunidade. Já no preâmbulo se anuncia que o Estado Democrático de Direito, de que se constitui a República Federativa do Brasil, está destinado a garantir, entre outros direitos fundamentais, a segurança. Esta, ao lado de outros direitos da mesma estirpe, se insere no rol dos "valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social". Também no art. 5.º, caput, da CF/1988, a declaração dos direitos e garantias fundamentais tem início com a proclamação de que todos são iguais perante a lei, garantindo-se a todos os residentes no país a inviolabilidade do direito à segurança e à propriedade. Esse compromisso do estado de direito com o princípio de segurança, aliás, não é uma peculiaridade da República brasileira. Todo o constitucionalismo ocidental de raízes européias o adota e exalta<sup>22</sup>.

Vale destacar, nesse contexto, como já inicialmente alertado, que o panorama visualizado no direito brasileiro – em que a segurança jurídica não figura explicitamente, a despeito de ter manifestações suas pulverizadas no texto constitucional e de ser princípio informativo de todo o

---

<sup>20</sup> COUTO e SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Brasileira de Direito Público**. Belo Horizonte, n. 6, ano 2 Julho/Setembro 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12568>>. Acesso em: 19 set. 2015.

<sup>21</sup> OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de; SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 26-27.

<sup>22</sup> THEODORO JR., Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Processo**. v. 136. Jun. 2006. Disponível em: <<http://revistadotribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>>. p. 35. Acesso em 19 set. 2015.

ordenamento jurídico – não difere daquilo que se encontra no além mar<sup>23</sup>.

Acerca da segurança jurídica como direito, é precisa a lição de Sarlet:

[...] é certo que o clamor das pessoas por segurança [...] e [...] por uma certa estabilidade das relações jurídicas, constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a declaração dos Direitos Humanos de 1948 o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988, onde um direito geral à segurança e algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica foram expressamente previstas no art. 5.º, assim como em outros dispositivos da Lei Fundamental<sup>24</sup>.

O primeiro ponto a se destacar do excerto doutrinário supra colacionado refere-se à definição da menção à segurança jurídica como direito humano e fundamental. Tais categorias, conquanto bastante semelhantes e mesmo utilizadas indistintamente – embora tal uso constitua um equívoco – correspondem a diferentes acepções de um direito. E é salutar explanar, ainda que brevemente, a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, a fim de, logo de plano, averiguar a importância da segurança jurídica tanto no plano do ordenamento jurídico-constitucional, quanto no âmbito internacional.

Assim, recorre-se, novamente, à lição de Sarlet<sup>25</sup>. De maneira bastante sintética, pode-se afirmar que direitos humanos estão atrelados à concepção de direitos dos quais são titulares absolutamente todos os seres humanos, independentemente da ordem jurídico-constitucional em que se achem insertos, como decorrência da dignidade da pessoa humana, que é ínsita a todos os indivíduos. Os direitos fundamentais, por outro lado, atrelam-se à concepção de um ordenamento jurídico; não necessariamente estão positivados – uma vez que é possível o reconhecimento de um direito fundamental não positivado, como é aquele à segurança jurídica –, mas são, em geral, acolhidos pelo direito nacional. Assim, os direitos humanos, quando albergados por uma ordem jurídica, assumem, também, o caráter de direitos fundamentais.

A segurança jurídica, portanto, é tida como direito humano por constituir prerrogativa de todos os seres humanos, onde quer que estejam, uma vez que é decorrência da dignidade da

---

<sup>23</sup> THEODORO JR.. **A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica**. p. 37.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n. 57, p. 5-48, out./dez. 2006. p. 6.

<sup>25</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As aproximações e tensões existentes entre Direitos Humanos e Fundamentais. **Revista Consultor Jurídico**. 25 jan. 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>>. Acesso em 19 set. 2015.

pessoa humana; é direito fundamental – no Brasil, pelo menos –, ademais, porque recepcionada, ainda que implicitamente e em manifestações esparsas pelo texto constitucional, pelo ordenamento jurídico brasileiro. O duplo caráter de que se reveste o direito à segurança jurídica demonstra a importância que lhe é imputada pelo direito brasileiro. Para além de direito, é princípio, por constituir, inarredavelmente, figura central do moderno Estado de Direito, uma vez que “um autêntico Estado de Direito é um Estado da segurança jurídica, já que, do contrário, o governo das leis poderá resultar em despotismo e toda sorte de iniquidades”<sup>26</sup>.

Aborda-se, sob esse aspecto, a segurança jurídica como subprincípio do princípio do Estado de Direito, segundo o qual o poder se rege e é exercido, necessariamente, balizado por normas jurídicas. É evidente que o exercício de poder livre de amarras legais – característica inerente, por exemplo, aos Estados absolutistas – conduz, inexoravelmente, à insegurança jurídica, porquanto ausente qualquer diretriz normativa que confira previsibilidade à ordem jurídica. Há, aqui, portanto, íntima relação entre os princípios da segurança jurídica e da legalidade.

Aliás, fazendo um parêntese, uma das formas de evitar o livre arbítrio do Estado e garantir a segurança jurídica é através do controle social, como destacado no artigo A influência do constitucionalismo inglês no sistema de controle externo brasileiro: “Com relação ao controle social da administração pública, ele é exercido pela população individual e coletivamente e se dá por meio do acesso às informações públicas, direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal”<sup>27</sup>.

Embora seja direito e princípio inerente dos Estados de Direito – concepção cristalizada pela Constituição Federal e desta indissociável – e, mesmo, pilar daqueles, a segurança jurídica raramente se acha expressamente positivada, a exemplo do que ocorre na lei fundamental brasileira. Contudo, tal fato não conduz, por óbvio, à conclusão de que a ordem jurídico-constitucional brasileira não acolheu a segurança jurídica – e nem poderia fazê-lo.

Assim, embora não se encontre expressa em momento algum, a segurança jurídica, como um sobreprincípio, possui várias manifestações ao longo do texto constitucional.

Apenas a segurança, de modo genérico, tem referências expressas na Constituição Federal:

---

<sup>26</sup> SARLET. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**. p. 10.

<sup>27</sup> CARDOSO, Adriana Regina Dias, GRUENFELD, Valéria Rocha Lacerda. **A influência do constitucionalismo inglês no sistema de controle externo brasileiro**. Anais do evento Constituição e Direito Internacional: formas e diálogos entre os séculos XIX e XX. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, n.1, novembro de 2014, p. 220-227. ISSN: 2358-8675. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/ahc/article/view/6873/3909>. Acesso em: 20 set. 2015.

esta menciona segurança no preâmbulo, e a trata com um dos direitos invioláveis no *caput* do artigo 5º<sup>28</sup>, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade; mais, incumbe o Estado de garantir a segurança pública a todos, em seu artigo 144<sup>29</sup>.

Para Aluisio Gama de Souza, todavia, a segurança jurídica constante do preâmbulo da Carta Magna merece destaque e representa valor a ser perseguido pelo Estado Democrático de Direito:

Existem, na temática constitucional, valores e princípios a serem perseguidos pelo nosso Estado Democrático de Direito.

1. Presentes no preâmbulo da Carta Maior, destacam-se três valores:
2. Da Proteção à Dignidade da Pessoa Humana;
3. Da Segurança Jurídica;
4. Da Garantia a um Ordenamento Jurídico Justo<sup>30</sup>.

E, não tendo abordado a segurança jurídica explicitamente, a Constituição Federal e mesmo normas internacionais não especificaram o contorno do direito à segurança jurídica, de sorte que não precisaram seu âmbito de atuação. Mesmo os principais documentos em matéria de reconhecimento e proteção dos Direitos Humanos Fundamentais não contêm referência expressa a um direito à segurança jurídica – somente à segurança do indivíduo –, de maneira que, repise-se, a segurança jurídica somente se acha de modo implícito, como no âmbito criminal, quando se impede a irretroatividade de leis penais prejudiciais ao réu, bem como, de modo semelhante, na seara tributária<sup>31</sup>, com a atuação do princípio da anterioridade e suas decorrências; pode-se dizer que, genericamente, a segurança jurídica institui a irretroatividade das disposições sancionadoras desfavoráveis ou restritivas de direitos individuais, como nos exemplos supra mencionados.

---

<sup>28</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

<sup>29</sup> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

<sup>30</sup> GAMA DE SOUZA, Aluisio. **Direito Público no Tribunal de Contas**. Rio de Janeiro: Faculdade Gama e Souza, 2007, p. 325.

<sup>31</sup> Mantendo a discussão na seara tributária, Marins destrincha a atuação da segurança jurídica nesse campo do Direito: "segurança material consiste na plena previsibilidade das regras de tributação, o que se logra tão-somente através da observância formal e material da reserva absoluta de lei, do princípio da estrita legalidade que se desdobra na tipicidade em matéria tributária (art. 150 da CF/1988, e seus diversos parágrafos e incisos). Segurança formal que se expressa no modus operandi administrativo revelado pelo procedimento de fiscalização e lançamento. Segurança processual revelada pela qualidade do procedural due process of law que baliza a atuação dos julgadores administrativos e judiciais, para a lide fiscal (art. 5º da CF/1988) e seus diversos incisos" (MARINS, James. **Elisão tributária e sua regulação**. São Paulo: Dialética, 2002. p. 13-14).

Na mesma linha de pensamento, discorre Sarlet:

Muito embora em nenhum momento tenha nosso constituinte referido expressamente um direito à segurança jurídica, este (em algumas de suas manifestações mais relevantes) acabou sendo contemplado em diversos dispositivos da Constituição, a começar pelo princípio da legalidade e do correspondente direito de não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5.º, II), passando pela proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (art. 5.º, XXXVI), bem como pelo princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (de acordo com o art. 5.º, XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (art. 5.º, XL), até chegar às demais garantias processuais (penais e civis), como é o caso da individualização e limitação das penas (art. 5.º, XLV a XLVIII), das restrições à extradição (art. 5.º, LI e LII) e das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art. 5.º, LIV e LV), apenas para referir algumas das mais relevantes, limitando-nos aqui aos exemplos extraídos do art. 5.º, que, num sentido amplo, também guardam conexão com a noção de segurança jurídica<sup>32</sup>.

São várias, portanto, as manifestações da segurança jurídica na Constituição Federal, embora nenhuma faça referência expressa ao preceito ora abordado.

O caráter de destaque assumido pela segurança jurídica no direito nacional justifica-se, em boa parte, por sua vinculação com a segurança social – esta, sim, expressa, e traduzida, basicamente, nos direitos fundamentais à saúde, assistência e previdência social.

Deve-se, ainda, considerar que a segurança, de modo geral, atua com vistas a dirimir inseguranças de toda ordem: sejam aquelas relativas à economia ou à instabilidade social, ou mesmo concernentes a ondas reformistas que, de tempos em tempos, assolam o direito brasileiro, muito em virtude daquelas primeiras formas de insegurança aludidas.

Theodoro Jr. conceitua, então, a segurança jurídica nesse contexto de mudanças de toda ordem:

[...] a segurança jurídica não é outra coisa senão a possibilidade reconhecida pelo operador econômico, fiscal, e por todos os jurisdicionados, de um meio jurídico seguro, posto ao abrigo das áleas e reviravoltas eventualmente ocorridas nas regras do ordenamento jurídico<sup>33</sup>.

E, precisamente acerca das desenfreadas mudanças legislativas, o mesmo autor formula pontual crítica:

Por simples modismo e, às vezes por comodismo, o legislador contemporâneo é levado à edição de normas incompletas e vagas, que importam em verdadeira delegação de poder normativo aos órgãos da Administração e do Judiciário. Não que se deve impedir a adoção de cláusulas gerais nos textos legislativos. Valores éticos, para serem incorporados ao direito positivo reclamam a

<sup>32</sup> SARLET. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**. p. 11.

<sup>33</sup> THEODORO JR.. **A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica**. p. 39.

observância dessa técnica. O abuso, contudo, do emprego constante e injustificado de cláusulas gerais pelo legislador pode desestabilizar o ordenamento jurídico, gerando dúvidas, incertezas e mesmo imprevisibilidade no meio social.

Falha, portanto, o legislador quando, empolgado por alguns valores relevantes e positivos, neles se concentra, e realiza obra renovadora de importantes capítulos do ordenamento jurídico, ignorando, porém, a necessidade de preservar, nas estruturas normativas renovadas, a segurança jurídica [...].

Todo o ordenamento jurídico brasileiro, nas últimas décadas, tem sido perpassado por uma onda intensa de revisão e atualização, tanto no terreno do direito público como do direito privado. Em nome do princípio da socialidade e da justiça, porém, nem sempre se tem destinado ao princípio de segurança jurídica a atenção que ele reclama<sup>34</sup>.

Em um cenário de aceleradas mudanças sociais, econômicas, geográficas e políticas – as quais, inexoravelmente, espraiam-se ao direito –, a assecuração de segurança jurídica aos cidadãos se faz ainda mais indispensável à garantia de estabilidade social. Tal assertiva integra o cerne do presente trabalho e justifica, em parte, a hipótese que se apresenta ao problema inicialmente lançado.

Em continuidade, tem-se que a eficácia e a efetividade do direito à segurança – ressaltado, neste escrito, o direito à segurança jurídica – assumem papel de destaque, o que de modo algum conduz, destaca Sarlet<sup>35</sup>, a uma total previsibilidade ou uma imutabilidade dos atos do poder público.

A segurança é um dos direitos – ou até mesmo conjunto de direitos, haja vista as diversas facetas de segurança que há, como, a título ilustrativo, a segurança pública, a segurança social e a segurança jurídica – que integram o núcleo da dignidade da pessoa humana. Assim, a esta, que informa e permeia todo o ordenamento jurídico pátrio, está umbilicalmente ligada à segurança jurídica.

Logo, a dignidade da pessoa humana achar-se-á violada onde quer que as pessoas não estejam em condições, de, com razoáveis segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas – ou seja, onde não haja segurança jurídica.

De modo semelhante, é possível asseverar que os direitos fundamentais somente estarão suficientemente protegidos quando houver uma mínima segurança jurídica, considerada a relação entre esta e a dignidade humana, da qual os direitos fundamentais são explicitações. De outra

---

<sup>34</sup> THEODORO JR. *A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica*. p. 38 e 43.

<sup>35</sup> SARLET. *A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica*. p. 13.



forma, pode-se dizer que, somente havendo dignidade da pessoa humana onde houver segurança jurídica, a garantia desta é *conditio sine qua non* para a assecuração de direitos fundamentais, como anteriormente já afiançado.

#### 4. A COLISÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA LEGALIDADE

Far-se-á menção, no presente item, à já citada crítica ferrajoliana à tradicional acepção que se elabora acerca dos princípios. Antes, porém, vale discorrer sobre essa tradicional concepção que doutrinadores – exemplificados na figura de Robert Alexy – elaboram acerca dos princípios e dos conflitos entre estes verificáveis.

Pois bem. No contexto de conflito entre preceitos de natureza constitucional, que constitui o objeto de análise deste escrito, os princípios da segurança jurídica e da legalidade estariam, na concepção da doutrina tradicional, no mesmo nível. Até porque, segundo Alexy, não haveria prevalência absoluta de um princípio em detrimento dos demais; um teria precedência sobre outro somente sob determinadas condições concretas, ao passo em que, sob outras condições a questão da precedência desses mesmos princípios pode ser resolvida de forma oposta. É o que se extrai da lição de Alexy:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.<sup>36</sup>

Consoante doutrina acima mencionada, numa colisão, nenhum princípio é declarado inválido: somente haverá a precedência de um sobre o outro, a ser determinada no caso concreto. Nas palavras de Couto e Silva “os princípios deverão ser sopesados e ponderados, para definir qual deles fará com que a decisão realize a justiça material”<sup>37</sup>.

A matéria é tratada no artigo intitulado Segurança jurídica, legalidade e o poder-dever do Tribunal de Contas para registro dos atos de aposentadoria, reforma e pensão, do qual se transcreve o seguinte excerto:

---

<sup>36</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, p. 93.

<sup>37</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. **O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99)**. Acesso em: 13 nov. 2014.

Nesse desiderato, Princípio da Legalidade e Princípio da Segurança Jurídica estariam no mesmo nível. Até porque, segundo Alexy, não há prevalência absoluta de um princípio em detrimento dos demais. Um tem precedência sobre outro sob determinadas condições, sob outras condições a questão da precedência desses mesmos princípios pode ser resolvida de forma oposta [...] <sup>38</sup>.

Assim, brevemente explanada a tradicional aceção acerca dos princípios e da sua colisão, cabe recorrer à crítica formulada por Ferrajoli.

De início, o autor italiano critica a distinção, traçada por influentes juristas, entre regras e princípios: para Dworkin, a aplicabilidade das regras na fórmula do “tudo ou nada”; para Alexy, a concretização das regras; para Atienza e Ruiz Manero, a forma fechada das regras e aberta dos princípios; e, para Zagrebelski, a possibilidade de concepção de hipóteses de incidência imediatas, peculiar às regras <sup>39</sup>.

A fim de melhor compreender a proposta de Robert Alexy acerca da diferenciação entre regras e princípios, analisa-se escrito do próprio jurista alemão:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Já as *regras* são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve-se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. <sup>40</sup>

Formulando alternativa às tradicionais aceções acima relacionadas, Luigi Ferrajoli concebe como regras – regras deonticas, em sua denominação – todas as normas “das quais são configuráveis os atos que consistem em sua observância ou inobservância” <sup>41</sup>; em outras palavras, todas aquelas às quais corresponda uma sanção imediata.

Por outro lado, acerca dos princípios, Ferrajoli formula a seguinte crítica:

A tese Principlista de que os direitos fundamentais e o princípio da igualdade estabelecidos nas Constituições – isto é, as normas substanciais mais importantes sobre a produção legislativa – são (somente) princípios e não (também) regras, objeto de ponderação ou balanceamento e não de aplicação por obra dos legisladores e dos juízes constitucionais, serve, de fato, para uma impropria

<sup>38</sup> CARDOSO, Adriana Regina Dias; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. **Segurança Jurídica, legalidade e o poder-dever do Tribunal de Contas para registro dos atos de aposentadoria, reforma e pensão**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015, p. 1069-1102. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7490>> Acesso em: 20 set. 2015.

<sup>39</sup> FERRAJOLI. **A democracia através dos direitos**. p. 118.

<sup>40</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

<sup>41</sup> FERRAJOLI. **A democracia através dos direitos**. p. 118-119.

autonomia da legislação e da jurisdição para além das margens ordinárias de discricionariedade da primeira e de contestabilidade da atividade interpretativa da segunda [...].<sup>42</sup>

Os princípios, por outro lado – por Ferrajoli inicialmente cunhados de princípios diretivos ou, simplesmente, diretivas – são normas a cujo descumprimento não corresponde uma sanção imediata. São exemplos de princípios diretivos o artigo 1º da Constituição Italiana (“A Itália é uma República fundada no trabalho”); o artigo 3º (“É dever da República remover os obstáculos de ordem econômica e social que, limitando de fato a liberdade e a igualdade dos cidadãos, impeçam o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a efetiva participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do País”); o artigo 29 (“A República reconhece os direitos da família”); o artigo 35 (“A República tutela o trabalho em todas as suas formas e aplicações”), dentre outros. São todas normas que, muito embora não gozem de uma imediata sanção correspondente à sua violação, têm profunda relevância política para a República Italiana – com a verificação de fenômeno semelhante em *terrae brasiliis*.

O autor italiano acrescenta à classe por princípios, ainda, além das diretivas, os princípios regulativos, que assumem um caráter híbrido – de regras e de princípios –, com cada qual desses caracteres correspondendo a uma face da mesma moeda. Estes últimos, segundo Ferrajoli, representam a maior parte dos direitos fundamentais<sup>43</sup>.

Assim, sob essa perspectiva, os direitos fundamentais são, inicialmente, direitos subjetivos universalizáveis, bem como expectativas de não lesão ou de prestação. Ademais, constituem expectativas a cargo da esfera pública e, assim, têm fundamento na não lesão aos direitos de liberdade e na satisfação dos direitos sociais.

Diante do conflito de “princípios” – com as ressalvas que Luigi Ferrajoli direciona à conceituação que tradicionalmente lhes é emprestada –, o autor italiano propõe soluções compatíveis com a hierarquia das fontes, a separação dos poderes e a sujeição à Constituição dos juízes e dos legisladores. Tais soluções acham-se em duas circunstâncias: em abstrato e em concreto.<sup>44</sup>

Interessa ao presente trabalho o recurso às soluções de conflitos de princípios abstratamente observáveis – como o é a colisão entre segurança jurídica e legalidade acerca da

---

<sup>42</sup> FERRAJOLI. *A democracia através dos direitos*. p. 127.

<sup>43</sup> FERRAJOLI. *A democracia através dos direitos*. p. 119.

<sup>44</sup> FERRAJOLI. *A democracia através dos direitos*. p. 128.

qual versa este artigo.

Pois bem. Ferrajoli adverte, de início, que

grande parte dos conflitos entre direitos configuráveis em abstrato não são propriamente conflitos que exigem ponderação. Trata-se mais dos limites impostos por cada um daqueles ao exercício de outros, implícitos na estrutura lógica dos mesmos princípios ou direitos, muitas vezes explicitados pelas mesmas normas constitucionais e reconhecíveis de modo geral e abstrato em sede de interpretação judiciária ou doutrinária [...]. É na argumentação destas soluções, acrescento, que reside uma das tarefas mais relevantes da doutrina jurídica.<sup>45</sup>

A lição do autor italiano amolda-se, perfeitamente, ao intento almejado neste trabalho: delinear, em abstrato, a precedência entre os princípios da segurança jurídica e da legalidade, em tarefa que incumbe, por excelência, à doutrina jurídica.

Questão fulcral para a solução da problemática que ora se apresenta diz respeito à natureza dos princípios ora analisados. Explana-se a assertiva com novo excerto da obra de Luigi Ferrajoli:

Um primeiro limite diz respeito às relações entre as imunidades fundamentais e os outros direitos fundamentais. Os direitos fundamentais consistentes em meras imunidades – isto é, apenas nas expectativas passivas negativas como a liberdade de manifestação do pensamento ou de consciência ou a imunidade à tortura, e não em modalidades ativas, isto é, em faculdades ou em poderes –, em razão de não comportarem nenhum ato como seu exercício, estão tendencialmente no vértice da escala hierárquica.<sup>46</sup>

Retoma-se, diante da lição de Ferrajoli, noção já antes explanada, atinente ao duplo caráter da segurança jurídica, que figura, concomitantemente, como direito e como princípio. Exercendo aquele primeiro papel, a segurança jurídica assume, por excelência, peculiares ínsitas aos “direitos fundamentais consistentes em meras imunidades” (para resgatar a terminologia ferrajoliana), sobretudo por demandar, por parte do Estado, uma abstenção. Isto é, a asseguaração da segurança jurídica demanda, em maior grau, que o Estado deixe de promover medidas – sobretudo legislativas – que representem ameaça à sua integridade.

Segurança jurídica e legalidade são, de fato, preceitos distintos, cada qual com a sua relevância para a formação da sustentação do moderno Estado Democrático de Direito. É possível verificar, porém, que à segurança jurídica é ínsita a obediência às leis como premissa necessária. Isto é, muito embora haja autonomia entre os princípios ora analisados, a segurança jurídica engloba, pelo menos em parte, o fundamento último da legalidade: a adstrição às normas

---

<sup>45</sup> FERRAJOLI. *A democracia através dos direitos*. p. 129.

<sup>46</sup> FERRAJOLI. *A democracia através dos direitos*. p. 129.

jurídicas. Nesse contexto, mesmo em uma dimensão não meramente formal – isto é, também substancial –, a legalidade aparenta não ter precedência em relação à segurança jurídica, sobretudo em um cenário de caótica inflação legislativa.

Cuida-se – é prudente advertir – de uma aparente fuga à tradicional aceção de ponderação entre princípios (formulada, destacadamente, por Alexy, dentre outros), segundo a qual não há qualquer relação prévia de precedência entre os preceitos a serem sopesados.

Assim, parece possível concluir, em bem fundamentada convicção, que, de forma geral e abstrata – ou seja, sem vínculos com caso concreto algum – a segurança jurídica deve sobrepor-se, *a priori*, à legalidade.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo partiu da conceituação de princípios, que não mais podem ser concebidos como simples valores informativos do ordenamento jurídico, mas como verdadeiros fundamentos do Estado Democrático do Direito que têm inoidável força normativa. Abordou-se, nesse sentido, a aceção de Luigi Ferrajoli, segundo o qual tais preceitos podem ser diretivos ou regulativos e, apesar não serem, propriamente, regras, uma de suas faces adquire o aspecto normativo ínsito às regras.

Tal concepção é fundamental para compreender a relevância da segurança jurídica e da legalidade, conjuntamente, no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, de cuja existência são verdadeiros pressupostos.

Passou-se, então, à formulação de definições acerca dos dois preceitos que constituem o objeto de análise do presente escrito.

A legalidade sobre a qual aqui se discorreu, como se alertou, não se circunscreve à legalidade administrativa; mais que isso, abarca toda a impositiva obediência à lei que é peculiar ao Estado de Direito desde as suas mais remotas origens.

A par da legalidade, a segurança jurídica é figura essencial ao ordenamento jurídico, na medida em que provê aos particulares a relativa certeza que devem ter a respeito das leis que lhes regem a vida.

Efetuada as definições, revela-se evidente a possibilidade – que, concretamente, muitas

vezes se realiza – de os preceitos ora estudados encontrarem-se em colisão. Desse conflito advém a necessidade de salvaguardar um dos princípios a despeito do outro, sem, contudo, que este último seja por demais tolhido.

Sob esse aspecto, analisaram-se as lições do italiano Luigi Ferrajoli, segundo o qual é equivocada a tradicional visão que pretende tornar os princípios objetos de ponderação.

Assim, a partir da proposta formulada pelo autor italiano, concluiu-se que, pelo menos de forma geral e abstrata – desvinculada de qualquer conflito concreto, portanto – o princípio da segurança jurídica tem prevalência sobre a legalidade.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

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

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Mandamentos, 2005.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BALDAN, Edson Luis. Investigação Defensiva. *In*: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). **Doutrinas Essenciais. Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**. Trad. Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1995.

CARDOSO, Adriana Regina Dias; CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. Segurança Jurídica, legalidade e o poder-dever do Tribunal de Contas para registro dos atos de aposentadoria, reforma e pensão. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.2, 1º quadrimestre de 2015, p. 1069-1102. Disponível em: < <http://www6.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7490> >.

CARDOSO, Adriana Regina Dias, GRUENFELD, Valéria Rocha Lacerda. **A influência do constitucionalismo inglês no sistema de controle externo brasileiro**. Anais do evento Constituição e Direito Internacional: formas e diálogos entre os séculos XIX e XX. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, n.1, novembro de 2014, p. 220-227. ISSN: 2358-8675. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/ahc/article/view/6873/3909>.

CARDOSO, Luiz Eduardo Dias. A investigação criminal pelo ministério público e pela defesa em face do princípio da paridade de armas. 2014. 113 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/127465>>.

COUTO e SILVA, Almiro do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o Prazo Decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/99). **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, n. 6, ano 2 Julho/Setembro 2004. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12568>>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. **Fórum Administrativo - Direito Público - FA**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009.

Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57926>>.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos**: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político. Tradução de Alexander Araujo de Souza e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAMA DE SOUZA, Aluisio. **Direito Público no Tribunal de Contas**. Rio de Janeiro: Faculdade Gama e Souza, 2007.

GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

MARINS, James. **Elisão tributária e sua regulação**. São Paulo: Dialética, 2002.

OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de; SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAGANINI, Juliano Marcondes. **A segurança jurídica nos sistemas codificados a partir de cláusulas gerais**. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 2, n. 3, 01 jul. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n. 57, p. 5-48, out./dez.

2006.

\_\_\_\_\_. As aproximações e tensões existentes entre Direitos Humanos e Fundamentais. **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-23/direitos-fundamentais-aproximacoes-tensoes-existentis-entre-direitos-humanos-fundamentais>>. Acesso em 20 set. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

THEODORO JR., Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista de Processo**. v. 136. Jun. 2006. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>>.



# GLOBALIZAÇÃO: AS TUTELAS DE URGÊNCIA NA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO<sup>1</sup>

Tarcísio Germano de Lemos Filho<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

Em um contexto de globalização que atinge o exercício de direitos além dos pontos que tradicionalmente demarcaram o conceito de soberania, os limites internos da jurisdição acabam se estendendo e avançando para além do território nacional, em sintonia com outros sistemas, com os quais passa a interagir em busca de efetividade de suas decisões.

Por força justamente dessa necessidade crescente de soluções jurisdicionais que ultrapassam as fronteiras do próprio Estado emissor, tratados e acordos de reciprocidade passam a permitir a agilização de resultados úteis na prestação jurisdicional, na mesma proporção em que ordenamentos distintos são identificados pela mesma linguagem e iguais propósitos de tutela de direitos fundamentais correlatos.

O novo Código de Processo Civil, com vigência prevista a partir de 16 de março de 2016<sup>3</sup>, inova ao prever providências a serem tomadas no âmbito da chamada “cooperação internacional”, facilitando a execução de decisões estrangeiras, inclusive aquelas sem o perfil da definitividade, ao mesmo tempo em que demonstra com isso que o isolamento proporcionado por marcos meramente geográficos não mais atende às necessidades econômicas, sociais e políticas daqueles que precisam se valer da jurisdição.

A questão que fica, notadamente em se tratando de diploma legislativo que pretende introduzir forte perfil valorativo às decisões judiciais, ampliando a argumentação judicial até as

---

<sup>1</sup> Artigo elaborado no âmbito dos seminários realizados na Universidade de Perugia – Itália, coordenados pelo Prof. Dr. Maurizio Oliviero, Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Perugia, Professor Visitante do Exterior – PVE/CAPES na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Universidade de Brasília – UnB, com a participação do Prof. Dr. Josemar Soares e doutorandos mestres Rafael Padilha dos Santos e Jaqueline Moretti Quintero, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI, cursos de Mestrado e Doutorado. Maio de 2015.

<sup>2</sup> Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, professor de Direito Processual Civil do curso de graduação em Direito pela Unianchieta, Jundiaí-SP, Mestre em Direito Processual Civil pela PUCCAMP. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogado. E-mail: tarcisiof@germanodelemos.com.br; glaاتف@gmail.com

<sup>3</sup> BRASIL. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, de 17 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em 27 Ago.2015.

margens externas da Constituição, é a medida em que essa nova forma de cooperação poderá amoldar-se ao ordenamento interno, em especial no que toca à segurança jurídica e à estabilidade jurisprudencial que o novo texto visa estabelecer como premissas ao trabalho jurisdicional.

Sem que se pretenda avançar sobre conceitos inerentes ao Direito Internacional, em particular quanto às suas vertentes pública e privada, ou mesmo investigar, com a profundidade esperada, o viés jurídico dos tratados, convenções internacionais e acordos bilaterais, o presente artigo, em sua singela concepção e restrições de abordagem, buscará focar a segurança jurídica e a unidade jurisprudencial como possíveis obstáculos do ordenamento à implementação de decisões alienígenas, agindo como filtros em favor de posicionamentos locais já consolidados.

Na primeira parte do trabalho serão analisadas as características do Estado Democrático de Direito sob o prisma da soberania, da proteção e do exercício dos direitos fundamentais, bem como o papel da jurisdição na conservação de sua estrutura.

Em um segundo plano, por avaliação, ainda que perfunctória, dos elementos essenciais do ordenamento e da sua relação com outros sistemas, será buscada a possível resposta sobre a função da jurisprudência no resguardo do diálogo coeso entre Estado e Sociedade, em que se mostra relevante o papel da segurança jurídica para assegurar-lo e mantê-lo constantemente aperfeiçoado.

Por fim, a proposta envolve a possível solução a situações em que essa “jurisdição globalizada” tiver que optar entre assegurar a ordem pública interna e a estabilidade de suas decisões, e a tomada de providências indispensáveis e inerentes ao convívio internacional a que naturalmente aderiu pela iniciativa de seus próprios cidadãos, em um país de pouca tradição em decisões de cunho valorativo.

O método utilizado na fase de investigação foi o indutivo<sup>4</sup>, no tratamento dos dados foi o cartesiano<sup>5</sup>, e no relato dos resultados que se consiste neste ensaio, a base lógica é também, indutiva. As técnicas empregadas foram a do referente<sup>6</sup>, da categoria<sup>7</sup>, do conceito operacional<sup>8</sup> e

---

<sup>4</sup> O método indutivo consiste em “[...] *pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral* [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 86.

<sup>5</sup> O método cartesiano, segundo Cesar Luiz Pasold, pode ser sintetizado em quatro regras “[...] 1. *duvidar*; 2. *decompor*; 3. *ordenar*; 4. *classificar e revisar. Em seguida, realizar o Juízo de Valor*.”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 204. Categorias grifadas em maiúscula no original.

<sup>6</sup> Denomina-se referente “[...] *a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa*.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 d. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 54. Negritos no original.

da pesquisa bibliográfica<sup>9</sup> e documental, esta última, pelo fichamento.

## 1. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E AS FRONTEIRAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O conceito tradicional de Estado, envolvendo povo, território e poder, “está hoje relativamente em crise como resultado dos produtos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal”<sup>10</sup>, na medida em que valores universais interagem independentemente de limites físico-territoriais que impeçam a demanda pela sua efetivação, fazendo com que seja revisto o próprio conceito de soberania”<sup>11</sup>.

De outra parte, sendo o direito formador do poder, a Jurisdição, enquanto uma de suas formas de manifestação<sup>12</sup>, será legítima na mesma proporção em que os jurisdicionados e os que a exercem estiverem acordados sobre a prevalência de princípios positivados sobre todo e qualquer interesse subjetivo ou circunstancial.

Dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito, o papel da jurisdição firma-se, sobretudo, pela função de promover a composição dos litígios, assegurando direitos fundamentais em conformidade com o conteúdo e hierarquia do ordenamento jurídico, na medida de sua competência organizacional e dentro de uma esfera de previsibilidade<sup>13</sup>.

---

<sup>7</sup>Entende-se por categoria a “[...] **palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.**” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática.** 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011,p. 25. Negritos no original

<sup>8</sup>Por conceito operacional entende-se a “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas”.PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática.** 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011,p. 198.

<sup>9</sup>Pesquisa bibliográfica é a “*Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais*”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática.** 12 ed. rev. São Paulo: **Conceito Editorial, 2011, p. 207.**

<sup>10</sup>CANOTILHO, JJ. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.**7.ed.Coimbra:Almedina, 2003, p.90.

<sup>11</sup>No original:“*Oggi, di fronte a un mondo senza confini, qual è quello della comunicazione e dell'economia-il mondo "globalizzato"- i fondamenti teorici della territorialità intesa come garanzia della generalità rispetto agli interessi particolari delle persone e dei gruppi, presupposto della sovranità e della rappresentanza politica, sono progressivamente erosi e mutano di conseguenza i risvolti pratici attinenti all'organizzazione e all'azione dei pubblici poteri, se è vero che i medesimi processi a diffusione mondiale mettono in moto cambiamenti cruciali non solo nei rapporti tra gli Stati ma anche loro interno*” (Tradução livre dos autores).CABIDDU, Maria Agostina.**Il governo del territorio.**1 ed. Roma-Bari:Editori Laterza, 2014, p.9-10..

<sup>12</sup>Para Dinamarco, “[...] como expressão do poder, a jurisdição tem objetivos que se relacionam com os fins do próprio Estado”., de forma que “[...] assim como o fim último do Estado social contemporâneo é o bem-comum, é a justiça o escopo síntese da jurisdição”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987,,p. 159 a160.

<sup>13</sup>“Como as garantias de liberdade jurídico-fundamentais são fundamentadas pela Constituição, assim também podem os limites dessas garantias encontrar sua base somente na Constituição”. HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Tradução de Luis Afonso Heck.. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores. Título original: *Grundzuge des Veifassungrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20, neuberbeitete Auflage,* p. 250.

O Estado, portanto, para manter a sua proposta democrática originária, dentro de um contexto de globalização e de cooperação internacional, não poderá abdicar do seu propósito de delimitar o poder e de fazer valer os direitos fundamentais. Essa proposta terá que se pautar não pelos fatores ditos nocivos da globalização, como atendimento a interesses puramente mercadológicos ou a disputas políticas externas<sup>14</sup>, mas por um fio condutor que represente uma linguagem universal de valores e que atenda aos anseios de assistência entre os Estados, em patamares de reciprocidade na sua efetivação<sup>15</sup>.

Existe uma demanda de justiça que não se exhibe de forma localizada ou pontualmente identificável no tempo, disseminada pela expansão das comunicações ponto a ponto no mapa mundial, de forma mais ou menos homogênea, “com base na dignidade humana e como regra e motivo de sobrevivência da própria sociedade<sup>16</sup>”.

Diante desse panorama, o diálogo entre os ordenamentos terá que atender tanto à necessária soberania interna, como aos propósitos que norteiam esse ideal comum, privilegiando valores que os Estados comungam em parceria cada vez mais íntima e cuja aplicação estará mais atrelada a critérios de solidariedade e de necessidade de convivência no espaço internacional do que, propriamente, por instrumentos de coerção, jurídica ou política<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> “La globalización puede ser una fuerza benigna: la globalización de las ideas sobre la democracia y la sociedad civil han cambiado la manera de pensar de la gente, y los movimientos globales han llevado el alivio de la deuda y al tratado de las minas terrestres. [...] Si la globalización sigue siendo conducida como hasta ahora, si continuamos sin aprender de nuestros errores, la globalización no sólo fracasará en la promoción del desarrollo sino que seguirá generando pobreza e inestabilidad”. STIGLITZ, Joseph E. **El malestar de la globalización**. 1. ed. español. Tradução de Carlos Rodrigues Braun. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, 2015, p.432. Título original: *Globalization and its discontents*.

<sup>15</sup> *Più complessa la rappresentazione dello "spazio" giuridico globale, nella fase di trasformazione in un "ordine" giuridico globale. I sistemi regolatori sono separati Ma in molti di essi vi sono corpi giudiziari che riconoscono l'esistenza di un tessuto connettivo comune e stabiliscono legami tra i diversi corpi. La rappresentazione più diffusa di questi molteplici legamenti tra punti separati è quella che fa ricorso alla metafora della rete (non hierarchical deliberative networks)*". CASSESE, Sabino. **Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo stato**. Torino: Giulio Einaudi Editori, 2009, p. 152.

<sup>16</sup> “[...] lei sottolinea la comunanza di ogni essere umano nell'a apertura al senso della giustizia, nella fame e nella sete di giustizia. Se è così, la beatitudine di cui parla Matteo è sí una promessa per i credenti, ma è anche una chiamata rivolta a tutti, ma che tocca l'essenza stessa dell'essere umano. Aggiungerei che una società in cui sia spento il senso della giustizia, in cui non lo si possa coltivare, è una società disumana in cui non vale la pena vivere. MARTINI, Carlo Maria. ZAGREBELSKY, Gustavo. **La domanda di giustizia**. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2003, p.67.

<sup>17</sup> “Um Direito Transnacional que, transcendendo ao Direito Internacional convencional, imponha regra a estados, corporações e indivíduos que não podem obstar interesses individuais ou nacionais. Esse novo Direito, próprio do espaço transnacional, caracteriza-se como um Direito esférico (global) e não estará mais baseado na clássica estrutura cartesiana de hierarquia normativa. As normas, materialmente válidas e efetivamente obrigatórias, estarão despojadas das exigências formais a que estamos acostumados. Sua coercitividade não virá respaldada pelo império e pelo monopólio da força do Estado, mas se imporá a esse pela impossibilidade de permanecer fora do sistema planetário”. TOMAZ, Roberto Epifanio. LEMOS FILHO, Tarcísio Germano de. Um novo paradigma à sustentabilidade: direito transnacional. In: DANTAS, Marcelo Buzaglo. SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (Org.). **Transnacionalidade, Direito Ambiental, Sustentabilidade**: contribuições para a discussão na sociedade hipercomplexa [recurso eletrônico]. Passo Fundo: Editora Universidade de Passo Fundo, 2014, p.48. Disponível em: <[http://www.upf.br/editora/images/ebook/transnacionalidade\\_direito\\_ambiental\\_e\\_sustentabilidade.pdf](http://www.upf.br/editora/images/ebook/transnacionalidade_direito_ambiental_e_sustentabilidade.pdf)>. Acesso em: 14 Set. 2015.

No campo puramente operacional, a convivência entre os Estados se dá, segundo Bobbio<sup>18</sup>, através das chamadas “relações de coordenação”, quais sejam, “um regime pactuário em que as regras de coexistência são produto de uma autolimitação recíproca “ e que terão em comum o “âmbito temporal e o material, mas não o espacial”, regulando as mesmas matérias em territórios diferentes.

A identidade dos ordenamentos ou mesmo um critério de “não exclusão” de um direito vigente em apenas um dos territórios, faz com que os Estados pactuem entre si, através de instrumentos inerentes ao Direito Internacional Público, como os tratados e convenções, métodos de efetivação desses direitos que protegem e compartilham, “facilitando o intercâmbio de soluções para problemas estatais quando o aparato judicial/administrativo de um determinado estado se mostra insuficiente à solução da controvérsia, necessitando recorrer ao auxílio que lhe possam prestar outras nações”.<sup>19</sup>

Surge a cooperação jurídica internacional como prática institucionalizada, migrando de mero ato de reciprocidade e de cortesia, para um *status em que* “o próprio exercício das funções soberanas por parte dos Estados depende vitalmente da ajuda internacional”<sup>20</sup>.

A cooperação entre os Estados, por decorrência da globalização e da integração internacional, não excluirá, em qualquer circunstância, o respeito aos direitos fundamentais, em detrimento das regras de mercado, ainda que o aspecto comercial ganhe especial relevância no relacionamento entre eles<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**.6.ed.Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília:Editora Universidade de Brasília, 1995.Título original:*Teoria dell'ordinamento giuridico*, , p.165 e 178

<sup>19</sup> TOFFOLI, José Antonio Dias.CESTARI, Virginia Chapinel Junger.Mecanismos de cooperação jurídica internacional no Brasil. Disponível em:<file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/artigomecanismos\_de\_cooperacao\_juridica\_internacional\_no\_brasil%20(2).pdf>. Acesso em 15 Set.2015.

<sup>20</sup> “A garantia dos direitos individuais, coletivos e difusos, a manutenção da segurança pública, o combate ao crime organizado, a estabilidade do sistema econômico-financeiro, e tantos outros temas a cargo dos Estados dependem cada vez mais da cooperação jurídica internacional”.SAADI, Ricardo Andrade.BEZERRA, Camila Colares. A autoridade central no exercício da cooperação jurídica internacional. In: **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos** : cooperação em matéria civil / Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI)[recurso eletrônico].. – 3. ed. Brasília : Ministério da Justiça, 2012, p. 20 Disponível em:<http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/CartasRogatorias/Documentos/ManualExpedCRCivil.pdf>.Acesso em 31 Ago.2015.

<sup>21</sup> “A mundialização e a progressiva interdependência das relações estão configurando, de fato, a formação de um novo âmbito de interesse geral, que se situa em fronteiras transnacionais e que, agora, começam a se concretizar de maneira muito intensa na defesa dos direitos humanos. Só será viável a universalidade dos direitos humanos a partir da superação dos limites estatais modernos da Democracia”. CRUZ, Paulo Marcio. BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico].Dados eletrônicos. Itajai:Univali, 2012. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 15 Set.2015.

Prevalece, no caso, a solidariedade como denominador comum sempre presente<sup>22</sup>, na proporção em que revela a necessidade de expandir e legitimar o agir em prol de “um interesse não egoístico, não individualista, sendo resultado do exercício da cidadania, independentemente do Estado nacional a que se pertença”<sup>23</sup>.

No âmbito sul-americano, a Colômbia pode ser apontada como um dos países que tiveram posição de vanguarda na positivação da cooperação internacional, conforme se extrai do Manual de Intercâmbio de Provas com o Exterior, publicado pela Promotoria Geral da Nação (Resolução 0024, de 15 de janeiro de 2002.).

A estrutura de cooperação judicial vem traçada, naquele ordenamento, pela Lei 600<sup>24</sup>, de 2000, em seu artigo 500, que cuida do atendimento a solicitações feitas às autoridades nacionais pelo Tribunal Penal Internacional, em conformidade com os limites e funções dispostos nos artigos 484 e seguintes da Lei 906<sup>25</sup>, de 2004., que trata do “princípio geral de cooperação”.

Já no Brasil, a novidade vem introduzida pelo novo Código de Processo Civil, através dos artigos 26 a 41, que enumeram diversas modalidades de cooperação com outros Estados, instrumentalizando, no âmbito jurisdicional, práticas que normalmente vêm previstas em tratados e convenções a que o país adere.

Deve ser ressaltada a preocupação do legislador com a preservação dos princípios basilares inseridos na Constituição da República<sup>26</sup>, em especial quando registra o artigo 26§3, a inadmissibilidade da prática de atos que “contrariem ou que produzam resultados incompatíveis

---

<sup>22</sup> “[...]quando nel mondo globale si generano conflitti tra diritti fondamentali e logica del mercato, quest'ultima non può pretendere di essere il riferimento esclusivo o prevalente. L'ordinamento normativo globale deve essere costruito rispettando anche il principio di solidarietà, con una evidente rilevanza dell'azione dei soggetti che si ispirano a esso. Siamo di fronte a un passaggio dal monopolio al pluralismo, tragitto difficile, ma che dà fondamento normativo a una costruzione basata su principi e diritti fondamentali”. RODOTÁ, Stefano. **Solidarietà: un' utopia necessaria**. 1.ed. Roma-Bari: Editori Laterza, 2014, p.93.

<sup>23</sup> RODOTÁ, Stefano. **Solidarietà: un' utopia necessaria**. p.119.

<sup>24</sup> “Também se estabelece a possibilidade de exercer de maneira direta as exigências das difusões vermelhas da INTERPOL, sob a condição de colocar de imediato a pessoa retida nessas circunstâncias à disposição da Promotoria Geral da Nação para os fins e procedimentos de extradição”. COLOMBIA. Legislação. Lei 600 de de 2000 (Julio24). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal*. Publicada no **Diário Oficial 44097 de Julho 24 de 2000**. Disponível em: < <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6389>>. Acesso em: 13Set.2015.

<sup>25</sup> COLOMBIA. Legislação. Ley 906, de 2004. “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal”. Diário Oficial No. 45.658 de 1 de setembro de 2004. Disponível em: < <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787#0>>. Acesso em 13 Set.2015.

<sup>26</sup> Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará:

I - o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente;

II - a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados;

III - a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente;

com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro”<sup>27</sup>.

De qualquer modo, pertinente a observação de Antenor Madrugá<sup>28</sup>, quanto à ótica pela qual a cooperação internacional deve ser conduzida, diante dos valores que não poderá ultrapassar:

[...] para compreender as regras e princípios que norteiam a cooperação jurídica internacional, propomos observá-los não a partir somente da perspectiva dos instrumentos que a efetivam, mas, principalmente, pela ótica de sua necessidade e, certamente, dos limites que impõem o atendimento a essa necessidade, como os direitos e garantias individuais e a soberania nacional.

Forçoso concluir, portanto, que cooperação internacional, a despeito do viés de convivência entre Estados que a caracteriza no plano externo, como resultado da globalização, somente produzirá efeitos no âmbito interno se for capaz de assegurar os direitos fundamentais que a solidariedade, como elemento humano, consagra universalmente entre os cidadãos.

## 2. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL, SEGURANÇA JURÍDICA E IGUALDADE

A cooperação internacional prevista no novo Código de Processo Civil deve ser fundada em tratado<sup>29</sup> de que o Brasil faça parte (art.26), ou, na falta deste, por reciprocidade manifestada por via diplomática (art. 26§1), dispensáveis em se tratando de homologação de sentença estrangeira (art. 26§2).

O Brasil é signatário da Convenção de Viena em matéria de tratados de 23 de maio de 1969, incorporada ao ordenamento pelo Decreto 7030, de 14 de dezembro de 2009<sup>30</sup>, onde se registra, no preâmbulo, a necessidade de observância da igualdade de direitos e da igualdade soberana, bem como o propósito de respeito universal e observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, dentro de uma perspectiva de cooperação entre as nações.

A Emenda Constitucional número 45, de 30 de dezembro de 2004, inseriu o parágrafo 3º no

---

<sup>27</sup> § 3º Na cooperação jurídica internacional não será admitida a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro.

<sup>28</sup> MADRUGA, Antenor. Como entender a cooperação jurídica internacional. **CONSULTOR JURÍDICO**. 24 de agosto de 2011. Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2011-ago-24/cooperacao-internacional-entender-cooperacao-juridica-internacional>>. Acesso em: 15 Set. 2015.

<sup>29</sup> “Tratado é o acordo formal concluído entre os sujeitos de Direito Internacional Público destinado a produzir os efeitos jurídicos na órbita internacional. É a manifestação da vontade tais entes. Um ato jurídico formal que envolve pelo menos duas vontades”. HUSEK, Carlos Robert. **Curso de direito internacional público**. 11.ed. São Paulo: LTR Editora Limitada, 2012, p.83.

<sup>30</sup> BRASIL. Legislação. Decreto 7030, 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. **DOU de 15.12.2009**. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm)>. Acesso em 3 Set. 2015.

artigo 5º<sup>31</sup>, conferindo a possibilidade de tratados e convenções internacionais equivalerem a emendas constitucionais, após regular aprovação pelo Congresso Nacional, os quais passam a integrar “o catálogo de direitos constitucionalmente previstos, o que justifica estender a esses direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais”<sup>32</sup>.

Observa-se, com bastante precisão, a tendência de se elevar à órbita internacional a constitucionalização emprestada localmente a questões abrangendo direitos fundamentais, justamente por se tratarem de valores universais, cuja efetivação não encontra limites em critérios de pura soberania territorial<sup>33</sup>.

Surgem, a partir daí, outros elementos a conduzirem a cooperação em nível de respeito a esses direitos irrenunciáveis que são a igualdade e a segurança jurídica, pressupostos à sua consecução em justa conformidade com as previsões de ordem constitucional que regem a matéria.

Em um contexto internacional, assegurar igualdade significará se conduzir, fundamentalmente, pela aceitação da diversidade, “propiciando a inclusão pela somatória da dignidade e da solidariedade”<sup>34</sup>, com a leitura de seu conteúdo a partir do projeto constitucional brasileiro, que traz consigo “as influências próprias da sua tradição cultural, política e social”<sup>35</sup>, como em todos os demais países.

---

<sup>31</sup> Parágrafo 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes as emendas constitucionais. BRASIL. Legislação. Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. **DOU 31.12.2004**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>. Acesso em 1 Set.2015.

<sup>32</sup> PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: **TEMAS de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 58.

<sup>33</sup> “Essa é a tendência e esse deve ser o caminho interpretativo a ser seguido pelo Brasil. O diagnóstico retrata uma convergência contemporânea do constitucionalismo de atribuir maior cotação as normas internacionais de direitos humanos. Assim, as constituições tanto apresentam maiores elementos de concretização de sua eficácia normativa, quanto partem de uma dimensão aproximativa entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional”. EMERIQUE, Lilian Balmant. GUERRA, Sidney. A incorporação de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica**. Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.01-34, abr./maio, 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_90/Artigos/PDF/SidneyGuerra\\_Rev90.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Artigos/PDF/SidneyGuerra_Rev90.pdf). Acesso em: 2 Set.2015.

<sup>34</sup> No original: “*L'uguaglianza ha nell'accettazione piena delle diversità un elemento fondativo, e proprio nel suo congiungersi con la dignità e la solidarietà definisce le condizioni dell'inclusione*”. (Tradução livre do autor). RODOTÁ, Stefano. Prefazione. In: GIORGI, Chiara (a cura de). **Il progetto costituzionale dell'uguaglianza**. Roma: Ediesse, 2014, p.11.

<sup>35</sup> No original: “[...]quando si discute del significato della nozione di uguaglianza e del suo progetto costituzionale, sia il significato della modernità politica, non solo in Brasile, non solo nel “Sud”: al contrario, esiste tutta una tradizione “culturalista” della storia, della politica e della società, alla quale si deve riconoscere, non eventuali tratti pre-moderni o difetti culturali congeniti, ma piuttosto un carattere selettivo all'interno del processo di ammodernamento, considerando le sue contraddizioni e i suoi rischi, ma anche le lue lotte politiche e le esperienze emancipatrici, il suo apprendistato sociale, le sue conquiste di lungo periodo e le sue possibilità di apertura per il futuro”. (Tradução livre dos autores). CATTONI, Marcello. Il signiicato dell'uguaglianza: un nuovo ceto medio o una nuova classe lavoratrice in Brasile? In: GIORGI, Chiara (a cura de). **Il progetto costituzionale dell'uguaglianza**, p.133.



Não por acaso, a Declaração do Milênio, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 8 de setembro de 2000, estabelece diretrizes para que a globalização se converta em uma força positiva para todos os habitantes do planeta, traçando essa perspectiva a partir de providências que se mostrem equitativas e suficientes à inclusão.

Ao eleger a igualdade, a liberdade e a tolerância como “valores inspiradores da convivência política no novo milênio”, comete “a responsabilidade pela gestão do desenvolvimento social e econômico do mundo a todas as nações, que deverão exercê-la multilateralmente”<sup>36</sup>, o que terá que ser observado como premissa à cooperação internacional proposta pela lei processual brasileira.

A segurança jurídica será outro fator relevante a ser considerado na pauta cooperativa entre jurisdições, pois assegurará que a internalização das medidas se faça em consonância com as previsões do ordenamento vigente quanto ao seu conteúdo e aplicabilidade, não abrindo espaço para uma interpretação que se mostre inovadora em demasia e sujeita a interesses políticos de ocasião<sup>37</sup>.

No novo texto, encontram-se disposições que se apresentam como freios à cooperação irrestrita, como o impedimento de medidas que contrariem as “normas fundamentais que regem o Estado brasileiro” (artigo 26 §3º), ou que configurarem “manifesta ofensa à ordem pública” (artigo 39)<sup>38</sup>, restando o próprio cumprimento de carta rogatória como providência sujeita ao

---

<sup>36</sup> "No original: [...]se considera tarea prioritaria de los impulsores de la Declaración conseguir que la globalización se convierta en una fuerza positiva para todos os habitantes del planeta.Para ello, sera necesario que los procesos globalizadores sean plenamente incluyentes y equitativos.En el texto se consideran como valores inspiradores y orientadores de la convivencia politica en el nuevo Milenio: la libertad, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia, el respeto de la naturaleza y la responsabilidad común" *La responsabilidad de la gestión del desarrollo económico y social en el mundo*[...]debe ser compartida por todas las naciones y ejercerse multilateralmente".LUÑO, Antonio Enrique Pérez.Los **derechos humanos en la sociedad tecnológica**.1.ed.Madrid.Editorial Universitas S.A., 2012, p.34.

<sup>37</sup> Histórica e sistematicamente, o Estado de Direito faz prevalecer a determinação e a conformidade do Direito sobre a estabilidade do direito que a doutrina tradicional chama, às vezes, “segurança jurídica”. A estabilidade da norma no tempo é, geralmente, subordinada à sua conformidade em relação às exigências que determinam o seu conteúdo. O Estado de Direito exclui, simplesmente, as modificações de normas fora das regras de modificação de normas, elas mesmas claramente anunciadas; as mudanças de situações jurídicas não são proibidas, mas se exige, aqui, como em outro lugar, a possibilidade de se acionar o órgão de controle em conformidade das modificações de regras, modificações estas que devem respeitar as normas concernentes ao procedimento modificativo”. PFERSMANN, Otto. **Positivismo constitucional e Justiça Constitucional no século XXI**. 1ª ed. Tradução e Organização de Alexandre Coutinho Pagliarini.. Título original: não consta. São Paulo: Saraiva, 2014 (Série IDP:Direito Comparado), p, 97

<sup>38</sup> “Ordem Pública - Entende-se a situação e o estado de legalidade normal, em que as autoridades exercem suas precípuas atribuições e os cidadãos as respeitam e acatam, sem constrangimento ou protesto (Plácido e Silva). A ordem pública interna é constituída por todas as normas que num sistema jurídico revestem natureza imperativa. Funciona como uma exceção à norma de aplicação do direito material estrangeiro. A ordem pública internacional de um determinado Estado é um conceito jurídico aberto, constituída pelos princípios ético-jurídicos fundamentais que regem a vida social desse Estado, de forma tal que não é tolerável a aplicação das normas de direito material estrangeiro que violem esses princípios, mesmo que resultem competentes da aplicação das normas de conflito.(RIBEIRO, Manuel)” **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos : cooperação em matéria civil / Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica**

princípio do devido processo legal, ainda que restrito o contraditório à possibilidade de produção de efeitos da decisão estrangeira no Brasil(artigo 36§1º), além do respeito à integridade da coisa julgada (art.963,IV).

Tanto na hipótese da homologação de decisão estrangeira, como na tomada de outras medidas, sejam elas meramente executivas ou que dependam de alguma carga decisória da autoridade nacional, caso das “medidas urgentes e de execução provisória no curso de ação de homologação de decisão estrangeira”(art.961 §3), não resta claro se poderão ser determinadas e cumpridas em dissonância com a jurisprudência consolidada sobre o tema, ainda que não se tratem de súmulas vinculantes.

Canotilho<sup>39</sup> anota que “não existe um direito à manutenção da jurisprudência dos tribunais, mas sempre se coloca a questão de saber se e como a proteção da confiança pode estar condicionada pela uniformidade, ou pelo menos, estabilidade, na orientação dos tribunais”.

O novo Código de Processo Civil Brasileiro, que entrará em vigor em março de 2016<sup>40</sup>, consagra, em seu artigo 926<sup>41</sup>, a necessidade de formulação de jurisprudência que se mantenha “estável, íntegra e coerente”, ao mesmo tempo em que impõe aos magistrados, na aplicação do ordenamento jurídico, em todos os graus, a observância das garantias fundamentais, dos fins sociais e das exigências do bem comum<sup>42</sup>, não permitindo que a jurisprudência seja modificada em prejuízo do “princípio da proteção da confiança”<sup>43</sup>.

Esse princípio se apresenta como um segundo aspecto da segurança jurídica, (*Vertrauensschutz*) não circunscrito ao seu aspecto objetivo (*Rechtssicherheit*), que é pertinente à estabilidade das relações jurídicas, firmando-se em seu conteúdo subjetivo, que “impõe ao Estado limitações na liberdade de alterar sua conduta e de modificar atos que produziram vantagens para os destinatários”, porque “atribuiu-lhes a crença de que eram atos legítimos, tudo fazendo

---

Internacional (DRCI)[recurso eletrônico].(cit)..

<sup>39</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7ª.ed., p. 265.

<sup>40</sup> BRASIL. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Art. 1.045: Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial.

<sup>41</sup> BRASIL. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

<sup>42</sup> BRASIL. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

<sup>43</sup> BRASIL. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.art. 927 § 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia

razoavelmente supor que seriam mantidos”<sup>44</sup>.

A segurança jurídica é um direito fundamental, pois, no dizer de José Afonso da Silva<sup>45</sup>, ao tratar o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal da “inviolabilidade do direito à segurança, a pesquisa de seus incisos revela tratar-se de um conjunto de garantias, natureza que se encontra insita no termo “segurança”, de sorte que “esse conjunto de direitos aparelha situações, proibições, limitações e procedimentos destinados a assegurar o exercício e o gozo de algum direito individual fundamental.”

Na sistemática a ser implantada, a jurisprudência consolidada mostra-se como sinalizadora irreversível das decisões judiciais de base e das que vierem a ser proferidas em grau de recurso nas instâncias ordinárias, devendo ser observada compulsoriamente na argumentação do *decisum*, monocrático ou colegiado, conforme se extrai do texto do artigo 927<sup>46</sup> da nova lei, como resultado do princípio da proteção da confiança.

Atos jurisdicionais de cooperação internacional<sup>47</sup>, que compreendem tanto “provimentos judiciais, mesmo que determinados em caráter puramente executivos, como os atos instrutórios e de comunicação”<sup>48</sup>, não poderão ultrapassar as fronteiras da proteção da confiança ditada em matéria jurisprudencial, pois a própria lei processual impede a sua efetivação em desfavor das normas fundamentais do Estado.

---

<sup>44</sup> SILVA, Almiro Regis Matos do Couto e. **Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional**. 1.a.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 49.

<sup>45</sup> SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**.1.ed. São Paulo:Malheiros Editores, 2014, p.489.

<sup>46</sup> BRASIL. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

<sup>47</sup> BRASIL. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil Art. 27. A cooperação jurídica internacional terá por objeto: I - citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial; II - colheita de provas e obtenção de informações; III - homologação e cumprimento de decisão; IV - concessão de medida judicial de urgência; V - assistência jurídica internacional; VI - qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

<sup>48</sup> CINTRA, Antonio Carlos Araújo.DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do processo**.19.ed.São Paulo:Malheiros Editores, 2003, p.334-335.

### 3. MEDIDAS DE URGÊNCIA NA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Nos contornos da lei processual, as tutelas de urgência, vêm previstas no artigo 300<sup>49</sup>, fundadas na plausibilidade do direito e no perigo de dano ou de frustração do resultado útil do processo<sup>50</sup>, como instrumentos decisórios excepcionais, dada a real possibilidade de “deformação” do texto legal às custas de uma interpretação subjetiva e calcada em critérios de eficiência imediatista<sup>51</sup>.

Há que se ter presente que a tutela deve corresponder à segurança jurídica almejada, mesmo que o ideal de certeza acabe cedendo à maior probabilidade, uma vez que a urgência não pode ser derogatória de direitos fundamentais, seja no campo processual, seja na perspectiva do direito material<sup>52</sup>. Entretanto, ao optar entre o *justo* e o *urgente*, terá o julgador que sopesar os escopos sociais, jurídicos e políticos do processo, não permitindo que o receio ceda em face da necessidade, ou tampouco a segurança diante da agilidade<sup>53</sup>.

Na cooperação internacional poderá a autoridade nacional conceder medidas de urgência (art. 27, IV e art. 961§3), enquanto se processar o pedido de homologação de decisão estrangeira, mas não se admitirá a revisão do mérito da decisão tomada por aquela autoridade (art.36§2),

<sup>49</sup> BRASIL. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Art.300: A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

<sup>50</sup> A propósito, confira-se a lição de José Roberto dos Santos Bedaque quanto à distinção entre a tutela cautelar e a tutela dita preventiva, “uma vez que esta se opõe à repressiva e destina a evitar a ocorrência de dano ao direito. É constituída de provimento jurisdicional destinado a impedir a lesão, afastando a mera ameaça. A tutela cautelar, embora muitas vezes assuma função preventiva, é modalidade de tutela instrumental e provisória”. In BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência** (tentativa de sistematização)..5.ed. São Paulo: Malheiros, 2009,p. 157

<sup>51</sup> “L'avvertimento é che la proliferazione delle tutele speciali, quali che ne siano le contingenti giustificazioni, costituisce un fattore concorrente di crisi dei valori, sottesi all'a tutela ordinária, come tutela erogata a tutti i cittadini. Questo almeno si può affermare per le tutele riservate a specifiche categorie di soggetti. La valutazione può essere diversa laddove (come nel provvedimento d'urgenza, ex. art.700cpc) il legislatore ponga a disposizione di qualunque avente diritto lo strumento di tutela; ma anche in questo caso non si può ignorare il rischio di una generale “deformalizzazione” della tutela giurisdizionale. Il messaggio é quello, del resto ovvio, che solo il recupero della funzionalità del proceso ordinario potrà ricondurre i procedimenti cautelari nell'alveo di quella funzione, subsidiaria e integrative e non sostitutiva della giurisdizione ordinária, che spetta loro, nel disegno legislativo e – ciò che piú contra- in un assetto della giustizia civile ispiratto allá lógica della garanzia e dell'efficienza e non quella, sempre traumatica, dell'emergenza”. TARZIA, Giuseppe. **I provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1980, p XXIV-XXV.

<sup>52</sup> “Urgência: ainda ontem, a noção só era admitida em direito com as mais extremas reservas, como um mal necessário, a que era preciso acomodar-se em situações excepcionais. Na melhor das hipóteses, poderia conduzir a soluções derogatórias de caráter provisório que era preciso revogar desde que cessasse o estado de necessidade que as havia justificado: era o que acontecia com o estado de urgência, derogatório das liberdades fundamentais em direito público, ou com o particular que, em direito privado, praticava um ato de justiça privada a fim de evitar um dano inaceitável. Hoje, a urgência parece subverter, e de forma durável, a produção de todo o direito” OST, FRANÇOIS. O tempo do direito. Tradução: Maria Fernanda de Oliveira. Título original: Le Temps du Droit. VITALE, Ermanno. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p.360.

<sup>53</sup> “O Direito é medida, pelo menos em quatro sentidos que vão da norma ao tempo. Em direito, tomam-se “medidas”: decisões, regras de conduta; fala-se de medidas de ordem pública, de medidas de segurança, de medidas conservatórias. Num segundo sentido, mais fundamental, o direito é instrumento de medida, como é a régua que mede e a balança que pesa os interesses em conflito. Expressão do meio justo, o direito é medida ainda num terceiro sentido, que é o do equilíbrio, da moderação, da prudência (jurisprudência).. Demasiado lento, provoca frustrações e alimenta as violências do amanhã; demasiado rápido, gera a insegurança e desencoraja a ação. É essa então, a medida do direito: norma, proporção, limite e ritmo”. OST, FRANÇOIS. O tempo do direito, p. 426.

inclusive quanto aos critérios de urgência que tenha adotado e que se pretenda executar no território nacional (art.962§3).

Nada obstante o juízo de urgência seja prerrogativa decisória da autoridade solicitante da cooperação jurisdicional brasileira, não se pode colocar de lado a assertiva de que as decisões alienígenas terão que se adaptar aos princípios constitucionais de direito material e processual, dado o enunciado do artigo 1º<sup>54</sup> do novo texto, associado ao artigo 8º<sup>55</sup>, que rascunha os provimentos judiciais em conformidade com os direitos fundamentais.

Na esfera do MERCOSUL, vige o Decreto 2626, de 15 de junho de 1998, que promulgou o Protocolo de Medidas Cautelares, em que, no artigo 11, confiou ao juiz do Estado encarregado da execução, o cumprimento em conformidade com “as suas leis”, o que reafirma o posicionamento quanto à sua plena sintonia com a norma processual renovada <sup>56</sup>.

A observação que fica, a partir do impedimento de nova análise dos critérios de urgência ditados pelo país emissor da rogatória pendente de *exequatur*, ou da decisão estrangeira sujeita à homologação pelo Superior Tribunal de Justiça e posterior execução por uma das Varas Federais, é que o *periculum in mora*, isoladamente, não permitirá a execução em solo brasileiro, se não apenas o *fumus boni iuris*, mas a própria plausibilidade do direito não encontrarem eco no ordenamento jurídico, em especial nas normas fundamentais.

A exigência de igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, como condição de procedibilidade em matéria de cooperação internacional já vem sendo prestigiada desde longa data pelo Supremo Tribunal Federal<sup>57</sup>, como tem sido, da mesma forma, prevista em vários

---

<sup>54</sup> BRASIL. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Art.1º.-O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

<sup>55</sup> BRASIL. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

<sup>56</sup>BRASIL. Legislação. Decreto 2626, de 15,/06.1998.Promulga. o Protocolo de Medidas Cautelares, concluído em Ouro Preto, em 16 de dezembro de 1994. D.O.U. 16.6.1998.Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2626.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2626.htm)>. Acesso em 15 Set.2015.Artigo 11- O Juiz ou tribunal, a quem for solicitado o cumprimento de uma sentença estrangeira, poderá determinar as medidas cautelares garantidoras da execução, de conformidade com as suas leis

<sup>57</sup> “O súdito estrangeiro, mesmo aquele sem domicílio no Brasil, tem direito a todas as prerrogativas básicas que lhe assegurem a preservação do *status libertatis* e a observância, pelo Poder Público, da cláusula constitucional do *due process*. O súdito estrangeiro, mesmo o não domiciliado no Brasil, tem plena legitimidade para impetrar o remédio constitucional do *habeas corpus*, em ordem a tornar efetivo, nas hipóteses de persecução penal, o direito subjetivo, de que também é titular, à observância e ao integral respeito, por parte do Estado, das prerrogativas que compõem e dão significado à cláusula do devido processo legal. A condição jurídica de não nacional do Brasil e a circunstância de o réu estrangeiro não possuir domicílio em nosso país não legitimam a adoção, contra tal acusado, de qualquer tratamento arbitrário ou discriminatório. Precedentes. Impõe-se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do

tratados internacionais, valendo frisar o conteúdo do Tratado Relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana<sup>58</sup>.

O Tratado Brasil-Itália foi um dos primeiros a surgirem no regime constitucional de 1988, tendo em seu artigo 5 a tradução da proposta de isonomia entre os nacionais dos diferentes países<sup>59</sup>, restando a ordem pública como limite de exequibilidade das decisões estrangeiras<sup>60</sup>. Esse tratado vem obtendo ampla aplicação em território nacional, especialmente quanto à isenção de caução na propositura de ações por pessoas não residentes no Brasil<sup>61</sup>, benefício não extensível a súditos de outros países em situações análogas, por exigência da lei processual de 1973 (artigo 835<sup>62</sup>) e do novo código (art.83<sup>63</sup>).

No campo da urgência, a legislação italiana<sup>64</sup> e a brasileira<sup>65</sup>, encontram pontos de

---

contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante.” (HC 94.016, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 16-9-2008, Segunda Turma, DJE de 27-2-2009.)Vide: HC 94.477, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 6-9-2011, Segunda Turma, DJE de 8-2-2012; HC 72.391-QO, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 8-3-1995, Plenário, DJ de 17-3-1995, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>>;. Acesso em: 13Set.2015.

<sup>58</sup> BRASIL. Legislação. Decreto n. 1476, de 2 de maio de 1995. Promulga o Tratado Relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17 de outubro de 1989. DOU de 3.5.1995. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1995/D1476.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1476.htm)>. Acesso em:13Set.2015.

<sup>59</sup> Artigo 5 Proteção Jurídica 1. Os cidadãos de cada uma das Partes beneficiar-se-ão, no território da outra Parte, no que se refere à sua pessoa e aos seus bens, dos mesmos direitos e da mesma proteção jurídica dos cidadãos nacionais. 2. Os cidadãos de cada uma das Partes terão acesso às autoridades judiciárias da outra Parte para a garantia e defesa de seus direitos e interesses, nas mesmas condições dos cidadãos desta outra Parte.

<sup>60</sup> Artigo 2 Recusa da Cooperação, do Reconhecimento e da Execução A cooperação judiciária, o reconhecimento e a execução de atos e sentenças serão negados se forem contrários à ordem pública da Parte requerida.

<sup>61</sup> BRASIL. Jurisprudência. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Apelação Cível. EMENTA: Compra e venda mercantil. Previsão de cláusula C&F (cost and freight).. **Inexigibilidade de depósito de caução. Empresa italiana. Incidência do Tratado de Cooperação Judiciária entre Brasil e Itália. Recurso improvido** (Apelação nº 0228382-69. 2007.8.26.0100 - 32ª Câmara de Direito Privado - Relator: HAMID BDINE - 16/08/2012).Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/open.do>.Acesso em: 13Set.2015.

<sup>62</sup> BRASIL. Legislação. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código Civil. **DOU 17.1.1973**.Art. 835. O autor, nacional ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou dele se ausentar na pendência da demanda, prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento.

<sup>63</sup> BRASIL. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil .Art. 83. O autor, brasileiro ou estrangeiro, que residir fora do Brasil ou deixar de residir no país ao longo da tramitação de processo prestará caução suficiente ao pagamento das custas e dos honorários de advogado da parte contrária nas ações que propuser, se não tiver no Brasil bens imóveis que lhes assegurem o pagamento.

§ 1º Não se exigirá a caução de que trata o caput:

I - quando houver dispensa prevista em acordo ou tratado internacional de que o Brasil faz parte;

<sup>64</sup> ITALIA. Legislação. Codice di procedura civile. Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 in G.U. 28 ottobre 1940. Aggiornato con le modifiche apportate dal dal D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla L. 10 novembre 2014, n. 162 e dal D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132. Disponível em:< <http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile> >..Acesso em: 13Set.2015. Art.700. *(Condizioni per la concessione) Fuori dei casi regolati nelle precedenti sezioni di questo capo, chi ha fondato motivo di temere che durante il tempo occorrente per far valere il suo diritto in via ordinaria, questo sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile, può chiedere con ricorso al giudice i provvedimenti d'urgenza, che appaiono, secondo le circostanze, più idonei ad*

convergência na nova lei processual, ao que parece, na seara da discricionariedade judicial na sua concessão, dentro do chamado “poder cautelar geral” do magistrado, já subsistente no código de 1973<sup>66</sup>.

Embora mantida a possibilidade do juiz determinar a “providência mais adequada”, tais escolhas passam a sujeitar-se a regras específicas na legislação a entrar em vigor, pelo texto do artigo 489 §1º<sup>67</sup>. Esse dispositivo introduz critérios clausulados para validade da argumentação das decisões, uma vez que deverão, obrigatoriamente, enfrentar todas as questões postas, os precedentes invocados e a aplicabilidade, ao caso concreto, de súmulas e recursos repetitivos sobre a matéria.

No campo do poder cautelar geral, as determinações do artigo 489§1 buscarão obstar que a urgência aliada à atipicidade outorguem ao magistrado a possibilidade de atuar dentro de um campo em que, extraindo dos fatos e das consequências jurídicas buscadas a tutela que entenda mais adequada, sirva-se unicamente de critérios próprios de prudência e de justiça, o que pode implicar arbitrariedade ou prestação jurisdicional fora dos limites do pedido<sup>68</sup>.

A argumentação a ser lançada em provimentos de urgência, quando necessários à efetividade da cooperação internacional a ser executada em território nacional, terá que adequar-se, invariavelmente, aos preceitos que colocam como anteparo os direitos fundamentais e a ordem pública, assim como à exigência de produção jurídica coerente e unificada, conforme o artigo 926<sup>69</sup> da lei processual em perspectiva.

O intérprete não poderá ceder a interesses políticos ou econômicos de ocasião, devendo fixar-se nos pressupostos que a urgência demanda no contexto do ordenamento e sem buscar

---

*assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito.*

<sup>65</sup> BRASIL. Legislação. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

<sup>66</sup> Brasil. Legislação, Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código Civil. DOU 17.1.1973. Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

<sup>67</sup> O §1º estabelece critérios de validade às decisões judiciais que se furtarem às suas previsões quanto à adequada fundamentação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 27 Jul.2015.

<sup>68</sup> “La costruzione dei forme differenziate di tutela giurisdizionale, la volontà di reformare “funditus”l’intero edificio del processo civile, presuppongono nel legislatore e negli operatori consci delle reali necessita della giustizia, la piena consapevolezza che il formalismo processuale, le forme del processo hanno un valore positivo. La polemica contro il formalismo deve essere, in realtà, la polemica contro la degenerazioni del formalismo”.TOMMASEO, Ferruccio.**Appunti di diritto processuale civile: nozione introduttive**”.4 ed. Torino: Giappichelli, 2000, pp.30 e 31.

<sup>69</sup> BRASIL. Legislação. Lei n.13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

subverter a hierarquia das fontes de que irá se valer, como pressuposto da segurança jurídica, inerente ao Estado de Direito<sup>70</sup>.

Pino<sup>71</sup> aponta para a problemática da desestruturação da pirâmide normativa e para a instalação de uma “crise das fontes”, por fatores como “a alteração do equilíbrio do poder em uma democracia pluralista, o fluxo incessante das relações de mercado na era da globalização, a diversidade e a complexidade da sociedade contemporânea”<sup>72</sup>, de modo que a forma tradicional que a representava passa a tomar aspecto “mais complexo e desarmônico, como a reta, o arquipélago, ou edifício barroco”, o que exige cautela redobrada na aplicação do ordenamento.

O controle interpretativo, imposto pela nova lei processual, através da exigência de apego ao ordenamento, busca afastar a possibilidade de desmonte da estrutura do Estado Democrático de Direito, ainda que se tratem de decisões proferidas a título de preservá-lo em sua concepção pluralista e de assegurarem critérios de justiça e igualdade de oportunidades.

Em se tratando de medidas de urgência a serem implementadas no curso da cooperação internacional, o sentido emprestado a essa forma política e jurídica de convivência entre Estados soberanos, fundada no compartilhamento de valores e na solidariedade na sua efetivação, faz com que se defrontem a ordem pública interna e a coexistência de interesses traçados pela inevitável globalização.

Não subsiste, evidentemente, no relacionamento externo, a figura da autoridade regulatória superior, que tutele e assegure direitos fundamentais nessa esfera, o que explica a conferência de poderes e limites internos para a implementação de medidas entre diferentes soberanias.

A cooperação internacional, justamente por implicar a existência de objetivos compartilháveis, como resultado da solidariedade que a embasa, propicia uma “ordem aliada dos cidadãos de qualquer nacionalidade, que passam a utilizar instrumentos globais em defesa do

---

<sup>70</sup> “La costruzione dello stato di diritto può reggere solo se il ruolo del potere politico-legislativo e quello dell'interpretazione e applicazione del diritto sono ben distanziati alla base e in essa saldamente imperniati. il legame processuale al “caso” è la chiave con cui il puntone dell'interpretazione giuridica deve essere solidamente assicurato all'architrave. dalla solidità di quel legame dipende la legittimazione del potere discrezionale esercitato dai giudici”.BIN, Roberto. **A discrezione del giudice**: ordine e disordine una prospettiva “quantistica”. 2ed. Milano: FrancoAngeli, 2014, p.107.

<sup>71</sup> PINO, Giorgio. Interpretazione e “crisi” delle fonti. 1.ed. Modena: Mucchi Editore, 2014, p.7

<sup>72</sup> (Tradução nossa). No original: “[...] i mutevoli rapporti di forza tra gli attori politici in una democrazia pluralista, il fluire incessante e incontrollabile delle relazioni di mercato nell'era della globalizzazione, il pluralismo e la complessità delle società contemporanee sono altrettanti fattori che si ripercuotono tutti-disgregandolo-sull'ordine dell fonti del diritto”. “[...] alla tradizionale rappresentazione ordinata e monolitica del sistema delle fonti, compediata nella familiare figura della piramide, si sostituiscono ora figure più complesse e disarmoniche, come la rete, l'arcipelago, o l'edificio barocco.”



poder regulatória estatal, provocando um esforço multilateral em prol da democracia”<sup>73</sup>.

A perspectiva otimista da globalização segue a trajetória de prestígio dos direitos fundamentais como elo comum entre as nações e ponto basilar da cooperação internacional.

Considerações finais:

A cooperação internacional, resultado, no plano externo, da globalização, somente produzirá efeitos no âmbito interno, se for capaz de assegurar os direitos fundamentais que a solidariedade, como elemento humano, consagra universalmente entre os cidadãos.

Atos jurisdicionais resultantes da cooperação entre Estados, não poderão ultrapassar as fronteiras da proteção da confiança ditada em matéria jurisprudencial, pois a própria lei processual brasileira impede a sua efetivação em desfavor das normas fundamentais e da ordem pública.

Valores e objetivos universalmente compartilháveis imprimem à cooperação internacional a tarefa de defesa multilateral de direitos fundamentais e da própria democracia.

## REFERÊNCIAS DAS FONTES CONSULTADAS

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada:** tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009

BIN, Roberto. **A discrezione del giudice:ordine e disordine una prospettiva “quantistica”**. 2ed. Milano: Franco Angeli, 2014

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed.Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p.165 e 178. Título original:*Teoria dell’ordinamento giuridico*

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 597.285. Plenário, 09.05.2012. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. **DJ Nr. 53 do dia 18/03/2014**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&numero=597285&classe=RE>>. Acesso em 11 fev.2015.

---

<sup>73</sup> *Nell'arena pubblica globale la dialettica Stato-società civile è sostituita da rapporti multilaterali(c.d. multipolarismo) nei quali gli ordini globale sono alleati dei cittadini contro gli Stati. Questi possono utilizzare strumenti globale di tutela per difendersi dall'attività regolatrice degli Stati. In questo senso, è corretto parlare di "multilateralism enhancing democracy".*CASSESE, Sabino. Il diritto globale, p. 166.

BRASIL. Jurisprudência. Supremo Tribunal de Federal. Segunda Turma. **AI 360.461-AgR**, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-12-2005, DJE de 28-3-2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1>>. Acesso em 19 fev.2015.

BRASIL. Jurisprudência. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 0228382-69. 2007.8.26.0100** - 32ª Câmara de Direito Privado. 32ª Câmara de Direito Privado - Relator: HAMID BDINE - 16/08/2012). Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/pg/open.do>>. Acesso em: 13Set.2015.

.BRASIL. Legislação. **Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. DOU 31.12.2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>. Acesso em 1 Set.2015.

BRASIL. Legislação. **Decreto 2626, de 15,/06.1998**. Promulga o Protocolo de Medidas Cautelares, concluído em Ouro Preto, em 16 de dezembro de 1994. D.O.U. 16.6.1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2626.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2626.htm)>. Acesso em 15 Set.2015

BRASIL. Legislação. **Decreto n. 1476, de 2 de maio de 1995**. Promulga o Tratado Relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17 de outubro de 1989. DOU de 3.5.1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1995/D1476.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/D1476.htm)>. Acesso em:13Set.2015

BRASIL. Legislação. **Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código Civil. DOU 17.1.197

BRASIL. **Lei n.13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, de 17 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em 27 Ago. 2015.

CABIDDU, Maria Agostina. **Il governo del territorio**. Roma-Bari: Editori Laterza, 2014

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

CASSESE, Sabino. **Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo stato**. Torino: Giulio Einaudi

Editori, 2009

CATTONI, Marcelo. Il signiicato dell'uguaglianza: un nuovo ceto medio o una nuova classe lavoratrice in Brasile? In: GIORGI, Chiara (a cura de). **Il progetto costituzionale dell'uguaglianza**. Roma: Ediesse, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo. DINAMARCO, Cândido Rangel, GRINOVER, Ada Pelegrini. **Teoria Geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003

COLOMBIA. Legislação. Lei 600 de 2000 (Julio24). *Por la cual se expide elCodigo de Procedimiento Penal*. **Publicada no Diario Oficial 44097 de Julho 24 de 2000**. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6389>>. Acesso em: 13 Set. 2015.

COLOMBIA. Legislação. Ley 906, de 2004. "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal". Diario Oficial No. 45.658 de 1 de setembro de 2004. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787#0>>. Acesso em 13 Set. 2015.

CRUZ, Paulo Marcio. BODNAR, Zenildo. **Globalização, transnacionalidade e sustentabilidade** [recurso eletrônico]. Dados eletrônicos. Itajaí: Univali, 2012. Disponível em: <http://siaiapp28.univali.br/LstFree.aspx>. Acesso em: 15 Set.2015

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

EMERIQUE, Lilian Balmant. GUERRA, Sidney. A incorporação de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. **Revista Jurídica**. Brasília, v. 10, n. 90, Ed. Esp., p.01-34, abr./maio, 2008. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_90/Artigos/PDF/SidneyGuerra\\_Rev90.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Artigos/PDF/SidneyGuerra_Rev90.pdf). Acesso em: 2 Set.2015

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luis Afonso Heck.. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editores. Título original: *Grundzuge des Veifassungrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20, neuberbaitete Auflage*

HUSEK, Carlos Robert. **Curso de direito internacional público**. 11.ed. São Paulo: LTR Editora Limitada, 2012.

ITALIA. Legislação. **Codice di procedura civile**. Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 in G.U. 28

ottobre 1940. Aggiornato con le modifiche apportate dal dal D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla L. 10 novembre 2014, n. 162 e dal D.L. 27 giugno 2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015, n. 132. Disponível em: <<http://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>>.

Acesso em: 13Set.2015

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Los derechos humanos en la sociedad tecnológica**. 1.ed. Madrid: Editorial Universitas S.A., 2012.

MADRUGA, Antenor. Como entender a cooperação jurídica internacional. **CONSULTOR JURÍDICO**. 24 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-24/cooperacao-internacional-entender-cooperacao-juridica-internacional>>. Acesso em: 15 Set. 2015.

MARTINI, Carlo Maria. ZAGREBELSKY, Gustavo. **La domanda di giustizia**. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2003.

OST, FRANÇOIS. **O tempo do direito**. Tradução: Maria Fernanda de Oliveira. Título original: *Le Temps du Droit*. VITALE, Ermanno. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

PFERSMANN, Otto. **Positivismo constitucional e Justiça Constitucional no século XXI**. 1ª ed. Tradução e Organização de Alexandre Coutinho Pagliarini. Título original: não consta. São Paulo: Saraiva, 2014 (Série IDP:Direito Comparado),

PINO, Giorgio. **Interpretazione e “crisi” delle fonti**. 1.ed. Modena: Mucchi Editore, 2014.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição brasileira de 1988 e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. In: **TEMAS de Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

RODOTÁ, Stefano. Prefazione. In: GIORGI, Chiara (a cura de). **Il progetto costituzionale dell’uguaglianza**. Roma: Ediesse, 2014.

\_\_\_\_\_. **Solidarietà: un’ utopia necessária**. 1.ed. Roma-Bari: Editori Laterza, 2014.

SAADI, Ricardo Andrade. BEZERRA, Camila Colares. A autoridade central no exercício da cooperação jurídica internacional. In: **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos : cooperação em matéria civil / Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI)[recurso eletrônico]**. 3. ed.

Brasília: Ministério da Justiça, 2012, p. 20 Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Corregedoria/CartasRogatorias/Documentos/ManualExpedCR Civel.pdf>>. Acesso em 31 Ago.2015.

SILVA, Almiro Regis Matos do Couto e. **Conceitos fundamentais do direito no estado constitucional**. 1.a.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. 1.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

STIGLITZ, Joseph E. **El malestar de la globalización**. 1. ed. español. Tradução de Carlos Rodrigues Braun. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, 2015, p.432. Título original: *Globalization and its discontents*

TARZIA, Giuseppe. **I provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1980,

TOFFOLI, José Antonio Dias. CESTARI, Virginia Chapinel Junger. **Mecanismos de cooperação jurídica internacional no Brasil**. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/artigomecanismos\\_de\\_cooperacao\\_juridica\\_internacional\\_no\\_brasil%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/artigomecanismos_de_cooperacao_juridica_internacional_no_brasil%20(2).pdf)>. Acesso em 15 Set.2015

TOMAZ, Roberto Epifanio. LEMOS FILHO, Tarcísio Germano de. Um novo paradigma à sustentabilidade: direito transnacional. *In*: DANTAS, Marcelo Buzaglo. SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de. PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (Org.). **Transnacionalidade, Direito Ambiental, Sustentabilidade: contribuições para a discussão na sociedade hipercomplexa** {recurso eletrônico}. Passo Fundo: Editora Universidade de Passo Fundo, 2014. Disponível em: <[http://www.upf.br/editora/images/ebook/transnacionalidade\\_direito\\_ambiental\\_e\\_sustentabilidade.pdf](http://www.upf.br/editora/images/ebook/transnacionalidade_direito_ambiental_e_sustentabilidade.pdf)>. Acesso em: 14 Set.2015.

TOMMASEO, Ferruccio. **Appunti di diritto processuale civile: nozione introduttive**. 4 ed. Torino: Giappiche, 2000.

# A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E FORMAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO

Alexandre Estefani<sup>1</sup>

Priscila Gonçalves Castro<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva compreender o que se entende hoje por justiça de transição, analisando sua concepção atual e evolução histórica. Além disso, busca analisar as formas de transição adotadas no mundo moderno, com a identificação dos Estados que passaram por sistemas judiciais de exceção, advindos de rupturas ou modificações políticas em suas formas de governo.

Identificada a linha histórica e a questão conceitual, o objetivo é identificar algumas formas de transição adotadas por países que passaram por períodos de exceção e que hoje, em maior ou menor escala, encontram-se em estágios democráticos. O objetivo é avaliar a correlação entre a forma de transição adotada com a democracia consequente.

## 1. JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO - CONCEITUAÇÃO, DELINEAMENTO HISTÓRICO, LINHAS GERAIS;

### 1.1. Conceituação

O vocábulo "transição" indica a passagem de uma condição a outra.<sup>3</sup> Para a teoria política e constitucional, a transição é passível de ser identificada como um intervalo entre um regime político e outro, que abarca tanto a mudança no sistema político, como o produto da anterior experiência que vai influenciar no novo regime.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos, pela Escola Superior do Ministério Público/Univali, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. *email: alexandreestefani@yahoo.com.br*

<sup>2</sup> Doutoranda e Mestra em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante - UA - Espanha. Mestra em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI - SC. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário. Advogada. Professora do Curso de Direito da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Autora de livros de Direito Previdenciário. *E-mail: priigc@hotmail.com*

<sup>3</sup> MEZETTI, Luca. *Teoria e Prasi Delle Transizioni Costituzionali e del Consolidamento Democratico*. CEDAN, Padova, Italia, 2003, p. 4.

<sup>4</sup> MEZETTI, Luca. *Teoria e Prasi Delle Transizioni Costituzionali e del Consolidamento Democratico*, p. 4.

Já "justiça de transição", embora não conte com um conceito fechado, tem por objeto aplicar e inserir o direito em uma sociedade em transição, quer seja logo após um conflito ou durante o conflito em curso, com o objetivo tanto de julgar os agentes do regime que está no poder de forma equânime, como de buscar a paz para a continuidade da sociedade em transição.

Paul Van Zyl aduz que "pode-se definir a justiça transicional como o esforço para a construção da paz sustentável após um período de conflito, violência em massa ou violação sistemática dos direitos humanos."<sup>5</sup>

No mesmo sentido, Flávia Piovesan identifica que a justiça de transição tem "o delicado desafio de como romper com o passado autoritário e viabilizar o ritual de passagem à ordem democrática".<sup>6</sup> Swensson aduz tratar-se de "um olhar sobre o passado, quando pendências do regime anterior são revistas e rediscutidas, para então serem decididas e solucionadas".<sup>7</sup>

A Justiça de transição é conceituada, também, no Relatório S/2004/616 do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU):

A noção de "justiça de transição" discutida no presente relatório compreende o conjunto de processos e mecanismos associados às tentativas da sociedade em chegar a um acordo quanto ao grande legado de abusos cometidos no passado, a fim de assegurar que os responsáveis prestem contas de seus atos, que seja feita a justiça e se conquiste a reconciliação. Tais mecanismos podem ser judiciais e extrajudiciais, com diferentes níveis de envolvimento internacional (ou nenhum), bem como abarcar o juízo de processos individuais, reparações, busca da verdade, reforma institucional, investigação de antecedentes, a destituição de um cargo ou a combinação de todos esses procedimentos.<sup>8</sup>

Como lembra Paul Van Zyl,

O objetivo da justiça transicional implica em processar os perpetradores, revelar a verdade sobre crimes passados, fornecer reparações às vítimas, reformar as instituições perpetradoras de abuso e promover a reconciliação. O que foi mencionado anteriormente exige um conjunto inclusivo de estratégias formuladas para enfrentar o passado assim como para olhar o futuro a fim de evitar o reaparecimento do conflito e das violações. Considerando que, com frequência, as estratégias da justiça transicional são arquitetadas em contextos nos quais a paz é frágil ou os perpetradores

---

<sup>5</sup> ZYL, Paul Van. **Promovendo a Justiça Transicional em Sociedades Pós-Conflito**. Revista Anistia Política e Justiça de Transição 01. Ministério da Justiça : Brasília, 2009, p 27.

<sup>6</sup> PIOVESAN, Flavia. **Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da FMP. N 4. Porto Alegre. FMP. 2007. p 113

<sup>7</sup> SWENSSON Jr, Lauro Joppert. **Anistia Penal**. Problemas de validade da lei de anistia brasileira (Lei 6.682/79), Curitiba : Juruá, 2007, p. 77

<sup>8</sup> NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. Relatório do Secretário Geral nº S/2004/616. **O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito**. Ministério da Justiça. Revista Anistia Política e Justiça de Transição. Vol. 1, Brasília, 2009:325. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={67064208-D044-437B-9F24-96E0B26CB372}>. Acesso em: 1º de julho de 2014.

conservam um poder real, deve-se equilibrar cuidadosamente as exigências da justiça e a realidade do que pode ser efetuado a curto, médio e longo prazo.<sup>9</sup>

Elemento abstrato nessa conceituação é o que se entende por "justiça", conceito que é aberto e peça integrante da própria definição da transição. Kai Ambos adverte que o elemento justiça, nesse sentido, tem que ser entendido de maneira ampla, indo além da mera justiça penal e incluindo certos elementos-chave tais como a responsabilidade, equidade (*fairness*) na proteção e reivindicação de direitos, e punição de infrações.<sup>10</sup>

Cabe destacar, ainda, que a justiça de transição está ligada a idéia de uma sociedade em transição, que saiu de um regime excepcional, mas que também pode vir a ser inserida em sociedades ainda em conflito. É esse o caso da Colômbia ou mesmo das recentes revoluções no mundo oriental, conhecidas como *primavera árabe*.<sup>11</sup>

## 1.2. Delineamento Histórico

Os momentos de declínio ou ruptura de um regime e ascensão de uma nova ordem, permeiam toda a história recente da humanidade. Entretanto, ao menos em termos de responsabilização pessoal e criminal, foi após a segunda grande guerra, com os julgamentos de Nuremberg e Tóquio, que novas técnicas de justiça de transição surgiram, muito embora não tenham a sua época tido tal nomenclatura.<sup>12</sup> É dessa época que se instaurou o debate em julgar os agentes de um regime por seus atos contrários ao direito, dentro de uma percepção de julgamento justo e com regras legais e pré-definidas.<sup>13</sup>

Também foi preponderante a determinar o estudo dessas transições, a mal sucedida experiência advinda após o final da primeira guerra mundial, com o tratado de Versalhes, que com imposições de multas e restrições à Alemanha perdedora, acabou por ser utilizado como discurso

---

<sup>9</sup> ZYL, Paul Van. **Promovendo a Justiça Transicional em Sociedades Pós-Conflito**. Revista Anistia Política e Justiça de Transição, p; 19.

<sup>10</sup> AMBOS, Kai. **Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre a justiça de transição no Brasil**. Tradução Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Belo Horizonte: Fórum, 2010 p 24

<sup>11</sup> AMBOS, Kai. **Anistia, justiça e impunidade: reflexões sobre a justiça de transição no Brasil**, p. 28

<sup>12</sup> MAIA, Fábio Fernandes. **Lei de Anistia e Justiça de Transição**. O redimensionamento do debate e o julgamento da ADPF 153 pelo STF. Curitiba : Juruá, 2014, p. 66

<sup>13</sup> Jon Elster, por outro lado, identifica o início do que se compreende por justiça de transição na Grécia antiga, nos anos 411 - 403 A. C.(ELSTER, Jon. **Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica**. Tradução para o espanhol de Ezequiel Zaidenwer. Buenos Aires: Katz, 2006, p 15). Rudi Teitel, por seu turno, identifica as primeiras adesões a Justiça de transição ao final da primeira guerra mundial. (TEITEL, Ruti G. **Genealogia da Justiça Transicional**. in REATEGUI, Felix (org.) *Justiça de Transição: Manual para a América Latina*. Tradução Ministério da Justiça. Brasília : Ministério da Justiça, 2011, p. 140)



de ascensão ao poder do regime nazista que se seguiu.

De todo modo, em linhas gerais, antes dos tribunais pós segunda guerra, as fases de transição eram marcadas por um tradicional modelo de impunidade ou então de pura vingança.

A impunidade, que foi a regra até então, esteve pautada basicamente sob a doutrina da imunidade, focada na soberania dos países envolvidos.

Katrin Sykkink defende que essa doutrina de imunidade era centrada em diversas e distintas correntes. A primeira corrente advinda do antigo princípio inglês de que o monarca não erra. A segunda, afeta ao poder e interesse do próprio Estado, capaz de evitar o processo judicial contra si. A terceira e principal corrente, delineada por Sykkink, defendendo que a imunidade advinha de um princípio funcionalista de que o estado precisava estar protegido contra processos judiciais.<sup>14</sup>

De qualquer modo, como lembra a professora de Minnessota, "seja qual for a explicação para a doutrina da imunidade, antes da Segunda Guerra Mundial era certo que os agentes do Estado deviam estar livres de acusações de violações aos direitos humanos".<sup>15</sup>

Entretanto, após segunda grande guerra, essa concepção mudou drasticamente, possivelmente com o choque advindo da descoberta do holocausto ou com a percepção dos agentes internacionais de que era necessária uma resposta a atos além dos diplomas da guerra. A partir daí, o direito internacional passou a se preocupar em como adotar um novo modelo de responsabilização, que não convalidasse a atuação de seus membros que estivessem a violar claramente os direitos dos cidadãos.

A preocupação também girou na forma de como julgar agentes da burocracia do antigo regime, que atuavam dentro de seu positivismo legal e não raro constitucional, sem, de todo modo, desrespeitar os princípios de defesa conquistados com o iluminismo.<sup>16</sup> Nesse ponto, aliás, é de se destacar que o debate em Nuremberg e Tóquio esteve ligado ao fato de que os acusados

---

<sup>14</sup> SIKKINK, Kathryn. **A era da responsabilização: a ascensão da responsabilização penal individual.** in, **A Anistia na era da responsabilização:** o Brasil em perspectiva internacional comparada. Tradução Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford : *Oxford University, Latin American Centre*, 2013, p. 41.

<sup>15</sup> SIKKINK, Kathryn. **A era da responsabilização: a ascensão da responsabilização penal individual.** p. 41.

<sup>16</sup> As principais críticas dos julgamentos de Nuremberg e Tóquio focam em: (1) A violação do princípio "*nullum crimen, nulla poena sine lege*"; (2) Ser um tribunal de "exceção", constituído apenas pelos vencedores; (3) Que a responsabilização internacional deveria ser direcionada apenas ao Estado e não ao indivíduo; (4) Que os aliados também tinham cometido crimes de guerra; (5) Que os atos praticados pelos alemães eram apenas ilícitos e não criminosos; (6) Que não houve instrução criminal. CALETTI, Cristina. **Os precedentes do Tribunal Penal Internacional, seu estatuto e sua relação com a legislação brasileira.** Disponível em <http://jus.com.br/revista/texto/3986/os-precedentes-do-tribunal-penal-internacional-seu-estatuto-e-sua-relacao-com-a-legislacao-brasileira>. Acesso em 20/10/2015.

estavam agindo seguindo as ordens, leis e normativas burocráticas de um estado constituído, além do argumento de se tratarem de tribunais de exceção, impostos pelos vencedores contra os vencidos.<sup>17</sup>

No caso de Nuremberg, as afirmações defensivas não foram aceitas, mas a partir daí se estabeleceu a necessidade de se debater e impor regras e sistemas internacionais de proteção a direitos humanos pré-definidos. Foi a partir de Nuremberg que se iniciou o processo de construção de medidas inovadoras e internacionais que fugiam da tradição geral e ordinária do direito, até então entendido como conjunto de regras postas por um estado soberano.

A tradição jurídica de Nuremberg colocou as medidas transicionais sob a égide do direito internacional, estabelecendo marcos legais a regular os processos de transição, que culminaram com a formação da Organização das Nações Unidas, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a construção dos Sistemas Europeu e Interamericano de Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional.<sup>18</sup>

O grande desafio dessa nova ortodoxia, todavia, foi ajustar o novo modelo de responsabilização dos Estados com os direitos humanos que seriam reconhecidos nos anos subsequentes, e com o modelo de responsabilização interno de cada um desses estados.<sup>19</sup> Entretanto, a par de tal desafio, é inegável que o surgimento e o aperfeiçoamento dos tratados internacionais fez surgir um modelo internacional, que combina a responsabilidade do Estado com a responsabilidade individual.

Desde então, os Estados estão passando a se utilizar desse novo modelo de responsabilização, ou ao menos estão sendo influenciados por esse modelo de justiça transnacional, reconhecendo, em seu plano interno, comissões de verdade, reparações, anistias e projetos de memória, iniciando um novo marco daquilo que conhecemos hoje por uma justiça em transição, ou em um estado de transição.<sup>20</sup>

---

<sup>17</sup> MAIA, Fábio Fernandes. *Lei de Anistia e Justiça de Transição*, p. 69.

<sup>18</sup> TORELLI, Marcelo. D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro. Belo Horizonte : Fórum, 2012, p. 49.

<sup>19</sup> SIKKINK, Kathryn. *A era da responsabilização: a ascensão da responsabilização penal individual*, 2013, p. 41

<sup>20</sup> SIKKINK, Kathryn. *A era da responsabilização: a ascensão da responsabilização penal individual*, 2013, p. 41

## 2. OS DIFERENTES ASPECTOS DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO PELO MUNDO

Após a segunda grande guerra experimentou-se distintas formas de transição. A reconciliação com o passado em comissões de verdade, foi a bem sucedida opção sul-africana. Já países como Ruanda e Uganda, optaram por sistemas que combinavam reconciliação com repressão penal, local e internacional. De outro lado, países sul-americanos optaram por anistias, mas que em sua maior parte fora revistas posteriormente com punições penais, à exceção do Brasil, que manteve a Lei de Anistia como fator de consolidação da democracia, ao menos segundo o discurso oficial e preponderante.

Disso é necessário compreender que, em verdade, a forma de transição está umbilicalmente ligada à forma de governo antecedente, ao menos nos conceitos que conhecemos hoje, e principalmente, à forma de ruptura, assim compreendida como a forma que os agentes do antigo regime deixam o poder.<sup>21</sup>

Assim, mecanismos de justiça cuja origem remontam a superação de um primeiro estado de exceção, passaram a ser aplicados em países em vias de saída de experiências autoritárias, numa alternativa que a um só tempo lhes garante uma rápida retomada da democracia e do Estado de Direito e ainda fornece mecanismos institucionais de resolução de conflitos, que podem ter uma base internacional. Isso permite que a ausência de uma estrutura estatal apta à realização da justiça não signifique a inviabilidade de combinar democratização futura com justiça quanto ao passado.<sup>22</sup>

### 2.1. As formas de Governo antecedente e a transição

O século XX se caracterizou pela polarização entre distintos campos políticos e ideológicos. Toda a teoria sobre as formas de governo, segundo Norberto Bobbio, contem em seu bojo uma dimensão prescritiva (axiológica) e outra descritiva (sistemática). A primeira, apta a analisar as formas de governo baseadas em sua estrutura, e a segunda, através também de juízos de valor moral. Daí que Bobbio define formas de governos boas e más, como a monarquia, a aristocracia, democracia, tirania, a oligarquia e a olocracia.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. p. 49

<sup>22</sup> TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. p. 47

<sup>23</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria das formas de Governo*. 9 ed. UNB. Brasília, 1997.

Para além das definições clássicas de governo, todavia, a novidade do século passado foi a construção de um novo modelo de dominação, o totalitarismo, que Hanna Arendt definiu como “a dominação permanente de todos os indivíduos em toda e qualquer esfera da vida”<sup>24</sup>, e que se distinguiu das anteriores conhecidas ditaduras:

A distinção decisiva entre o domínio totalitário, baseado no terror, e as tiranias e ditaduras, impostas pela violência, é que o primeiro volta-se não apenas contra os seus inimigos mas também contra os amigos e correligionários, pois teme todo o poder, até mesmo o poder dos amigos. O clímax do terror é alcançado quando o Estado policial começa a devorar os seus próprios filhos, quando o carrasco de ontem torna-se a vítima de hoje. É este o momento quando o poder desaparece inteiramente.<sup>25</sup>

Conclusão importantíssima que Arendt apresenta é que o novo e assustador "não é a negação da liberdade ou a afirmação que a liberdade não é boa nem necessária para o homem, e sim a concepção segundo a qual a liberdade dos homens precisa ser sacrificada para o desenvolvimento histórico."<sup>26</sup>

A leitura dessas formas de governo é essencial para tentar se compreender porque alguns países seguem uma forma de justiça de transição totalmente distintas de outros em situações semelhantes, que culminam em distintas espécies de responsabilização de seus atores. Isso demonstra que não se trata, pura e simplesmente, de uma escolha aleatória dos governantes ou daqueles com poderes para tal. Na verdade, essa opção de forma de justiça de transição é um enunciado de fatores de direito e política, que se juntam para gerar, como lembra Marcelo Torelly, uma justiça de transição e não um direito de transição.<sup>27</sup>

Um exemplo lembrado por Torelly é o fato de que no Brasil, a nova ordem constitucional de 1988, em seu ato das disposições transitórias, sequer tratou de elementos de responsabilização ou reparação dos atores do antigo regime militar, que, naquele momento, estavam deixando o poder. Nesse caso, houve um exemplo típico de uma lógica de continuidade, ainda que a nova Constituição fosse a alforria brasileira de mais de 20 anos de ditadura militar, ela sequer estabeleceu a forma como o Estado deveria tratar com os então já conhecidos abusos do antigo regime, e tampouco tratou da lei de anistia promulgada em pleno período militar.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> HANNA, Arendt. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo : Companhia das Letras, 1989, p. 375.

<sup>25</sup> HANNA, Arendt. **Da violência**. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1985. p. 30.

<sup>26</sup> HANNA, Arendt. **Crises da República**. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 51

<sup>27</sup> TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito**, p. 57.

<sup>28</sup> A Lei de Anistia no Brasil - Lei 6.683/97 foi promulgada pelo General e então Presidente da República João Batista Figueiredo, em 28 de agosto de 1979. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683.htm). Acesso em 10 set. 2015.

Tal fato, segundo Torelly, é exemplificativo a demonstrar como a transição brasileira foi controlada por agentes do regime opressor, os quais foram os responsáveis por definir as pautas da abertura democrática, numa pura expressão da *realpolitik* então preponderante, que não raro é fator primordial a pautar a transição entre o direito e a política nas transições à democracia.<sup>29</sup>

Para entender, portanto, a forma de transição adotada, é imprescindível entender a origem de cada um dos regimes opressores precedentes, porque há sociedades que por si realizam a transição, enquanto outras dependem de fatores externos para tal alteração. Essa diferenciação vai ser fundamental para entender a forma de democracia que irá surgir ou se solidificar ao final do regime opressivo, vez que a forma como os algozes deixam o poder vai influenciar na forma como eles são aceitos ou não na nova ordem ou, como é o caso do Brasil, como eles mesmos inserem sua aceitação.

### 3. A IDENTIFICAÇÃO DAS MEDIDAS TRANSICIONAIS

Para se identificar a forma como o regime repressivo influi no modelo de medidas transicionais ao processo de democratização é possível se valer de uma classificação externa com características comuns a distintos processos, os quais possibilitam "identificar o modo como (i) o regime se estrutura, (ii) chega ao seu fim (iii) e o novo regime lida com o espólio do anterior".<sup>30</sup>

Seguindo essa linha, Jon Elster propõe uma classificação a partir da origem de cada regime totalitário. O citado autor classifica como regimes autoritários endógenos aqueles que tiveram origem no seio do próprio Estado em que se fixaram, e exógenos aqueles regimes autoritários impostos com um agente externo, como é o caso da ocupação francesa na Argélia, por exemplo, ou na própria ocupação da Alemanha no pós guerra. Na mesma trilha, justiça transicional exógena seria aquela resolvida por fatores externos, como o julgamento de Nuremberg, e, justiça endógena seu oposto. O quadro abaixo, elaborado por Jon Elster, e presente em sua obra, delimita o tema.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. p. 54.

<sup>30</sup> TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito* p. 53

<sup>31</sup> ELSTER, Jon. *La Rendición de Las Cuentas*, p. 93.

	Justiça transacional endógena	Justiça transacional exógena
Regime Autoritário Endógeno	Restauração Inglesa América Latina África do Sul Bulgária Romênia Etiópia Hungria (1945) Grécia Itália Espanha Atenas (411 a.c)	Atenas (403 a.c) Alemanha (1945) Japão (1945) França (1814) Áustria (1945) Rodésia
Regime autoritário exógeno	Estados Unidos (1783) Argélia (1962) Polônia Hungria (1989) Checoslováquia Países da ocupação (1945)	República Democrática da Alemanha (RDA)

No caso do Brasil, em um regime duplamente endógeno, a situação assume especial relevância, porque, nesse caso, os líderes e os agentes do antigo regime seguem sendo parte do tecido social, enquanto outras sociedades dependem de fatores externos para tal alteração.<sup>32</sup> O fato dessas pessoas continuarem a permanecer nos mais altos cargos da burocracia estatal, vai ser fundamental a evitar, inclusive, medidas que sejam não aceitas por esses antigos agentes do regime, além de pautar a opinião pública quanto à "necessidade" dos atos do passado.

A transição interna é característica dos países da América do Sul, cujas ditaduras militares, aliás, ascenderam ao poder com discursos de legitimidade e necessidade. A legitimação da ditadura no Brasil, por exemplo, adveio de um discurso amparado na defesa contra a corrupção do anterior governo e por critérios econômicos e de defesa contra um pseudo perigo externo, legitimando-se no simbólico discurso do *mal necessário*, a fim de se evitar o então *perigo*

<sup>32</sup> TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. p 57

*comunista.*

De outro lado, teoria bastante difundida é a de Samuel Huntington, que identifica os regimes de transição como "ondas de democratização", com indicativos de fluxo e refluxo. Huntington parte da constatação de que a maioria absoluta dos sistemas políticos vigentes no mundo, sempre foram e continuam sendo autoritários, e que a democracia, como forma de governo, foi definida em termos de fontes da autoridade para o exercício do poder, pelos objetivos perseguidos e pelo processo de constituição dos governos.<sup>33</sup>

Huntington identifica o que entende de primeira onda desde 1828 a 1926, com a implantação do sufrágio. A segunda onda é identificada entre 1943 e 1962, com a derrocada dos sistemas coloniais, com uma reversão entre 1958 e 1975, culminando com a terceira onda a partir das democracias pós-ditaduras, como é o exemplo da América Latina. Ele ainda atribui grande importância à correlação entre a forma como se deu o abandono do sistema autoritário para a consequente democracia.<sup>34</sup>

A contribuição de Huntington é inegável, tanto pela influência nos estudos que se seguiram quanto pelo fato de que enquanto a classificação de Elster busca entender a origem do regime opressor e sua influência nos processos de transição, Huntington ajuda a identificar como esses processos se formam em escala global.<sup>35</sup>

Nas democratizações da terceira onda de Huntington, situa-se o Brasil pós-regime militar, como visto. O citado autor explica que, nesses casos, as transformações sociais não são pautadas somente pelo retorno da legalidade ou por uma ruptura abrupta com o regime, mas sim pelo próprio regime, que estabelece o tempo, os prazos, as etapas e as condições em que se promoverão as mudanças para, eventualmente, se conduzir a uma democracia. É o caso típico do Brasil e a anunciada abertura lenta, gradual e segura do regime militar, delimitada pelo próprio regime, como fica claro com a Lei de Anistia, em que os agentes do estado se auto-anistiam antes de deixarem o poder.<sup>36</sup>

Aliás, nesse ponto, é de se destacar que as ditaduras da América do Sul tiveram em comum traços de legalidade, ao menos não romperam totalmente com a legalidade, buscando, ao

---

<sup>33</sup> HUNTINGTON, Samuel. P. **A terceira onda: A democratização no final do século XX**. Tradução de Sérgio Góes de Paula. São Paulo: Ática. 1994.

<sup>34</sup> HUNTINGTON, Samuel P. **A terceira onda: A democratização no final do século XX**. São Paulo: Ática. 1994.

<sup>35</sup> TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito** p. 74

<sup>36</sup> TORELLY, Marcelo D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito** p. 77

contrário se legitimar através dos Tribunais, em uma legalidade autoritária que vai perdurar aos dias atuais inclusive.

Como se vê, a identificação entre a formação do Estado, a forma de transição e a democracia consequente, ainda que não se adentre aqui nas diversas discussões acerca do conceito atual de democracia, são fundamentais para se entender o contexto atual vivenciado nas democratizações da terceira onda de Huntington. Mais exemplificativamente, no próprio Brasil, que saído de um regime autoritário, alcançou sua democratização optando pela aceitação da Lei de Anistia, ao menos até o momento, o que demonstra, inequivocamente, como a saída do governo é fundamental para se entender a democracia consequente.

#### 4. ALGUNS CASOS DE JUSTIÇA TRANSICIONAL

Ao final de todo o processo transicional já explicitado, a doutrina internacionalista compreende possível atribuir quatro dimensões fundamentais à justiça de transição: a) a reparação (direito à verdade); b) o fortalecimento da verdade e a construção da memória (direito à verdade e a memória); c) a regularização da justiça, com o restabelecimento da igualdade perante a lei (direito e justiça - os julgamentos); d) a reforma das instituições perpetradoras de violações contra os direitos humanos - a depuração.<sup>37</sup>

Distintos Estados tem adotado uma ou outra dessas dimensões em seus processos transicionais. A dimensão adotada e a profundidade da transição vão influenciar diretamente na democracia que irá emergir desses países.

Ainda que brevemente, cabe avaliar alguns Estados que passaram por períodos de transição, para se verificar, nos casos específicos, a problemática aqui narrada.

Para tanto, a opção é pela análise de Estados que seguiram distintos modelos de justiça de transição, a fim de se avaliar, como as distintas formas vão influenciar na democracia consequente.

A África do Sul, por exemplo, saída de um longo regime de *apartheid*, até por suas características, optou por uma transição bastante peculiar, com o reconhecimento e o perdão

---

<sup>37</sup> RODRIGUES, Natália Centeno; VERAS NETO, Francisco Quintanilha. **Justiça de Transição: um breve relato sobre a experiência brasileira**, in, SILVA FILHO, José Carlos Moreira da (Org.). **Justiça de transição no Brasil: violência justiça e segurança**. Porto Alegre. EDIPUCRS, 2012. P. 255-276. Disponível em <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/Ebooks/Pdf/978-85-397-0225-1.pdf>. Acesso em 10 de fevereiro de 2016. p. 260



como condições indissociáveis e formadoras da nova sociedade. Já outro país africano - Ruanda, seguiu um caminho da responsabilização, mas não sem esquecer o perdão, em virtude principalmente do número de envolvidos, em regra pessoas comuns, adotando um modelo de conjugação de tribunais internacionais e velhas tradições locais.. De seu turno, os sul-americanos Argentina e Brasil, embora tenham vivido períodos de exceção semelhantes, seguiram direções opostas pós-regime. A Argentina optou pela punição dos agentes do regime militar, o Brasil pelo perdão e pelo quase esquecimento. Ambos hoje vivem em sistemas democráticos, com suas próprias virtudes e problemas, mas com distintas percepções de seu legado autoritário, o que parece sintoma claro da justiça de transição adotada.

Verificar a problemática nesses quatro países, que saídos de regimes excepcionais optaram por distintas soluções para o tema, é o que se pretende a seguir.

#### 4.1. Ruanda

Ruanda é um dos menores países da África, localizado em sua região central. Desde a colonização europeia, primeiro com os alemães e depois com os belgas, instituiu-se uma política social e de governo que dividiu a população em três etnias, os *tutsis*, *hutus* e *twas*.<sup>38</sup> Essa divisão oficializou-se com a criação de cartões que identificavam todos os ruandeses como uma das três etnias<sup>39</sup>, o que estabeleceu um sistema de *apartheid* baseado no conceito de superioridade *tutsi*. Em meio a várias tensões e conflitos, na noite de 6 de abril de 1994, o avião que levava o presidente do país foi derrubado por um míssil, matando todos a bordo. Tal ataque, até hoje sem identificação de autoria, instantaneamente levou os soldados *hutus*, a guarda presidencial e outras milícias a caçar os civis *tutsis* e os *hutus* suspeitos de fazer oposição ao governo. Encorajada por discursos de ódio advindos de uma rádio local, logo a população civil passou a ingressar no massacre, e *hutus* de todas as idades começaram a matar *tutsis*. Vizinhos matavam vizinhos, colegas de trabalho matavam colegas, médicos matavam seus pacientes e professores matavam seus alunos. A rádio local que disseminava o discurso de ódio, lembrava aos ouvintes para não pouparem mulheres ou crianças. Tal massacre resultou na morte de 500 mil a um milhão de civis,

---

<sup>38</sup> PINTO, Simone Rodrigues. **Justiça Transicional em Ruanda : a busca pela reconciliação social**. Revista Anistia 02, Brasília : Ministério da Justiça, 2010, p. 190.

<sup>39</sup> As etnias, contudo, não eram exatamente uma raça, já que parte da classificação foi estabelecida pelos próprios belgas, que decidiram que cada indivíduo com menos de dez vacas seria um hutu.

em menos de 100 dias, mais de 75% de toda a população *tutsi* em Ruanda.<sup>40</sup>

O genocídio acabou com a tomada de poder por rebeldes militares de maioria *tutsi* (FPR) que tinham base em Uganda, os quais, imediatamente, passaram a pensar em julgamentos aos envolvidos no genocídio de seu povo. O primeiro ministro avisou que a intenção era julgar e executar cerca de 30 mil *hutus* pelo genocídio. Tanto o governo dos Estados Unidos quanto a ONU enviaram emissários ao país a fim de evitar o julgamento local e alocá-los a um tribunal internacional. Tal pressão gerou efeitos e estabeleceu-se uma emenda no estatuto da corte da Iugoslávia para punir o genocídio de Ruanda. Em 8 de novembro de 1994, o Conselho de Segurança adotou a Resolução 955 que estabelecia o Tribunal de Ruanda. A partir daí ocorreram três tipos de esforços para lidar com os agentes do genocídio em Ruanda, todos os três com significativo suporte internacional: o Tribunal Internacional Criminal *ad hoc* de Ruanda, o sistema judicial doméstico formal e os tribunais *gacaca*, que foram exatamente a novidade local.<sup>41</sup>

Não houve anistia logo após conflito, até porque a ruptura foi abrupta. Todavia, como o sistema judiciário do país estava em colapso, era impossível a ele julgar a demanda causada pelo genocídio.

Os julgamentos *gacaca* foram a adaptação de uma antiga cultura local, que existia desde o século XVI enquanto sistema de resolução de disputas menores, como o uso da terra, o gado ou as questões de propriedade, visando, sobretudo, “a coesão social, através do diálogo entre as partes e perante a comunidade”<sup>42</sup>. Os tribunais *gacacas* poderiam buscar a reconciliação, não apenas a punição.

Os crimes submetidos aos *gacacas* foram divididos em categorias, excluindo-se apenas o genocídio direto, mas mantidos os julgamentos inclusive dos autores de ataques com intenção de morte, com penas de prisão perpétua. Os tribunais *gacacas* sofreram inúmeras críticas, principalmente porque eles não detinham autorização para julgar os crimes cometidos pela FPR, o que, aos olhos de parte da população, tornou os julgamentos meros revanchismos, não contribuindo à reconciliação nacional.<sup>43</sup>

É inegável que Ruanda evoluiu em termos de concepção estatal, principalmente com a

---

<sup>40</sup> PINTO, Simone Rodrigues. *Justiça Transicional em Ruanda : a busca pela reconciliação social*, p. 192

<sup>41</sup> PINTO, Simone Rodrigues. *Justiça Transicional em Ruanda : a busca pela reconciliação social*, p. 195.

<sup>42</sup> PINTO, Simone Rodrigues. *Justiça Transicional em Ruanda : a busca pela reconciliação social*, p. 196

<sup>43</sup> PINTO, Simone Rodrigues. *Justiça Transicional em Ruanda : a busca pela reconciliação social*, p. 197

eliminação oficial das distinção entre *hutus* e *tutsis* e com a possibilidade de discussão entre vítimas e algozes nos tribunais *gacacas*. Todavia, até hoje ainda permanecem tensões sociais, ante a não reconciliação total do país, de modo que essa se trata da principal discussão de uma justiça de transição que optou por julgamentos em massa em conjunto com a reconciliação logo após conflito.

#### 4.2 África do Sul

Na África do Sul a transição adveio após o fim do regime do *apartheid*, que durava mais de cinquenta anos.

No caso sul-africano houve uma transição negociada e pautada pelo Poder estatal com a oposição negra, em especial com o Congresso Nacional Africano (CNA), partido então na ilegalidade, e que tinha em Nelson Madella seu grande expoente.

Dessa transição, resultou a legalização dos partidos em 1990 e a soltura de presos políticos, com o arrefecimento das leis do *apartheid*. Em abril de 1994, realizaram-se as primeiras eleições democráticas, em que o CNA ganhou por maioria.

Nesse caso, também não se pode esquecer que o regime do *apartheid* já não detinha mais condições de subsistir quando do início da transição, principalmente ante às pressões internacionais e os boicotes econômicos que o país passou a sofrer da comunidade internacional. Isso fez com que o então Presidente Frederik Deklerk buscasse uma forma de transição em que o poder branco tomasse a iniciativa, a fim de buscar uma salvaguarda a seus próprios pares quando do fim do regime que era inevitável. O resultado foi uma transição negociada, que culminou em um processo de anistia, não ampla, geral e irrestrita, mas condicionada ao reconhecimento dos fatos, da culpa e do perdão das vítimas.

Tal situação, além de buscar dar um futuro mais promissor ao país, buscava evitar uma retaliação da maioria negra à minoria branca, que deteve o poder durante todo o período e com tal cometeu diversas atrocidades, evitando, por conseguinte, uma guerra civil advinda do revanchismo.

Nessa concepção, o primeiro passo foi a determinação de que os ofensores admitissem os erros e manifestassem seu remorso aos ofendidos ou suas famílias. O passo seguinte seria a vítima perdoar o infrator. Assim, afastava-se a jurisdição penal. O método sul-africano adotou uma lógica

de compreender e não vingar.<sup>44</sup>

Assim foi que se estabeleceram comissões da verdade, reparação e reconciliação, que são notórios exemplos de sucesso, ao menos àquela realidade e associados a cultura sul-africana, e que possibilitaram a formação da atual África do Sul que, embora obviamente com problemas graves, firma-se como um dos principais exemplos democráticos daquele continente.

O grande exemplo da África do Sul foi conseguir combinar um sistema que não escondeu à verdade dos fatos, ao contrário, estabeleceu Comissões justamente privilegiando que os envolvidos contassem os fatos ocorridos, para, a partir daí, promover o perdão e buscar a formação de um consenso nacional.

Obviamente tal solução trouxe varios e distintos problemas ao país, mas em grande parte, acabou consolidando uma das maiores democracias de todo o continente africano.

### 4.3 Argentina

A ditadura argentina, instaurada em 24 de março de 1976, foi uma das mais violentas da América Latina. Os números divulgados pelas organizações de direitos humanos calculam que cerca de 30 mil civis foram mortos no período.<sup>45</sup>

Em 1983 a ditadura deixou o poder. Ao contrário de seus vizinhos sul-americanos, a saída do regime ditatorial foi acelerada pela desastrosa Guerra das Malvinas.<sup>46</sup> Todavia, do mesmo modo que em outras ditaduras militares na América Latina, antes de deixar o poder as Juntas Militares que governavam o país estabeleceram, via Decreto, uma auto-anistia pelos crimes praticados no período, buscando se livrar dos crimes cometidos no período de exceção.

Entretanto, com o início do governo civil de Raul Alfonsín, e com não aceitação pelo Poder Judiciário local da auto-anistia, iniciou-se o processo criminal dos responsáveis pela repressão. Em um primeiro momento, os processos de perseguição penal vincularam apenas os comandantes das Juntas Militares.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> FERREIRA BASTOS, Lúcia Helena Arantes. **Anistia - As Leis Internacionais e o Caso Brasileiro**. Curitiba : Juruá, 2009, p. 116.

<sup>45</sup> Disponível em: <http://arte.folha.uol.com.br/especiais/2014/03/23/o-golpe-e-a-ditadura-militar/o-acerto-de-contas.html>> Acesso em 10 nov. 2015.

<sup>46</sup> MORENO, Nahuel. **Escuela de Quadros: Argentina, 1984. Argentina: uma revolução democrática triunfante**. Buenos Aires: Crux, 1992. p. 167-169.

Todavia, ante a forte pressão dos militares, esses julgamentos arrefeceram, e o governo estabeleceu duas leis importantes no país: a Lei da “Obediência Devida” (Lei n. 23.521) e do “Ponto Final” (Lei n. 23.492), que, em síntese, estabeleciam prazos peremptórios para que novos casos fossem ajuizados, e protegiam de responsabilização aqueles que alegavam ter cometido crimes por ordens superiores.

Não bastasse, quando Carlos Menem assumiu a Presidência da República em 1989, uma de suas primeiras ações foi conceder perdão presidencial aos membros das Juntas que haviam sido condenados anteriormente.

Ocorre que, logo após, surgiu ao público informações quanto aos sequestros oficiais de crianças filhas de detidos e desaparecidos, o que chocou o país e propiciou a criação da Comissão Nacional pelo Direito à Identidade – CONADI. Com base nas novas informações, o sequestro de crianças não foi considerado um crime coberto pelas leis da Obediência Devida e do Ponto Final, possibilitando que vários oficiais fossem processados pelos crimes de sequestro e mudança de identidade de crianças, muito embora não pudessem ser processados pelo assassinato de seus pais.<sup>48</sup>

Os anos seguintes foram de significativa evolução no direito internacional, com reflexos importantes no direito interno da Argentina. Elemento decisivo nesse processo de evolução aconteceu em 1994, quando os tratados de direitos humanos daquele país passaram a um nível hierárquico superior.

Em 1998, foi aprovada a Lei 24.952, revogando as leis do Ponto Final e da Obediência Devida, mas sem alterar as decisões já tomadas.

Em 2002, a Corte Interamericana de Direitos Humanos publicou a sentença do caso *Barrios Altos*, declarando inválidas as leis de anistia decretadas pelo presidente Alberto Fujimori do Peru, e estabelecendo uma importante jurisprudência no sentido de considerar as auto-anistiais incompatíveis com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.<sup>49</sup> Logo após, em 14 de junho de 2005, acatando o entendimento da Corte Interamericana, a Suprema Corte argentina

---

<sup>48</sup> GREIFF, Pablo de. *Los Esfuerzos de Reparación en una Perspectiva Internacional: el aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta*. Revista Estudios SocioJuridicos. Bogotá: Universidad del Rosario, a. / v. 7, n. esp., p. 153-199, ago. 2005. Disponível em: [http://www.researchgate.net/publication/28163911\\_Los\\_esfuerzos\\_de\\_reparacin\\_en\\_una\\_perspectiva\\_internacional\\_el\\_aporte\\_de\\_la\\_compensacin\\_al\\_logro\\_de\\_la\\_justicia\\_imperfecta](http://www.researchgate.net/publication/28163911_Los_esfuerzos_de_reparacin_en_una_perspectiva_internacional_el_aporte_de_la_compensacin_al_logro_de_la_justicia_imperfecta) . Acesso em: 03 nov. 2015.

<sup>49</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Barrios Altos x Peru*. julgado em 14 de março de 2011. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf). Acesso em 15 set. 2015.

considerou inconstitucionais as leis do Ponto Final e da Obediência Devida. Em consequência, o Congresso sancionou a Lei 25.779, que declarou nulas as leis anteriores.

Ao final desse processo, a Argentina foi o país que mais processou, julgou e condenou agentes do antigo regime de exceção que se têm notícias no mundo, inclusive com penas de prisão perpétua e segue no processo de seus militares.

A resposta argentina de punição sem dúvida contribui para a formação de sua democracia e principalmente para a depuração de suas instituições, em especial as forças armadas, em situação bastante diferente do Brasil, por exemplo. O principal legado dessa sistemática, sem dúvida, foi o recado à não repetição de tais atos e a indicação de que os agentes ainda que investidos em um poder momentâneo, não estarão imunes a graves violações de direitos humanos sempre que estiverem à frente do poder. É o recado que estampa, de forma bastante simbólica o símbolo do primeiro relatório da Comissão de Desaparecidos do país - *Nunca mas*.

#### **4.4 Brasil**

Os militares tomaram o poder no Brasil em 1º de abril de 1964, também com a derrubada do governo democraticamente eleito de João Goulart, e também sob o discurso de se afastar a corrupção e a ameaça comunista. O discurso era de garantir a estabilidade do país e anunciar novas eleições diretas dentro de um ano. Ocorre que as eleições não vieram e os militares só deixaram o poder 21 anos depois, em uma transição por eles mesmos denominada como lenta, gradual e segura, nas palavras do General Figueiredo.

Com a abertura política gerada ao final do regime e a saída dos militares do poder, o país alcançou sua redemocratização.

Entretanto, antes de devolver o país aos civis, o próprio governo militar tratou de estabelecer medidas de transição, com a aprovação da Lei de Anistia - Lei 6683/79<sup>50</sup>, aprovada em

---

<sup>50</sup> Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal

um Congresso Nacional que mesmo eleito pelo voto, era dominado pelas forças militares, onde as eleições para a presidência eram indiretas e o Congresso tinha em sua composição senadores biônicos. Tudo a denotar que não havia total legitimidade de representação popular naquele projeto de lei.<sup>51</sup>

De todo modo, a questão da Constitucionalidade da Lei de Anistia foi desafiada no Supremo Tribunal Federal que a considerou constitucional em 28 de abril de 2010, por 7 votos a 2.<sup>52</sup>

A interpretação do Supremo Tribunal Federal, e que permanece até hoje, é a de que a anistia foi um momento de conciliação nacional, que possibilitou inclusive a abertura e o avanço democrático do país e que alcançou tanto os crimes cometidos pelos agentes do regime militar, quanto os cometidos pelos integrantes de organizações da luta armada de oposição ao regime.

É verdade que, em novembro de 2010, pouco tempo depois do julgamento no Supremo Tribunal Federal, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo desaparecimento de cerca de 70 pessoas na *Guerrilha do Araguaia*, em decisão aparentemente oposta àquela tomada pelo STF.<sup>53</sup> A decisão da Corte ainda impôs ao Brasil o dever de investigar e sancionar as violações dos direitos humanos ocorridas durante o regime militar, inclusive com a punição de seus agentes.<sup>54</sup>

Na verdade, o que fez a corte interamericana foi simplesmente seguir sua jurisprudência que já havia sido fixada no caso *Peru x Barrios Alto*, em que se estabeleceu a ilegalidade das auto-anistias.

De tudo isso, ao presente estudo importa verificar que a transição brasileira foi negociada e pautada pelo próprio regime. Mas, ao contrário dos países irmãos do Cone-Sul, como a Argentina,

---

<sup>51</sup> FERREIRA BASTOS, Lucia Elena Arantes. **Anistia - As Leis Internacionais e o Caso Brasileiro**. Curitiba : Juruá, 2009, p. 185.

<sup>52</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153**. Inteiro Teor do Acórdão. Relator: Ministro Eros Grau. Abril, 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>, acesso em 02/07/2015.

<sup>53</sup> **Caso 11.552. Julia Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) contra a República Federativa do Brasil**. disponível em <http://www.cidh.org/demandas/11.552%20Guerrilha%20do%20Araguaia%20Brasil%2026mar09%20PORT.pdf>. Acessado em 03/07/2014.

<sup>54</sup> Determinou, outrossim, o dever do Estado de determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha, da seguinte forma: a) determinar a responsabilidade dos autores materiais e intelectuais do desaparecimento forçado das vítimas e da execução extrajudicial, ressaltando que, por se tratar de violações graves de direitos humanos, e considerando a natureza dos fatos e o caráter continuado ou permanente do desaparecimento forçado, **o Estado não poderá aplicar a Lei de Anistia em benefício dos autores**, bem como nenhuma outra disposição análoga, prescrição, irretroatividade da lei penal, coisa julgada, *ne bis in idem* ou qualquer excludente similar de responsabilidade para eximir-se dessa obrigação; b) garantir que as autoridades competentes realizem, *ex officio*, as investigações correspondentes, tendo acesso à documentação e informação pertinentes e autorizando a participação dos familiares das vítimas. (MORAES, Ana Luisa Zago de. **O caso araguaia na Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em [http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=95#\\_ftnref59](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=95#_ftnref59). Acesso em 17.5.2014.

não houve no Brasil qualquer julgamento até hoje dos agentes do regime militar por crimes praticados, adotando-se integralmente a lei de anistia.

A medida transicional adotada no Brasil foi a reparação pecuniária as vítimas e a instituição de Comissões da Verdade, esta apenas em 2011, mais de vinte anos após o fim do regime militar e com parco respaldo popular e da opinião pública.

A par de tal situação, não há dúvidas de que o Brasil formou uma democracia desde então. Entretanto, inegável também que a falta de debate sobre o passado não depurou as forças públicas atuantes quando do regime militar, em especial as forças policiais e políticas, as quais continuam atuando até hoje sem qualquer debate público sério sobre seus atos. Por consequência, é inegável também que o autoritarismo então reinante permanece nesses setores, com inegável repercussão na própria sociedade, que não raro, aceita e a aplaude quando, por exemplo, um Deputado Federal utilizando-se da tribuna da Câmara defende um notório torturador do regime militar em cadeia nacional<sup>55</sup>.

Essa falta de depuração e resolução do passado acabam por manifestar-se na atual formação democrática do país.

Um estudo desenvolvido por Sikking e Walling, com o objetivo de demonstrar a escala da violência em sociedades em transição, revelou que nos países em que se procedeu a julgamentos e comissões de verdades, os índices do que chamaram de *political terror scale* só decresceram (aqui incluídos Argentina e Chile) ao passo que no Brasil esse índice subiu de 3.2 a 4.1, talvez aí, como reflexo da escolha transicional.<sup>56</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que se viu, é possível compreender que a forma com que um antigo regime de exceção deixa o poder em um Estado vai delinear todas as bases para o estado de transição jurisdicional que se segue.

Os países que adotam distintos modelos de transição, em regra, chegam a uma

---

<sup>55</sup> Foi o caso do discurso do Deputado Jair Bolsonaro, ao homenagear o Coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra em seu voto em relação ao processo *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff.

<sup>56</sup> SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. **The impact of Human Rights Trials Latin American.** *Journal of Peace Research*, v. 44, no. 4, 2007, pp.427-445. Acesso em: 30/03/2016.



democracia, como foi o caso dos países aqui abordados.

Mas, é inegável também que a medida que cada Estado adota para a justiça transicional vai influenciar também na forma como a democracia vai se consolidar, e especialmente, na forma como as instituições do país e sua sociedade vão lidar com aspectos do passado para resolver seus problemas presentes. A força da democracia consequente e a defesa dos direitos humanos daí decorrentes são consequências diretas da forma como os Estados que passaram por regimes de exceção abordaram seus próprios problemas internos e resolveram seus períodos de sombra.

Nessa ótica, é imprescindível ao desenvolvimento de uma democracia que ela possa confrontar-se com o seu passado de barbárie e repressão política, demarcando, claramente, a diferença que guarda desse passado obscuro e sinalizando fortemente para uma nova direção, na qual o respeito aos direitos humanos e a manutenção das liberdades públicas sejam pilares inegociáveis e inexpugnáveis. A ausência de uma adequada transição política contribui para que a democracia não se desenvolva, para que ela fique isolada em um discurso democrático ao qual corresponde, em verdade, uma prática autoritária.<sup>57</sup>

Negar a violação dos direitos humanos sob o argumento da preservação do estado ou *fechar os olhos* ao passado, no fim, acabam acarretando maiores problemas futuros à formação da própria democracia nesses locais, que acabará com a não renovação total das instituições que serviram ao autoritarismo, e por consequência, com o atraso no avanço democrático do país.

## REFÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AMBOS, Kai. **Anistia, justiça e impunidade:** reflexões sobre a justiça de transição no Brasil. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ARENDT, Hanna. **Crises da República.** São Paulo: Perspectiva, 1999.

ARENDT, Hanna. **Da violência.** Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1985.

ARENDT, Hanna. **As Origens do Totalitarismo.** São Paulo : Companhia das Letras, 1989.

HUNTINGTON, Samuel P. **A terceira onda: A democratização no final do século XX.** Tradução de Sérgio Góes de Paula. São Paulo: Ática. 1994.

---

<sup>57</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira. **Memória e reconciliação nacional: o impasse da anistia na inacabada transição democrática brasileira.** in. A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada, p. 282

BACHAROVA, Elitza. **O Tribunal de Nuremberg como um Ícone da Justiça de Transição: Aspectos Históricos da Responsabilização Política e do Quadro Ideológico dos Direitos Humanos.**

Disponível em: <http://periodicos.unb.br/index.php/emtempos/article/viewFile/9471/6992>

BOBBIO, Norberto. **Teoria das formas de Governo.** 9 ed. UNB. Brasília, 1997.

CALETTI, Cristina, **Os precedentes do Tribunal Penal Internacional, seu estatuto e sua relação com a legislação brasileira.** Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/3986/os-precedentes-do-tribunal-penal-internacional-seu-estatuto-e-sua-relacao-com-a-legislacao-brasileira>.

ELSTER, Jon. **Rendición de cuentas: la justicia transicional en perspectiva histórica.** tradução para o espanhol de Ezequiel Zaidenwer. Buenos Aires: Katz, 2006.

GREIFF, Pablo de. **Los Esfuerzos de Reparación en una Perspectiva Internacional: el aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta.** Revista Estudios SocioJuridicos. Bogotá : Universidad del Rosário, a. / v. 7, n. esp., p. 153-199, ago. 2005. Disponível em: [http://www.researchgate.net/publication/28163911\\_Los\\_esfuerzos\\_de\\_reparacin\\_en\\_una\\_perspectiva\\_internacional\\_el\\_aporte\\_de\\_la\\_compensacin\\_al\\_logro\\_de\\_la\\_justicia\\_imperfecta](http://www.researchgate.net/publication/28163911_Los_esfuerzos_de_reparacin_en_una_perspectiva_internacional_el_aporte_de_la_compensacin_al_logro_de_la_justicia_imperfecta) .

MAIA, Fábio Fernandes. **Lei de Anistia e Justiça de Transição.** O redimensionamento do debate e o julgamento da ADPF 153 pelo STF. Curitiba : Juruá, 2014.

MEZETTI, Luca. **Teoria e Prasi Delle Transizioni Costituzionali e del Consolidamento Democratico.** CEDAN, Padova, Italia, 2003.

MORAES, Ana Luisa Zago de. **O caso araguaia na Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em [http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon\\_id=95#\\_ftnref59](http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=95#_ftnref59)

MORENO, Nahuel. **Escuela de Quadros: Argentina, 1984. Argentina: uma revolução democrática triunfante.** Buenos Aires: Crux, 1992

NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Segurança. Relatório do Secretário Geral nº S/2004/616. **O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito.** Ministério da Justiça. Revista Anistia Política e Justiça de Transição. Vol. 1, Brasília, 2009:325. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={67064208-D044-437B-9F24-96E0B26CB372}>.

PIOVESAN, Flavia. **Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito da FMP. N 4. Porto Alegre. FMP. 2007.

RODRIGUES, Natália Centeno; VERAS NETO, Francisco Quintanilha. **Justiça de Transição: um breve relato sobre a experiência brasileira**, in, SILVA FILHO, José Carlos Moreira da (Org.). **Justiça de transição no Brasil: violência justa e segurança.** Porto Alegre. EDIPUCRS, 2012. P. 255-276. Disponível em <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/Ebooks/Pdf/978-85-397-0225-1.pdf>

SILVA FILHO, José Carlos Moreira. **Memória e reconciliação nacional: o impasse da anistia na inacabada transição democrática brasileira.** in. A anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional e comparada: Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford: *Oxford University, Latin American Centre*, 2013.

SIKKINK, Kathryn. **A era da responsabilização: a ascensão da responsabilização penal individual.** in, **A Anistia na era da responsabilização: o Brasil em perspectiva internacional comparada :** Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Oxford : *Oxford University, Latin American Centre*, 2013.

SIKKINK, Kathryn; WALLING, Carrie Booth. **The impact of Human Rights Trials Latin American.** *Journal of Peace Research*, v. 44, no. 4, 2007, pp.427-445.

SWENSSON Jr, Lauro Joppert. **Anistia Penal.** Problemas de validade da lei de anistia brasileira (Lei 6.682/79), Curitiba: Juruá, 2007.

TEITEL, Ruti G. **Genealogia da Justiça Transicional.** in REATEGUI, Felix (org.). **Justiça de Transição: manual para a América Latina.** Tradução Ministério da Justiça Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

TORELLI, Marcelo. D. **Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito.** Perspectiva Teórico-Comparativa e Análise do Caso Brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

VAN ZYL, Paul. **Promovendo a Justiça Transicional em sociedades pós-conflito.** in, **Anistia Política e Justiça de Transição**, 01. Tradução Ministério da Justiça. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

# O CONCEITO DE ORDENAMENTO JURÍDICO DE SANTI ROMANO: PARADIGMA PARA COMPREENSÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS EM ESPAÇOS TRANSNACIONAIS

Tarcísio Meneghetti<sup>1</sup>

Marcos Vinicius Viana da Silva<sup>2</sup>

## INTRODUÇÃO

Paul Berman, em *The New Legal Pluralism*<sup>3</sup>, analisa diferentes proposições que tentam enquadrar o pluralismo jurídico nas problemáticas transnacionais. O autor chama de ‘novo pluralismo jurídico’ por diferenciá-lo do modelo medieval, comumente considerado um estágio embrionário do pluralismo jurídico<sup>4</sup>.

Berman, após discutir vários autores em língua inglesa acerca do pluralismo jurídico moderno, assinala que a tendência é a tomada de uma posição ‘não-essencialista’ acerca do conceito de direito, ou seja, uma atitude que salta a problemática de ‘definição do direito’.

Em tese, não é possível defender um ‘pluralismo jurídico’ sem antes uma clara definição do que seja ‘lei’, ‘direito’. Como é possível defender a existência de inúmeros direitos emanados de fontes distintas sem antes poder propor o que seja o ‘direito’?

Entretanto, segundo Berman, é complexo definir Direito em comunidades não-estatais, pois abre-se o risco de formalizar uma definição de Direito que pouco se distancie de meras relações sociais, que seria o erro cometido por vários antropólogos dedicados a estudar relações

---

<sup>1</sup> Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. E-mail: tmeneghetti@univali.br.

<sup>2</sup> Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. E-mail: mvsilva0805@gmail.com.

<sup>3</sup> BERMAN, Paul. The New Legal Pluralism. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 5, p. 225-242. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1505926](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1505926)

<sup>4</sup> Para aprofundamentos na questão do ‘pluralismo jurídico’ medieval recomenda-se a leitura de HESAPANHA, António. *Cultura Jurídica Europeia*. Florianópolis: Boiteaux, 2005 e GROSSI, Paolo. *L’Ordine Giuridico Medievale*. Roma: Laterza, 2001. Para uma apresentação breve o direito medieval não era monopolizado pelo Estado, não era resultado da produção única do Estado, mas fragmentado entre as várias esferas da vida social. Dessa forma, cada segmento social produzia e aplicava o próprio direito. Assim existia um direito canônico, produzido pela Igreja; também um direito comercial aplicado pelos próprios comerciantes, a partir dos costumes; além de direitos comunitários aplicados a cada localidade, direito romano, estudado e sistematizado nas universidades, etc. A Idade Média possuía visão orgânica e plural do direito, distinguindo-a de nossa época, que tende a ver o direito de modo instrumentalista e monopolizado pelo Estado.

jurídicas em sociedades primitivas.

A dificuldade de definir 'direito' levou a maioria dos autores a adotarem a posição 'não-essencialista', que seria aquela que não se preocupa em responder o 'que é direito', mas que analisa como direito aquilo que os destinatários veem como direito.<sup>5</sup>

Do ponto de vista prático esta visão funciona, pois o cidadão de certo país vê as leis de seu país como 'direito', assim como o membro de uma comunidade primitiva vê os costumes e regras de seu povo como 'direito', e o mesmo valendo para a *lex mercatoria* contemporânea e assim por diante.

Não obstante não há como ignorar que tal posição causa certo desconforto, pois equivale a discutir algo sem antes saber *o que é* este algo. O problema, conforme aponta Locchi<sup>6</sup>, é que em geral a impressão é que os estudiosos de língua inglesa acerca do pluralismo jurídico raramente se aventuram no estudo de pensadores italianos, o que explicaria a ínfima citação de Santi Romano e outros autores nas obras sobre pluralismo jurídico.

O objetivo do presente artigo é apresentar a concepção de direito enquanto ordenamento ou instituição em Santi Romano, defendendo-a como referente para melhor compreensão do pluralismo jurídico. Ademais, o conceito de Santi Romano oferece instrumento para o entendimento também das regulamentações diversas e pluralistas dos espaços transnacionais.

A realidade contemporânea oferece vários desafios ao jurista moderno, tão acostumado a analisar o direito apenas como aquilo que é produzido pelo Estado em seus vários órgãos e poderes. Como o jurista moderno lida com a *lex mercatoria*, construída basicamente a partir de contratos e regulamentações privadas entre organizações empresariais multinacionais, instituições financeiras, entre outros atores do sistema comercial globalizado? Como o jurista moderno lida com os entendimentos de comunidades indígenas de tantos povos distribuídos pelo planeta, que muitas vezes nutrem concepções de direito totalmente distintas daquilo que o jurista ocidental moderno entende por direito? Como o jurista moderno lida com as relações provindas da internet, ou ciberespaço, situação em que muitas vezes é difícil definir quem seria o poder competente a legislar. Enfim, estes são apenas exemplos de como a era da globalização oferece

---

<sup>5</sup> BERMAN, Paul. The New Legal Pluralism. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 5, p. 225-242. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1505926](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1505926). Para aprofundamentos acerca da visão 'não-essencialista' ver TAMANAHA, Bryan. **A non-essentialist version of legal pluralism**. *J. Law. Soc.*, v. 27, n. 2, p. 296-321.

<sup>6</sup> LOCCHI, Maria Chiara. Breves Reflexões sobre o pluralismo jurídico como paradigma fundamental do direito contemporâneo em sociedades ocidentais altamente diferenciadas. **Revista Brasileira de Direito**, V. 10, Nº. 2, 2014, p. 74-84.

desafios que o jurista moderno sente enorme desconforto em enfrentar.

Desse modo, o pluralismo jurídico, aquela vertente de estudos tão diversificada e ainda pouco sistematizada<sup>7</sup>, tende a ser a visão mais coerente e realista para analisar as relações jurídicas fragmentadas nos espaços transnacionais. É nesse contexto que o pensamento de Santi Romano surge como essencial, não como estudo da história do pensamento jurídico, mas como prospectiva atual e futura de como compreender e regulamentar juridicamente os espaços transnacionais.

## 1. DIREITO COMO INSTITUIÇÃO EM SANTI ROMANO

Diferente da maioria dos autores contemporâneos, Santi Romano não adentrou a problemática do pluralismo dos ordenamentos jurídicos sem antes se propor a definir de modo objetivo o ‘fenômeno jurídico’, e sem jamais ultrapassar as linhas fronteiriças da ciência jurídica. Santi Romano era jurista, grande especialista no Direito Administrativo, não era filósofo do direito nem sociólogo do direito, embora suas percepções sejam valiosas também para estes campos do conhecimento. Ou seja, Santi Romano propôs um conceito de direito para além do Estado sem precisar cruzar a fronteira da ciência jurídica.

Romano enfrentou ativamente as doutrinas que tentam reduzir todo o direito a normas emanadas pelo Estado. Além disso, Santi Romano oferece precisa definição de Direito para a sua concepção de pluralismo jurídico.

Para Santi Romano o conceito de Direito deve conter três elementos essenciais, explicados separadamente na sequência:

- a) Antes de tudo, levar ao conceito de sociedade. Isso em dois sentidos que se complementam mutuamente: aquele que não sai da esfera puramente individual – que não supera a vida do indivíduo como tal – não é direito, (*ubi ius ubi societas*) e, ainda, não existe sociedade no sentido verdadeiro da palavra sem que nessa se manifeste o fenômeno jurídico (*ubi societas ibi ius*).<sup>8</sup>

Na sequência a sociedade é apresentada como:

---

<sup>7</sup> Por ‘pluralismo jurídico’ se entende abrangência de autores das mais variadas matrizes ideológicas e de tradições jurídicas. Basta citar que entre autores que defendem o pluralismo jurídico observam-se tanto autores de tradição cristã como socialistas, liberais, entre várias outras correntes de pensamento. Ampla sistematização introdutória é oferecida por Antônio Carlos Wolkmer. Ver WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: elementos para uma nova cultura do direito. São Paulo: Alfa Ômega, 1994.

<sup>8</sup> ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Florianópolis: Boiteaux, 2008. p. 77.

[...] não uma simples relação entre os indivíduos, como seria, por exemplo, a relação de amizade, ao qual é estranho qualquer elemento jurídico, mas uma entidade distinta dos indivíduos que a compõe, que costintua mesmo formal e extrinsecamente uma unidade concreta. E deve se tratar de uma unidade efetivamente constituída.<sup>9</sup>

Não há como se pensar o conceito de direito fora da sociedade, nem o contrário. Toda sociedade necessita pôr um direito como forma de autorregulamentação. Isto porque a sociedade é todo agrupamento que se distingue das próprias pessoas que a compõem, passando a ter validade e existência de modo transcendente aos indivíduos que a compõem. A amizade não é uma sociedade porque assim que um dos dois amigos falece, se distancia, aquela relação deixa de existir. Ou seja, a amizade é indissociável dos amigos que compõem a amizade, sem aquelas duas pessoas específicas a própria amizade deixa de existir.

O mesmo raciocínio não vale para a família, pois ela tem um direito que explica como são transmitidas as propriedades, os deveres, de forma que a existência da instituição familiar transcende os próprios indivíduos que integram determinada família.<sup>10</sup> É este direito, que é natural ao próprio conceito de família, que permite famílias existirem por séculos.<sup>11</sup>

Assim como a família, a comunidade, o Estado, as organizações privadas (incluindo as empresariais), todas elas possuem um direito que as permite existirem para além dos indivíduos que a compõem. Observa-se agora o segundo elemento definidor:

a) O conceito de direito deve, em segundo lugar, conter a ideia da ordem social: isso serve para excluir todo elemento que possa reconduzir ao puro arbítrio ou à força material, ou seja, não ordenada. [...] toda manifestação social, somente devido ao fato de ser social, é ordenada ao menos no que diz respeito aos seus consócios.<sup>12</sup>

Este segundo elemento é decorrente do primeiro e existe apenas para impedir que qualquer aglomerado humano, ainda que aleatório e caótico, possa ser chamado de sociedade. É necessário que exista um vínculo, uma ideia de bem comum, de objetivo compartilhado, que seja o liame entre todos os indivíduos que integram determinada sociedade. Por fim o terceiro aspecto do conceito:

---

<sup>9</sup> ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 77.

<sup>10</sup> "A instituição é uma unidade fechada e permanente que não perde a sua identidade devido a alterações dos indivíduos que são seus elementos, das pessoas que dela fazem parte, do seu patrimônio, dos seus meios, dos seus interesses, dos seus destinatários, das suas normas e assim por diante. Ela pode se renovar conservando de modo imodificado a sua própria individualidade. Disso advém a possibilidade de considerá-la como um corpo isolado sem identificá-la com o que pode vir a ser necessário para lhe dar vida, mas que, dando-lhe vida, se amalgama nela". ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 87.

<sup>11</sup> A família como instituição vinculada ao direito já é conhecidamente abordada em COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1996.

<sup>12</sup> ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 77-78.

a) A ordem social posta pelo direito não advém da existência de normas de qualquer origem que disciplinam as relações sociais. Ele não exclui tais normas, mas se serve delas e as integra na sua órbita, sendo que, concomitantemente, vai além delas, superando-as. Isso significa que o direito, antes de ser norma, antes de se referir a uma simples relação ou a uma série de relações sociais, é organização, estrutura, atitude da mesma sociedade em que é vigente e que para ele se constitui como unidade, como um ser existente por si mesmo.<sup>13</sup>

Para entender o direito não é importante saber a origem das normas que compõem determinado ordenamento. Não importa se as normas foram criadas pelo Legislativo, se foram reconhecidas como costumes, se são meras aplicações de regras religiosas ou de contratos privados, importa apenas que aquelas normas foram aceitas e internalizadas por determinada sociedade. É daí que se torna inócuo a discussão se em determinada comunidade indígena existiria direito porque as regras sociais são as mesmas da religião seguida pelos membros. No momento em que aqueles membros adotam as regras religiosas como regras de ordenamento social, de regulamentação social, elas passam a ser, também, regras jurídicas. O mesmo vale para lugares que utilizam preceitos islâmicos como jurídicos, pois eles se tornam jurídicos no momento que aquela sociedade compreende que aqueles são os preceitos que devem organizá-la. Com isto Santi Romano torna supérflua toda a discussão positivista acerca do que podemos entender por normas, se apenas as escritas, se também os costumes, em quais casos, etc.

[...] não acreditamos que a instituição seja fonte do direito, e que portanto este seja um efeito, um produto da primeira, mas acreditamos que entre o conceito de instituição e o de ordenamento, considerado no seu todo e integralmente, exista uma perfeita identidade<sup>14</sup>.

Santi Romano alerta que utiliza ‘instituição’ em seu sentido apropriado, não figura, isto é, instituição é um ente imaterial, mas que de alguma forma pode ser individuado concretamente. Por exemplo, determinada organização empresarial ou Estado é uma instituição, pois pode ser individuada e distinguida das demais sociedades empresárias e Estados. Mas quando se fala em ‘instituição da compra e venda’, ‘instituição da imprensa’, entre outros termos, a expressão ‘instituição’ vem a ser utilizada em modo inapropriado, figurado, demasiadamente extensivo. A ‘imprensa’ até pode ser entendida como instituição, quando compreendida como a sociedade a qual integram os múltiplos órgãos de imprensa, todos vinculados entre si por meios contratos, regras implícitas, regulamentos emitidos por associações profissionais, etc. Mas nesse caso não é a imprensa figurada, como se ouve comumente, quando algum personagem público reclama que ‘é perseguido pela imprensa’, mas a própria sociedade organizada composta pelas atividades

<sup>13</sup> ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 78.

<sup>14</sup> ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 82



voltadas à imprensa. O mesmo vale para expressões confusas como ‘classe empresarial’, que em si mesma não é uma instituição ou sociedade, mas as regras privadas empresariais decorrentes de contratos, as organizações de empresários em associações de segmentos, entre outras manifestações, podem dar nascimento a determinadas sociedades (em sentido de Santi Romano, não de direito empresarial) compostas por empresários.

O direito é instituição, é organização social:

Que tal ordenamento seja sempre e necessariamente jurídico, é demonstrado pela observação de que o objetivo característico do direito é precisamente aquele da organização social. O direito não consagra somente o princípio da co-existência dos indivíduos, mas se propõe sobretudo a vencer a fraqueza e a limitação das suas forças, a ultrapassar a sua breve existência, a perpetuar certos desígnios além da sua vida natural, criando entes sociais mais poderosos e mais duradouros do que os indivíduos.<sup>15</sup>

A sociedade, enquanto instituição, é decorrência da natureza humana enquanto ser inteligente. Por ser finito, por ser incapaz de realizar todas as obras que deseja, o ser humano se relaciona com outros de modo ordenado a permitir que tais projetos transcendam suas existências temporais. Aquilo que é iniciado por um e que não será concluído em sua breve existência será continuado, aprimorado, por outros indivíduos. A sociedade potencializa a inteligência, transforma o potencial social do humano em criador civilizatório.<sup>16</sup>

As regras instituídas pelo direito em determinada sociedade servem à finalidade de garantir esta busca por eternidade, esta realização de projetos para além das existências individuais. É daí que não há sentido em cada membro fazer somente aquilo que lhe convém, porque neste caso não há sociedade, mas um aglomerado atomístico de indivíduos. Os membros precisam aceitar as restrições de liberdade, as sujeições, para terem garantias de agirem em determinadas frentes, para que o projeto orgânico da sociedade seja possível. O direito, portanto, organiza a sociedade, gerencia os mecanismos que condicionam o seu funcionamento.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 89.

<sup>16</sup> Estes entes realizam a síntese unificante em que o indivíduo permanece fechado, regulando não só a sua atividade, mas também a sua condição, algumas vezes superior, outras inferior a das demais; coisas e energias são destinadas a fins permanentes e gerais, ou seja, com um conjunto de garantias, de poderes, de sujeições, de liberdades, de freios, que reduz a um sistema e unifica uma série de elementos em si e por si moderados. Isto significa que a instituição no sentido por nós delineado é a primeira, originária e essencial manifestação do direito. Este pode se manifestar somente em uma instituição, e a instituição, no entanto, existe e pode ser dita tal enquanto é criada e mantida viva pelo direito. ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 89-90.

<sup>17</sup> Acrescenta-se a visão de Paolo Grossi acerca das dimensões social e coletiva como decorrência da própria natureza social humana: “Dimensione sociale significa cogliere il soggetto come creatura relazionale, nei suoi rapporti con gli altri, rapporti che ne limitano il possibile arbitrio e, nello stesso tempo, lo arricchiscono, lo integrano. Dimensione sociale significa anche che il soggetto non può essere colto unicamente come titolare di diritti ingigantendo oltre misura (come si è fatto nella modernità) il suo egocentrismo, ma altresì di precisi doveri, ineliminabile conseguenza della sua recuperata (e per lui salvante) socialità.

No próximo tópico demonstra-se, com base em Santi Romano, como também a ideia de que o direito emana apenas do Estado é falsa ou ao menos insuficiente.

## 2. DA INSUFICIÊNCIA DA DOUTRINA QUE REDUZ DIREITO AO ESTADO

Desde o fim da Idade Média, mas sobretudo após a Revolução Francesa, o mundo ocidental acompanhou o surgimento e o ápice do fenômeno do Estado, que inclusive passou a ser considerado a categoria básica dos estudos de Ciência Política, Filosofia Política e inclusive da Ciência Jurídica. De um mundo fragmentado e pluralista como era o medieval, com cada dimensão da sociedade sendo capaz de produzir autonomamente o próprio direito, o Estado passou a concentrar em si cada vez maior competência para criar e aplicar o direito.<sup>18</sup> Paulatinamente as outras esferas sociais, como a religiosa, econômica, comunidades locais, perderam a autonomia para criar direito, ou no máximo poderiam ter seus poderes reconhecidos pelo Estado<sup>19</sup>, mas sempre em caráter inferior.<sup>20</sup>

Assim é o Direito ensinado ainda hoje nas faculdades de Ciência Jurídica espalhadas pelo Ocidente. O Direito é prerrogativa estatal, e mesmo aquele direito criado para além do Estado

---

Dimensione collettiva vuol dire qualcosa di più, e cioè che i rapporti sociali non restano disarticolati e, quindi, disorganici, ma soggiacciono a dei collegamenti dando vita a formazioni che potenziano le singole vitalità dei soggetti partecipi ai collegamenti: religiose (ed ecco la confraternita), economiche (ed ecco la corporazione professionale), lavorative (ed ecco il sindacato), politiche (ed ecco il partito)". GROSSI, Paolo. **Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno**. Genova: Marietti, 2015. p. 56.

<sup>18</sup> Para aprofundamentos na transição do direito medieval para o estatal-moderno ver, entre outros, Berman, Villey e as várias obras de Grossi citadas neste trabalho, mas em especial *Mitologias Jurídicas da Modernidade*. BERMAN, Harold. **Razão e Revolução**. São Paulo: Paz e Terra, 2004; VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005; GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Florianópolis: Boiteaux, 2004.

<sup>19</sup> Afirma Sacco: "A partir de certa data (digamos: a partir da Revolução Francesa), o Estado assumiu o poder de criar direito em todos os setores; de modo geral, ele negou ou reduziu a competência nesse âmbito das organizações territoriais menores. Esse Estado (cuja forma caricatural coincide com a República jacobina) não reconhece poder originário ao ordenamento internacional, não o reconhece aos ordenamentos religiosos, nem às entidades territoriais menores, nem às corporações de ofício. O direito é criado totalmente pelo Estado". SACCO, Rodolfo. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 88.

<sup>20</sup> "Cada Estado deve, sem dúvida, ser considerado como um ordenamento que, de fato, está separado dos outros Estados. Mesmo a comunidade internacional, não obstante o fato de ser uma instituição de instituições, é fruto de um ordenamento que pressupõe individualmente os ordenamentos dos Estados, mas, afirmando a independência e autonomia desses, não os incorpora no seu. Este princípio, que poderia ser chamado de pluralidade dos ordenamentos jurídicos, enquanto é incontestado no que se refere aos vários Estados bem como, ao menos na doutrina mais recente, no que diz respeito às relações entre o direito internacional e os direitos estatais, é também, por vezes, negado de uma forma enérgica no que concerne os demais ordenamentos jurídicos. Para estes se põe, frequentemente, a tese de que todos, sem exceções, devem ser reduzidos ao direito estatal. Antes, seria o Estado que imprimiria o seu caráter jurídico, seja quando os constitui diretamente, seja quando os reconhece. No caso em que não se tenha tal reconhecimento, como, por exemplo, no que se refere às instituições hostis ao Estado ou mesmo contrária aos princípios essenciais por este postos na base do seu direito, tais instituições deveriam ser consideradas antijurídicas, não somente a respeito do Estado, o que é natural, mas também em si e por si. Não existiriam, desse modo, outros ordenamentos jurídicos verdadeiros além daquele estatal e daquele inter-estatal. Os demais somente poderiam pertencer, de forma imediata ou mediata, ao primeiro, sendo elementos integrantes de seu sistema, ou, ao máximo, seus satélites. O direito seria somente uma força ou uma vontade, que se irradiaria do Estado (na comunidade internacional de vários Estados), e somente deste". ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 137-138.

necessita da outorga estatal (raciocínio válido inclusive para o direito internacional clássico).<sup>21</sup>

Santi Romano já denunciava a debilidade da argumentação teórica que tenta defender tal posição monopolista por parte do Estado quanto ao poder de regulamentar a vida social, a qual, basicamente, precisaria se ancorar na combinação de duas teorias: (1) a concepção naturalista da supremacia estatal<sup>22</sup> e (2) fundamento ético do Estado na visão hegeliana.

[...] não se saberia como teoricamente justificá-la a não ser assumindo, por um lado, que o direito positivo pode e deve ser somente um produto do direito natural e, por outro, que o único ente que tenha, ao menos hoje, a possibilidade de interpretar e traduzir nas suas leis o direito natural seja o Estado. Deste modo se chega àquela concepção de Estado do qual Hegel foi o mais sistemático e o mais sugestivo defensor. Se, com tal filósofo, se admite que o Estado é a totalidade ética, que ele é a irrupção de Deus no mundo, que deve ser honrado como algo mundano-divino, e que, antes, é um Deus real, então se está perante a um sistema o qual não se pode retirar a bases sem a elas contrapor outras. E quem o segue, pactuando, ao mesmo tempo, que compreenda e englobe totalmente o fenômeno jurídico no princípio ético, pode também ser dispensado de dar uma demonstração mais completa do assunto.<sup>23</sup>

A única forma de defender a supremacia absoluta do Estado na produção do direito é assimilar esta teoria que vê no Estado apenas uma das instituições, não basta sequer ver o Estado como a maior das instituições, é necessário vê-lo como encarnação divina, o próprio Deus materializado historicamente.

Tal argumentação, como se sabe, não é compartilhada por quase nenhum jurista atual que

---

<sup>21</sup> O Direito hoje só existe a partir ou reconhecido pelo Estado, salienta a maioria dos juristas. Estranhamente, afirma Mialle, a categoria 'Estado' é basicamente ignorada e não ensinada nas disciplinas da faculdade de Direito. "[...] todo os autores insistem no facto de hoje o essencial do direito ser estatal. O Estado constitui, pois, um elemento fundamental do conhecimento do direito, e, no entanto, ele encontra-se ausente da cadeira de introdução ao direito! Esta ausência não é neutra: é ela que oculta objectivamente a natureza do direito que é exposto. Porque, se o direito é feito pelo Estado, não é inocente esconder-se-nos o que é o Estado! Mas, poderéis dizer, basta ir consultar o curso de direito constitucional. Esta operação já não é satisfatória. Em primeiro lugar, o facto de separar em dois ensinamentos disintos o que deveria, na realidade, pertencer aos mesmos desenvolvimentos deixa supor que se trata de duas realidades diferentes". MIALLE, Michel. **Introdução crítica ao estudo do direito**. Lisboa: Estampa, 2005. p. 121. O autor prossegue, argumentando que a ausência do Estado nas disciplinas jurídicas serviria para ocultar o debate crítico daquilo que seria o Estado historicamente situado, ou seja, o Estado segundo a ideologia liberal, que é apenas um entre os tantos modelos teóricos já propostos de Estado. Alguns podem retrucar dizendo que o Estado é abordado na disciplina de Ciência Política, entretanto, limitar o Estado à Ciência Política equivale a dizer que é da Ciência Política que emana o regramento jurídico, o que é, em certo sentido, um raciocínio válido, mas exigiria a aceitação da tese de Schmitt, em contraposição àquela kelseniana. O que torna o cenário ainda mais nebuloso, pois a teoria de Schmitt raramente recebe a devida atenção pelos estudiosos contemporâneos.

<sup>22</sup> "É, de fato, próprio de tal concepção naturalista fazer com que o direito figure como atuação concreta – que deveria ser única e uniforme – de um princípio transcendente e absoluto, da justiça abstrata e eterna, e, portanto, negar o caráter de direito a todos os ordenamentos sociais que não possam ao menos ser considerados como tentativas, ainda que imperfeitas, de tal atuação, ou que, como não bastasse, se afirmam rebeldes em relação a esta ideia de justiça. A doutrina que vê no Estado o único órgão, ou, como se ouve dizer, o único produtor do direito, evidentemente se fundamenta nessas perspectivas, completadas com a outra – mais recente em determinados desenvolvimentos – que faz figurar no Estado o ente ético por excelência". ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 139-140. As concepções naturalistas aludidas por Romano certamente são as diversas teorias da filosofia política moderna que atribuem a origem estatal na própria natureza, como Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu, Grotius, Pufendorf, etc.

<sup>23</sup> ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 140.

defende a supremacia estatal. Estes, invariavelmente, recorrem ao constitucionalismo, à democracia, aos movimentos historicamente situados, como a Revolução Francesa, a Russa, as constituições dos Estados Unidos da América, México, de Weimar, e das teorias advindas do pós-Segunda Guerra Mundial.<sup>24</sup>

O problema de tais argumentações é que podem no máximo defender que o Estado é a maior das instituições, o que por si só é questionável, mas jamais que se trata da única instituição capaz de produzir direito. Se não é a maior, necessariamente deve-se reconhecer a existência de outras instituições capazes de produzir direito, ainda que em nível inferior.<sup>25</sup> Romano acrescenta que é inclusive impossível demonstrar um vínculo objetivo e causal do Estado em relação ao direito, ou seja, um nexos que demonstre ser o Estado a única instituição capaz de produzir direito.

De fato, qual poderia ser o nexos necessário entre o direito e o Estado, através do qual o primeiro somente possa ser imaginado como um produto do segundo? Não só é impossível demonstrar a existência deste nexos, como, ao contrário, se pode demonstrar que ele não existe. De fato, enquanto, se pode perfeitamente conceber o conceito de direito sem o Estado, é impossível definir o Estado sem recorrer ao conceito de direito. Este não é uma união material de seres humanos, um simples agregado de fato e casual, mas uma comunidade organizada, ou seja, um ente jurídico, um dos diferentes ordenamentos jurídicos que a realidade nos apresenta.<sup>26</sup>

A aceitação do Estado como superior ao direito equivaleria a defender a supremacia do Estado sobre a própria sociedade, algo ilógico, tendo em vista que é possível constatar inúmeras sociedades capazes de existirem organizadamente sem constituírem um Estado do ponto de vista moderno, mas é impensável o Estado sem a sociedade<sup>27, 28</sup>.

Romano acrescenta ainda que muitos autores sequer esboçariam alguma teoria filosófica para justificar a posição supremacista do Estado como produtor do direito, mas se limitariam a

---

<sup>24</sup> Para exposição mais detalhada ver Marcelo Neves. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

<sup>25</sup> “Do que foi afirmado se pode concluir que quem concebe o Estado como somente uma das formas – mesmo sendo ela a mais evoluída da sociedade humana -, sem portanto reconhecê-la como uma divindade, o que não se faz em relação às outras formas que o precederam ou que são contemporâneas a ele, deve também admitir que o ordenamento destas outras deve ser considerado como jurídico, não menos e a título não diferente do ordenamento estatal”. ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 141.

<sup>26</sup> ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 141.

<sup>27</sup> Talvez a única teoria aceitável aqui seja novamente a hegeliana, mas repete-se, seguir o raciocínio hegeliano exige também a aceitação da condição divina e suprema do Estado enquanto totalidade ética, o que, por consequência, é incompatível com as teorias contemporâneas do direito e do Estado. Não há como seguir simultaneamente as duas vertentes. Ademais, é importante salientar que a exposição hegeliana do Estado não é simplista, pois a centralidade deste se fundamenta no sentido de ser a instituição que resolve todas as contradições internas, como os interesses egoístas e econômicos do capitalismo da sociedade civil, aqueles das famílias, etc. Para aprofundamento da questão hegeliana sugere-se a consulta do próprio autor em HEGEL, G. W. F. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Loyola, 2010.

<sup>28</sup> Pasold enfatiza em ‘A função social do Estado contemporâneo’ a importância maior da Sociedade, ao ponto do autor sugerir ser indenfensável a grafia ‘sociedade’ (inicial minúscula), quando utiliza-se comumente a grafia ‘Estado’ (inicial maiúscula). PASOLD, César. **A Função Social do Estado Contemporâneo**. Itajá: UNIVALI, 2013.

afirmar que assim se constitui a realidade contemporânea. Entretanto, transformar a realidade contemporânea (limitada, diga-se, pois sequer abarca todas as sociedades contemporâneas), é certamente uma disposição preguiçosa a não enfrentar diretamente o problema.

É verdade que muitos entes que antes eram independentes em relação ao Estado ou, ao menos, mais independentes, agora se encontram atraídos para a sua órbita ou, se assim já o eram, em uma órbita ainda mais restrita. É também verdade que, por consequência disso, o ordenamento jurídico destes entes algumas vezes se fundiu com o ordenamento estatal de modo mais ou menos completo. Mas, deve ser negado do modo mais firme possível, que o sistema estatal tenha se tornado o único sistema do mundo jurídico. Melhor, deve ser negado que tal concentração seja materialmente possível.<sup>29</sup>

Em outras palavras, o fato de atualmente as sociedades ocidentais se constituírem na forma em que o ordenamento estatal atrai para a sua órbita os demais ordenamentos não significa que esta seria uma concepção absolutista e definitiva de direito. Isto não passaria de uma sacralização do presente, desprovida de fundamentação lógica. O papel do cientista jurídico não é defender ideologicamente determinada sociedade ou concepção de Estado ou direito, mas compreender o que é o fenômeno jurídico em sua realidade.

Demonstrado que conceitualmente é impossível defender a supremacia do Estado como único produtor do direito, o que obriga o estudioso a aceitar que o modelo atual não passa de apenas mais um modelo de direito e de Estado, não absoluto, não definitivo, não sagrado, cabe agora analisar se ele ainda é funcional como instrumento para captar a realidade contemporânea, cada vez mais capaz de escapar, contornar o sistema estatal. Ou seja: é o modelo consagrado capaz de enquadrar uma realidade sempre mais global, transnacional, complexa e fragmentada?

### **3. PLURALISMO JURÍDICO E ESPAÇOS TRANSNACIONAIS**

#### **3.1 Relações Transnacionais**

A obra de Marcel Merle<sup>30</sup> é importante para compreender as várias dimensões interdependentes no cenário transnacional<sup>31</sup>. A obra pode ser situada em um período de transição na teoria das relações internacionais, pois se de um lado não deixa de analisar questões importantíssimas para os estudiosos tradicionais, como a luta pelo poder, enfatizando a

---

<sup>29</sup> ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. p. 142.

<sup>30</sup> MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 1981.

<sup>31</sup> Outro autor fundamental para compreender a transição é Robert Keohane. Ver KEOHANE, Robert. **Power and Interdependence**. Boston: Longman, 2012.

importância do aspecto militar, por outro lado não ignora o movimento histórico que exige a introdução de novos debates, como o surgimento de novos atores internacionais e as relações de interdependência que influenciam nas ações, tais como a opinião pública internacional e as organizações internacionais.

A obra divide-se em quatro partes, sendo que as últimas três podem constituir-se em um segundo momento separado do primeiro. Na primeira parte o autor trabalha as diversas concepções das relações internacionais, partindo do conceito clássico, passando pelo conceito marxista e por fim pelos conceitos sociológicos de inspiração anglo-saxônica. Encerra-se com reflexões sobre a possibilidade de uma teoria das relações internacionais e com o ponto de partida para o seu projeto teórico, a ser desenvolvido nas três partes seguintes.

As outras três partes são articuladas em uma abordagem sistêmica, que tenta desenvolver ideias provenientes de várias áreas do conhecimento, apresentando o campo de estudos das relações internacionais com riqueza multidisciplinar.

A definição metodológica é essencial para Merle, pois lhe permite desmembrar as várias partes do objeto de estudo para analisá-los particularmente, mas sob a influência de diversas ciências (economia, sociologia, direito, política, psicologia, etc.) bem como depois visualizá-lo em sua globalidade e unidade. Nesse sentido, as três partes são o meio internacional (segunda parte), os atores (terceira parte) e o sistema internacional (quarta parte). Isto, porque, para se compreender o funcionamento de um sistema é preciso colocá-lo em seu contexto:

Proponho chamar sistema internacional o conjunto de relações entre os principais atores que são os Estados, as organizações internacionais e as forças transnacionais. Como consequência, o contexto será constituído pelo conjunto dos fatores (natural, econômico, tecnológico, demográfico, ideológico), cuja combinação influi sobre a estrutura e sobre o funcionamento do sistema. Mas deve ficar claro que as relações entre o sistema e o contexto assim definido têm um duplo sentido: as mudanças ocorrendo na dimensão, na estrutura e no funcionamento do sistema têm a possibilidade de influir, por sua vez, sobre todos os fatores que constituem o contexto.<sup>32</sup>

Observa-se então a complexidade da análise, pois os fatores influenciam o funcionamento do sistema, mas este, por sua vez, a partir da composição das suas mudanças estruturais internas influenciam também nos fatores que constituem o contexto.

Mais adiante Merle discutirá que de fato a utilização do termo 'sistema' para sistema internacional pode ser alvo de discussão, pois um sistema implica uma dimensão interna e uma

---

<sup>32</sup> MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 1981. p. 114.

dimensão externa na qual está inserido. Contudo, um sistema internacional envolve todo o globo, de modo que não há uma esfera externa a este sistema. De qualquer forma, a abordagem sistêmica oferece instrumentos válidos para análise.<sup>33</sup>

Na seção dedicada ao meio internacional o autor trabalha os cinco fatores que influenciam no contexto das relações internacionais: o fator natural, o fator técnico, o fator demográfico, o fator econômico e o fator ideológico.<sup>34</sup>

Dentro do fator natural descarta-se a teoria dos climas, e entende-se como relativa a influência da geopolítica. Já a distribuição dos recursos em esfera global traz influência importante, uma vez que revela desigualdades sociais entre os países, permitindo o estabelecimento de relações de dependência entre nações do terceiro para com o primeiro mundo. Por sua vez, a discussão da limitação dos recursos deflagra a polêmica de um possível término dos recursos naturais do planeta. Contudo, o autor conclui que o fator natural não termina por determinar o modo de vida das pessoas e nações.<sup>35</sup>

Já o fator técnico possui influência bem mais determinante, pois Merle chega a afirmar que o desenvolvimento tecnológico possui relevância muito maior nas transformações do mundo no final do século XX que o capitalismo ou o socialismo. O autor menciona McLuhan para enfatizar as bruscas mudanças provocadas pelas novas tecnologias na vida das pessoas em todo o globo, aproximando a era de uma possível aldeia global, provocando certa uniformização dos indivíduos, uma vez que a tecnologia é voltada cada vez mais a veículos de massa.<sup>36</sup>

Além disso a tecnologia é causa de protagonismo econômico, pois possuir as mais avançadas tecnologias, seja no campo da comunicação ou mesmo militar, garante vantagem nas negociações e demais relações com outras nações ou atores internacionais.

O fator demográfico também influencia na medida em que, para Merle, acentua as desigualdade sociais, pois a má distribuição de recursos concentra o poder nas mãos de umas poucas nações. Além disso, gera os fenômenos migratórios, provocando a atração de tantos indivíduos aos países mais desenvolvidos.

Os três fatores já elencados possuem estreita relação com o fator econômico. Nesta seção

---

<sup>33</sup> MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 1981.

<sup>34</sup> MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 1981.

<sup>35</sup> MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 1981.

<sup>36</sup> MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 1981.

o autor apresenta as interpretações liberais e marxistas da ordem econômica internacional. O autor destaca que naquele período em que escreveu, o cenário era de evidente derrocada dos países comunistas, pois já deviam economias exorbitantes aos ocidentais. Merle indica ainda que os comunistas identificaram outras realidades presentes na economia internacional ignoradas pelos liberais, como isto ser causa de flagrante desigualdade para com os países de terceiro mundo. A crítica que se faz aos comunistas, contudo, é que reduzem todas as discussões a interpretações econômicas. Merle assinala ainda que os liberais identificam a existência das desigualdades econômicas, mas que defendem ser o estágio atual enfrentado pelos países de terceiro mundo apenas uma transição às sociedades modernizadas. Já o terceiro mundo levanta a voz para defender que sua pobreza não se reduz a isto, mas a um sistema de colonização de séculos.

Sobre o fator ideológico ele é importante, mas tende cada vez mais a receber efeitos das relações internacionais uma vez que o desenvolvimento técnico aproxima as pessoas e permite uma comunicação mais fácil e rápida.

Estes fatores influenciam nas ações dos atores internacionais, tema da terceira parte.

A análise inicia-se com o Estado, o mais tradicional dos atores. Contudo, o autor salienta que o Estado deve ser visto também em sua estrutura interna, pois o fato, por exemplo, de reunir os cargos de chefe de Estado e governo em uma só ou duas pessoas define graus de autonomia de ação para as lideranças governamentais. Além disso há países em que muito mais que o homem de Estado quem governa são os partidos políticos. Por fim, não se pode esquecer da importância da opinião pública, ainda que esta em muitos casos se atenha mais a assuntos internos que externos, o que pode constituir uma relativização do impacto da população nos assuntos internacionais. O capítulo encerra-se com a apresentação de uma hierarquia entre as nações, tendo em vista os níveis de aspirações de cada uma.<sup>37</sup>

Outros atores são as organizações intergovernamentais, como a ONU e a OIT. Merle discute recorrendo a vários autores se estas organizações poderiam ser consideradas atores individuais ou se não passariam de veículos que transmitem as vontades das potências dominantes. Contudo, uma vez que ela recebe vozes de tantas nações, o que inclusive contribuiu para formação de um espaço democrático onde os países do terceiro mundo declararam o seu

---

<sup>37</sup> MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 1981.



direito ao desenvolvimento, é notório a sua emancipação. O fato de elas terem sido decisivas na elaboração do mapa das nações com o final da II Guerra Mundial também ajuda a compreender a situação. É certo, também, que elas exercem influência forte nas decisões das várias potências que a elas estão integradas.<sup>38</sup>

Os últimos atores são as organizações privadas ou pelo menos não estatais e a opinião pública internacional. É essencial destacar o poder crescente que vem conquistando empresas transnacionais, capazes de rivalizar diretamente com os Estados, o que revela também a dissociação cada vez mais clara entre poder político e poder econômico. Empresas transnacionais e ONGs são atores importantes porque inserem indivíduos diretamente em contato com indivíduos de outras nações, sem passarem pela intermediação dos Estados.

Já a opinião pública internacional, por mais que tenha importância, é mais comum vê-la refletindo ecos particulares e vontades específicas de cada nação ou grupo. Isto é, cada um reclama conforme o seu interesse.

Estes diversos atores revelam as dificuldades que enfrenta o sistema internacional para se autorregular, já que não há uma ordem institucionalmente estabelecida.

Além disso estabelecem-se jogos de força entre os países que revelam as contradições do sistema. Contudo, decisivo parece ser o surgimento das relações de interdependência entre os atores, situação alargada com o desenvolvimento tecnológico, que facilita o transporte e a comunicação, ou seja, aproxima os sujeitos na esfera internacional.<sup>39</sup>

A interdependência é tanto econômica como política. Na área econômica é mais evidente, sobretudo no mundo liberal, pois fluxos de inflação, por exemplo, podem desencadear ondas de desemprego que afetam várias nações. No campo político Merle dá o exemplo da revolução chinesa, que tirou bilhões de pessoas do mundo ocidental, e transformou Cuba em uma ponta socialista imersa no mundo capitalista.<sup>40</sup>

Contudo, isso não significa que os Estados-nação irão desaparecer, pois eles seguem sendo os atores de maior força no cenário internacional. Mas o que não se pode esconder é que a autonomia e o poder que hoje carregam já não são as mesmas de outras épocas, sobretudo porque não podem ignorar o impacto de atores internacionais como as empresas transnacionais e

---

<sup>38</sup> MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 1981.

<sup>39</sup> MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 1981.

<sup>40</sup> MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**.

as organizações intergovernamentais.

As reflexões sobre as profundas transformações no espaço internacional e transnacional poderia receber tratamento bem mais extenso, mas por hora pode-se dar por suficiente o que foi apontado por Merle.<sup>41</sup>

Na sequência observa-se de que modo o pluralismo jurídico pode impactar a visão dos espaços transnacionais. O objetivo é demonstrar como o pluralismo jurídico é a concepção adequada para compreender as regulamentações jurídicas dos espaços transnacionais.

### 3.2 Regulamentações Jurídicas em Espaços Transnacionais

Para Tamanaha<sup>42</sup> são seis os modelos mais comuns de ordenamentos jurídicos encontrados atualmente:

- Sistemas oficiais: são os ordenamentos nacionais e também os acordos e tratados assinados pelos Estados nacionais, ou seja, inclui nesta definição tanto as regras de direito nacional como internacional, porque ambos giram em torno da noção moderna de Estado. É certo que mesmo este sistema oficial apresenta inúmeras nuances conflitivas, dependendo do contexto, pois há conflitos de normas municipais, estaduais (provinciais) e federais em Estados federais, conflitos entre regras nacionais e tratados internacionais assinados pelos próprios países, e entre ordenamentos nacionais e aqueles supranacionais, como ocorre em conflitos entre as normas nacionais dos países europeus e aquelas que decorrem do próprio ordenamento da Comunidade Europeia. Ainda assim, como todos estes ordenamentos são 'oficiais', isto é, são os ordenamentos normalmente ministrados nas faculdades de Direito e aplicados pelos tribunais nacionais e internacionais, são todos normalmente categorizados como 'ordenamentos oficiais'<sup>43</sup>;

- Ordenamentos costumeiros (direitos tradicionais): são os ordenamentos de comunidades locais, como tantos povos indígenas latinoamericanos, tribos africanas, povos aborígenes australianos, dentre outros inúmeros exemplos espalhados pelo globo. Em geral são regras não-

---

<sup>41</sup> Sugere-se, em especial: CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012; CRUZ, Paulo Márcio, OLIVIERO, Maurizio. Fundamentos de Direito Transnacional. In: ROSA, Alexandre Morais da, STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito Global: Transnacionalidade e Globalização Jurídica**. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 33-52.

<sup>42</sup> TAMANAHA, Bryan. **Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global**. Sydney Law Review, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper N. 07-0080. p. 37.

<sup>43</sup> TAMANAHA, Bryan. **Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global**. Sydney Law Review, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper N. 07-0080. p. 37-38.

escritas, transmitidas oralmente gerações após gerações, ancoradas em práticas ritualísticas advindas da própria religiosidade local, e que incluem algum líder tribal como responsável pela resolução dos conflitos internos<sup>44</sup>;

- Ordenamentos de matriz religiosa: nesta categoria podem ser incluídos tanto os ordenamentos que seguem orientações religiosas, como é o caso do Irã e de tantos países islâmicos, em que o jurista não deve apenas conhecer as leis emanadas do Estado, mas também aquelas advindas da própria tradição islâmica, como os ordenamentos especificamente de organizações religiosas, como é o caso do direito canônico da Igreja Católica<sup>45</sup>;

- Ordenamento transnacional do sistema capitalista: aqui a famosa *lex mercatoria* contemporânea surge como melhor exemplo. As megacorporações transnacionais possuem relações comerciais por todo o planeta, gerando contratos privados e regras financeiras não submetidas a qualquer ordenamento nacional, mas aplicadas consensualmente entre os próprios atores. Assim como na Idade Média havia o direito mercantil cosmopolita, respeitado e seguido por todos os comerciantes regularmente organizados nas corporações de ofício, hoje constata-se uma série de relações privadas capitalistas instituídas inteiramente pelos próprios agentes<sup>46</sup>;

- Sistemas normativos funcionais: são os ordenamentos internos de diversas dimensões da vida social. Por exemplo, as competições esportivas oficiais seguem regramentos criados pelas próprias organizações, às quais possuem muitas vezes possuem seus próprios tribunais. É o caso do futebol, regulamento mundialmente pela FIFA e pelas confederações e federações nacionais vinculadas a ela. Outro exemplo é o próprio ciberespaço da internet, que embora também receba a incidência dos ordenamentos nacionais, possui suas próprias regras e instituições. Os endereços das páginas não são distribuídos e criados com base em ordenamentos nacionais, mas pelas regras estipuladas pela *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – ICANN*<sup>47</sup>;

- Sistemas comunitários locais: esta seria a categoria mais genérica e vaga de todas, embora extremamente essencial, pois condiz com a realidade de tantas pessoas em todo o

---

<sup>44</sup> TAMANAHA, Bryan. **Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global.** Sydney Law Review, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper N. 07-0080. p. 38-39.

<sup>45</sup> TAMANAHA, Bryan. **Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global.** Sydney Law Review, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper N. 07-0080. p. 38.

<sup>46</sup> TAMANAHA, Bryan. **Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global.** Sydney Law Review, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper N. 07-0080. p. 39-40.

<sup>47</sup> TAMANAHA, Bryan. **Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global.** Sydney Law Review, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper N. 07-0080. p. 39—40.

planeta. Nos países europeus cada vez mais multiculturais muitos imigrantes não seguem apenas os ordenamentos nacionais de onde vivem, mas também as regras tradicionais e religiosas a qual se filiam, como é o caso de tantos muçulmanos, que devem observar tanto as leis nacionais e da Comunidade Europeia como também aquilo que comanda o Corão e demais textos sagrados de sua tradição. E este tema sequer exige que o foco seja nas comunidades de imigrantes, pois mesmo no Brasil encontra-se tantos conflitos entre o ordenamento nacional oficial e as orientações religiosas seguidas por parte considerável dos cidadãos.<sup>48</sup>

Poder-se-ia acrescentar uma sétima categoria, aquela dos ordenamentos considerados ilícitos pela maioria dos demais ordenamentos, como as várias correntes mafiosas, organizações de tráfico e lavagem de dinheiro, etc. O fato de ordenamentos oficiais considerarem tais ordenamentos como ilícitos não retira a validade do fato de que são, por si só, ordenamentos, conforme demonstrado por Santi Romano em tópico já abordado.

Mais adiante Tamanaha<sup>49</sup> apresenta alguns dos principais tipos de conflitos entre ordenamentos jurídicos na contemporaneidade, entre eles:

- Liberais (individualistas) vs não-liberais (não-individualistas): certamente um dos mais fecundos conflitos, pois coloca frente a frente a maioria dos ordenamentos nacionais oriundos da tradição ocidental contra as nações que seguem tradições jurídicas e culturais distintas. Temas como tabus religiosos, direitos humanos e de liberdades individuais são os principais focos de conflitos, além das visões distintas daquilo que seria a melhor forma de governo e organização social. Deve-se salientar que parte considerável das intervenções militares de países ocidentais em nações islâmicas nas últimas décadas tiveram este conflito como justificativa ou pretexto;

- Ordenamentos capitalistas e de mercado vs normas costumeiras, religiosas e comunitárias: as práticas mercantis e do grande sistema capitalista transnacional muitas vezes choca-se com as regras milenares de várias comunidades ao redor do globo. Como exemplo cita-se o conflito entre as regras de Propriedade Intelectual e os conhecimentos tradicionais de comunidades indígenas<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> TAMANAHA, Bryan. **Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global.** Sydney Law Review, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper N. 07-0080 p. 39-40.

<sup>49</sup> TAMANAHA, Bryan. **Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global.** Sydney Law Review, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper N. 07-0080, p. 55-57.

<sup>50</sup> FRANCO, Natalia. Un enfoque diferente para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. **Estudios Socio-Jurídicos**, v. 9, n. 1, Bogotá, 2007.

- Regras baseadas em vencedores e perdedores vs regras baseadas em resoluções consensuais que visam a mútua satisfação: em geral este conflito se dá entre os métodos mais comuns de resolução de conflito nos direitos ocidentais, em que uma das partes no processo tende a sair como a vitoriosa, e os ordenamentos de várias comunidades locais, em que se visa a solução conjunta. Também coloca em conflito as regras comuns de direito contra aquelas que favorecem a mediação e arbitragem, cada vez mais frequentes nas grandes relações econômicas do mercado transnacional.

De modo mais objetivo e preciso Teubner e Korth<sup>51</sup> sintetizam que a realidade contemporânea apresenta basicamente dois tipos de conflitos: territorial-segmental e temático-funcional. O primeiro refere-se ao local, seja ele físico ou não, e a qual ordenamento ele está submetido. Uma comunidade indígena situada em território brasileiro deve respeitar o ordenamento oficial brasileiro além daquele tradicional? As relações na internet, a qual ordenamento se submetem? O segundo conflito refere-se a temas. O esporte deve ser regulamentado apenas nacional ou respeitado nas determinações privadas das próprias organizações que o comandam? Ou seja, o conflito sempre decorre acerca do espaço (lugar) ou da matéria (tema).

Estas duas percepções de conflitos, na visão dos autores, conduzem ao entendimento da aceitação de existência de um sistema jurídico global, explicitamente ou implicitamente intuído.

To gain a more precise understanding of this, one must proceed from the assumption that law, following the logic of functional differentiation, has established itself globally as a unitary social system beyond national laws. A unitary global law reproduces itself through legal acts which are guided by different programs but are in the end oriented towards the binary code legal/illegal. The unity of global law is just not, as in the nation state, based on the consistency of legal norms structurally secured by the hierarchy of courts; rather, it is process-based, deriving simply from the modes of connection between legal operations, which transfer binding legality between even highly heterogeneous legal orders.<sup>52</sup>

Esta noção de direito como uma manifestação inerente ao mundo, e que se desdobra em inúmeros ordenamentos locais, nacionais, internacionais, transnacionais e temáticos, é uma concepção jurídica que permite a compreensão bem mais adequada do fenômeno do direito em espaços transnacionais, pois entende ser o direito não mera produção estatal, mas decorrência

---

<sup>51</sup> TEUBNER, Günther; KORTH, Peter. **Two Kinds of Legal Pluralism**: Collision of Transnational Regimes in the Double Fragmentation of World Society. Oxford: Oxford University Press, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1416041>

<sup>52</sup> TEUBNER, Günther; KORTH, Peter. **Two Kinds of Legal Pluralism**: Collision of Transnational Regimes in the Double Fragmentation of World Society. Oxford: Oxford University Press, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1416041>. p. 4-5.

lógica das interrelações humanas. Partindo desse entendimento sempre existiu e existirá uma visão global de relações jurídicas, sendo a diferença apenas a sua transformação conforme a mudança dos períodos históricos.<sup>53</sup>

O processo de colonização europeia nos demais continentes apresentou inevitáveis dilemas de ordenamentos jurídicos totalmente distintos, pois portugueses, espanhóis, ingleses, franceses, entre outros povos, possuíam concepções jurídicas diversas daquelas praticadas pelos povos aborígenes das regiões conquistadas. Ou seja, sempre haverá conflito de ordenamentos. A novidade da sociedade contemporânea é a intensificação e diversificação dos conflitos, que já não são apenas internacionais, mas transnacionais, pois já é possível conceber ordenamentos não dependentes dos Estados nacionais.

Portanto, a concepção aqui apresentada é coerente com aquilo que foi exposto por Santi Romano nos tópicos anteriores. As considerações finais apresentam indicações de como o pensamento de Romano pode contribuir para o melhor entendimento da regulamentação dos espaços transnacionais.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A partir do que foi exposto parece incompatível o estudo dos fenômenos jurídicos tão diversos e fragmentados que podem ser constatados nos espaços transnacionais com a concepção tradicional advinda do direito moderno, que vê o direito como produção monopolizada pelo Estado.

O Estado parece incapaz de regulamentar questões de comércio transnacional que transcendem suas fronteiras, bem como temáticas de relações oriundas do ciberespaço, de comunidades tradicionais, de combate ao crime organizado (incluindo aquilo que comumente se chama por terrorismo), hoje já plenamente ativo de modo transnacional, sem precisar se fixar em territórios nacionais.

Sendo assim, a visão de direito como algo para além do Estado não parece ser apenas uma proposta de matriz ideológica, mas uma necessidade temporal. A atitude epistemológica que entende ser o direito originado de diversas fontes, não apenas a estatal, pode ser reunida sob a

---

<sup>53</sup> Para aprofundamento na concepção apresentada ver as obras EHRlich, Eugen. **Fundamentos de Sociologia do Direito**. Brasília: Editora da UnB, 1967 e TEUBNER, Günther. **Global Bukowina: Legal Pluralism in World Society**. In: TEUBNER, Günther (Org.). *Global Law without a State*. Brookfield: Dartmouth, 1997. p. 3-28.

denominação de 'pluralismo jurídico'.

O problema é que, em geral, os autores que defendem o pluralismo jurídico como paradigma para as relações jurídicas nos tempos atuais, muitas vezes falham na tentativa de oferecer um conceito de direito, pois seria difícil encontrar uma definição de direito ou de lei que pudesse abranger tanto aquilo que entende-se por direito estatal como o internacional, das comunidades tradicionais, *lex mercatoria* contemporânea, etc. Desse modo, em geral os autores partem para uma posição 'não-essencialista', no sentido de que é desnecessário definir precisamente o que seja o direito, bastando ver como direito aquilo que seus destinatários entendem por direito. De modo prático e pragmático, esta visão funciona, produz resultados interessantes, pois permite a aplicação da teoria do pluralismo jurídico.

No entanto, um cientista sempre sente o desconforto de estudar algo sem antes saber exatamente *o que é* aquilo que está estudando.

O conceito de direito de Santi Romano, que compreende o direito como instituição, como ordenamento, responde este vácuo teórico. É notável que Santi Romano tenha escrito tal teoria já em 1918 (ainda que com revisões posteriores), ou seja, respondeu ao problema do conceito do direito no pluralismo muitas décadas antes de o pluralismo jurídico renascer entre os teóricos.

Para Romano, direito é instituição, é atitude de uma sociedade. Não há sociedade sem direito. A partir do momento que pessoas se reúnem, convivem, juntam esforços, bens, potencialidades, para produzir algo que entendem explicitamente ou implicitamente como bem comum, como algo valioso e essencial a todos os membros, imediatamente são postas, também explicitamente ou implicitamente, regras que regulamentam os comportamentos entre os envolvidos. Isto vale para o Estado, uma das instituições mais sofisticadas já criadas pelo ser humano, mas vale também para a família, para a tribo, para as comunidades primitivas, para a Igreja Católica e seu direito canônico, para o direito internacional, para a *lex mercatoria* transnacional, para as regulamentações de áreas temáticas (como a FIFA e suas federações afiliadas, que regulamentam o futebol), e inclusive para os fenômenos que em geral são vistos como ilícito pelos demais ordenamentos, isto é, as sociedades criminosas (ex: máfia, organizações terroristas, etc.).

Toda instituição é distinta dos membros que a compõem, no sentido de que ela visa alcançar objetivos não possíveis à breve existência humana. Um ser humano vive em média

setenta anos, mas uma linhagem familiar, com suas regras de sucessão de patriônio, de distribuição de poderes e deveres, pode atravessar séculos, o mesmo valendo para Estados, comunidades, organizações empresariais, bem como qualquer instituição criada pelo homem.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERMAN, Harold. **Razão e Revolução**. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BERMAN, Paul. The New Legal Pluralism. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 5, p. 225-242. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1505926](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1505926).

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1996.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: UNIVALI, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio, OLIVIERO, Maurizio. Fundamentos de Direito Transnacional. In: ROSA, Alexandre Moraes da, STAFFEN, Márcio Ricardo. **Direito Global: Transnacionalidade e Globalização Jurídica**. Itajaí: UNIVALI, 2013, p. 33-52.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos de Sociologia do Direito**. Brasília: Editora da UnB, 1967.

FRANCO, Natalia. Un enfoque diferente para la protección de los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas. **Estudios Socio-Jurídicos**, v. 9, n. 1, Bogotá, 2007.

HEGEL, G. W. F. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Loyola, 2010.

HESPANHA, António. **Cultura Jurídica Europeia**. Florianópolis: Boiteaux, 2005.

GROSSI, Paolo. **L'Ordine Giuridico Medievale**. Roma: Laterza, 2001.

GROSSI, Paolo. **Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno**. Genova: Marietti, 2015.

GROSSI, Paolo. **Mitologias Jurídicas da Modernidade**. Florianópolis: Boiteaux, 2004.

KEOHANE, Robert. **Power and Interdependence**. Boston: Longman, 2012.

LOCCHI, Maria Chiara. Breves Reflexões sobre o pluralismo jurídico como paradigma fundamental do direito contemporâneo em sociedades ocidentais altamente diferenciadas. **Revista Brasileira de Direito**, V. 10, Nº. 2, 2014, p. 74-84.

MERLE, Marcel. **Sociologia das Relações Internacionais**. Brasília: Editora da UnB, 1981.



- MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao estudo do direito**. Lisboa: Estampa, 2005.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- PASOLD, César. **A Função Social do Estado Contemporâneo**. Itajá: UNIVALI, 2013.
- ROMANO, Santi. **O Ordenamento Jurídico**. Florianópolis: Boiteaux, 2008.
- SACCO, Rodolfo. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- TAMANAH, Bryan. **A non-essentialist version of legal pluralism**. J. Law. Soc, v. 27, n. 2, p. 296-321.
- TAMANAH, Bryan. **Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global**. Sydney Law Review, v. 29, 2007, St. John's Legal Studies Research Paper N. 07-0080.
- TEUBNER, Günther. **Global Bukowina: Legal Pluralism in World Society**. In: TEUBNER, Günther (Org.). **Global Law without a State**. Brookfield: Dartmouth, 1997. p. 3-28.
- TEUBNER, Günther; KORTH, Peter. **Two Kinds of Legal Pluralism: Collision of Transnational Regimes in the Double Fragmentation of World Society**. Oxford: Oxford University Press, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1416041>.
- VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: elementos para uma nova cultura do direito**. São Paulo: Alfa Ômega, 1994.

# A POSTURA PREVENTIVA ADOTADA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: NOÇÕES DE “DEVER DE PROTEÇÃO” DO ESTADO COMO FUNDAMENTO PARA A UTILIZAÇÃO DAS “SENTENÇAS ESTRUTURANTES”<sup>1</sup>

Douglas Matheus de Azevedo<sup>2</sup>

Mônia Clarissa Hennig Leal<sup>3</sup>

## INTRODUÇÃO

A conturbada história da América Latina legou, dentre outros aspectos, um certo atraso na efetiva proteção dos direitos humanos, com sistemas deficitários em diversas áreas, sendo a saúde pública uma delas. Situação mais precária ainda enfrentam os portadores de deficiências mentais e também seus familiares, que, muitas vezes precisam de lidar com equipes médicas ou de apoio complementar despreparadas para as múltiplas necessidades especiais que esses pacientes demandam.

Tal situação de precariedade nos serviços e a omissão estatal na prestação da devida fiscalização resultaram na morte de Damião Ximenes Lopes, culminando na primeira condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sentença de grande relevância para os portadores desse tipo de deficiência. Muito além de tão somente indenizar os familiares da

---

<sup>1</sup> Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Dever de proteção (Schutzpflicht) e proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) como critérios para o controle jurisdicional (qualitativo) de Políticas Públicas: possibilidades teóricas e análise crítica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), onde os autores atuam na condição de participante e de coordenadora, respectivamente. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

<sup>2</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista CAPES. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Univates (2014). Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Drª Mônia Clarissa Hennig Leal. Contato: <doug.azevedo2@gmail.com>.

<sup>3</sup> Com Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

vítima, a decisão transcende o interesse das partes e impõe ao Estado medidas positivas, buscando prevenir que novas violações da mesma natureza voltem a ocorrer.

Torna-se relevante, assim, uma análise dos fundamentos utilizados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos para a ampliação do alcance de suas sentenças, por tratar-se de medida que impõe comandos positivos que alteram o funcionamento do Estado dentro do âmbito da proteção dos portadores de deficiência mental (o que corrobora diretamente com noções de “sentença estruturante”).

Assim, busca-se, num primeiro momento, discorrer acerca das principais alterações ocorridas na teoria constitucional após a Segunda Guerra Mundial, especialmente no que concerne à dignidade humana, tida como valor máximo dos ordenamentos jurídicos constitucionais, bem como o desenvolvimento das noções de dimensão objetiva dos direitos fundamentais e do “dever de proteção” estatal.

Ao final, procede-se a uma análise do caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, de 2006, sobretudo em suas medidas de reparação e prevenção e na fundamentação utilizada, no intuito de verificar se a Corte Interamericana faz uso, mesmo que de forma não expressa, das noções de “dever de proteção estatal” na ampliação do alcance e objeto de suas sentenças e como base para a utilização de noções das chamadas “sentenças estruturantes”.

## **1. A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS E A TEORIA DO “DEVER DE PROTEÇÃO” ESTATAL**

O final da Segunda Guerra Mundial representa o marco de inúmeras alterações na ordem estatal e jurídica dos países ocidentais, com o fortalecimento da noção de democracia, tendo como referencial a dignidade da pessoa humana, tido como princípio orientador da atuação do Estado e dos próprios organismos internacionais<sup>4</sup>.

A dignidade humana é considerada como princípio intrínseco a todo ser humano, sendo uma qualidade que pressupõe respeito tanto de seus semelhantes quanto do próprio Estado<sup>5</sup>, envolvendo, portanto, uma ampla gama de direitos e deveres no sentido de assegurar a plena

---

<sup>4</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 130.

<sup>5</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001. p. 60.

integridade da pessoa em face de atos degradantes/desumanos e garantindo, ainda, condições existenciais mínimas.

Nesse contexto de profundas alterações, também se faz importante destacar o fato de que as Constituições não mais adotam como exclusivo o critério de validade a vontade da maioria, preocupando-se, também, em tutelar os direitos de grupos minoritários ou que não possuem representação direta (caráter contra-majoritário), funcionando, assim, como um mecanismo de estabilidade social.<sup>6</sup>

Dentre os novos elementos da teoria e da dogmática dos direitos fundamentais que desempenham papel estratégico no sentido de sua implementação e garantia encontra-se, por sua vez, a noção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cuja gênese e desenvolvimento conceitual remetem ao “paradigmático” Lüth-Urteil, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão em 1958.

O litígio originou-se após a iniciativa de Erich Lüth, presidente do Clube de Cinema da cidade de Hamburgo, de incentivar os proprietários e o público a boicotar a exibição de um filme nas sessões locais, sob o argumento de que o diretor, ex-membro do partido nazista. O filme, por sua vez, não fazia qualquer alusão ao regime, mas mesmo assim foi um fracasso de arrecadação, o que levou tanto o diretor quanto a equipe de produção a ingressarem com uma ação buscando reparação pelos prejuízos oriundos do boicote.

Em primeira instância e utilizando como fundamentação o Código Civil, o caso foi julgado favorável aos produtores da película. Contudo, em sede de recurso, o Tribunal Constitucional reverteu a decisão, sob o argumento de que ela violava o direito fundamental à liberdade de expressão. Ao solucionar a querela entre particulares, a Corte avança ao perceber a relação não apenas a partir da perspectiva da responsabilidade civil, dando-lhe um novo espectro ao julgá-la a partir da Constituição. A partir daí, erige o entendimento de que a Lei Fundamental não é neutra, mas sim uma ordem objetiva de valores, devendo os seus conteúdos condicionar e influenciar a interpretação e aplicação de todos os ramos do Direito.<sup>7</sup>

Estabelece-se, pois, a compreensão de que os direitos fundamentais são dotados de uma

---

<sup>6</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

<sup>7</sup> Esta concepção abre espaço, na sequência, para o fenômeno de constitucionalização do Direito e para a noção de “interpretação conforme à Constituição”.

dupla dimensão: uma subjetiva, enquanto direitos exigíveis por seu titular em face do Estado; e uma objetiva, que segue uma lógica de “proteção através do Estado” e impõe um dever de adequação da ordem jurídica no sentido de sua realização, a partir do momento em que são compreendidos como “diretivas e impulsos” vinculantes para todos os Poderes<sup>8</sup>, que devem atuar em plena consonância com os direitos fundamentais. Daí falar-se em uma “eficácia de irradiação” (*Austrahlungswirkung*) desses direitos, tidos como base fundante não só do ordenamento jurídico, mas de toda a comunidade<sup>9</sup>. Corroborando com o até aqui exposto, cumpre transcrever os apontamentos de Novais:

[...] desenvolve-se nos Estados sociais e democráticos de Direito do pós-guerra, mesmo que difusamente, a noção de que, para além da sua dimensão subjectiva, os direitos fundamentais constituem, no seu conjunto, um sistema ou ordem objectiva de valores que legitima uma ordem jurídico-constitucional do Estado, que condiciona constitutivamente toda actuação dos poderes constituídos e que irradia uma força expansiva a todos os ramos do Direito<sup>10</sup>.

Além dessa vinculação vertical, verifica-se, ainda, uma vinculação horizontal, em face de terceiros (*Drittwirkung*), ou seja, da dimensão objetiva atribuída a esses direitos também decorre uma proteção do indivíduo contra abusos provenientes de outros indivíduos, isto é, dá-se, igualmente, uma vinculação dos particulares<sup>11</sup>.

É a partir destas construções que surge, por sua vez, a noção de “dever de proteção” (*Schutzpflicht*). Isto porque, se, de um lado, esses direitos coíbem o Estado de agir, no intuito de proteger as liberdades individuais do indivíduo perante a própria ação estatal (direitos de defesa), por outro o dever de proteção procura proteger o indivíduo de ameaças oriundas não do Estado, “mas de atores privados, forças sociais ou mesmo outros desenvolvimentos controláveis pela ação estatal”<sup>12</sup>.

Esta teoria do “dever de proteção” é ampliada, mais tarde, no julgamento conhecido como “segunda decisão do aborto”, que versa a constitucionalidade da legislação penal que previa a

---

<sup>8</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana**. p. 66.

<sup>9</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 65.

<sup>10</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 67.

<sup>11</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana**. p. 68.

<sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do Estado: o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecente”?** Publicado em 11.07.2008. Disponível em <<http://leniostreck.com.br/lenio/artigos>>. Acesso em 14/10/2015. p. 6.

descriminalização desta prática na Alemanha (BverfGE 88, 203), de 1993, na qual se discutiu a autonomia da gestante em realizar um procedimento abortivo em oposição ao direito à vida do feto.

Desenvolve-se, na fundamentação do julgado, o princípio da “proibição de proteção insuficiente” (*Untermassverbot*), que opera sob a lógica de proteção contra as omissões do Estado<sup>13</sup>, conforme se depreende da referência feita pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes em decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, valendo-se desta construção:

O Estado, para cumprir com o seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que permitam alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos, uma proteção adequada, e, como tal, efetiva (proibição de insuficiência). [...] É tarefa do legislador determinar, detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência [...]. Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis [...]<sup>14</sup>.

Desse modo, Novais conclui que, diante desse limite inferior referente à liberdade de conformação do legislador, o princípio da proteção insuficiente mostra-se de grande importância no desenvolvimento das funções objetivas dos direitos fundamentais, “tanto no âmbito do dever de proteção contra terceiros como no de garantia de efetividade de exercício desses direitos ou nas prestações normativas e fáticas de organização e procedimento”, assim como a proibição de excesso faz-se importante nas clássicas funções de defesa, enquanto limite superior da discricionariedade de conformação<sup>15</sup>.

Sob o influxo do dever de proteção e de seus subprincípios (*Untermassverbot e Übermassverbot*), os órgãos estatais restam, portanto, incumbidos de assegurar níveis eficientes de proteção aos direitos fundamentais, sujeitos a um sistema de controle, inclusive, por parte do Poder Judiciário<sup>16</sup>. Tem-se, pois, que, muito embora a função de tutelar esses direitos seja originariamente do Poder Legislativo, não raras vezes ocorre a influência direta do Poder Judiciário

---

<sup>13</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do Estado: o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecente”?**. p. 8.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.410/RS. Segunda Turma. Julgado em 06.03.2012. Rel. Min. Gilmar Mendes. p. 18. Disponível em: <<http://www.stf-jus.br>>. Acesso em 16/10/2015. p. 18.

<sup>15</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 77.

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 297.

– judicialização – sobretudo no controle jurisdicional de políticas públicas, gerando, desta feita, críticas que se dirigem ao próprio sistema democrático<sup>17</sup>.

Nesse panorama, entende-se que o Estado “não se afigura mais como mero violador ou destinatário das proibições impostas por esses direitos, tornando-se responsável, também, por protegê-los e por assegurar as condições para sua efetiva garantia”<sup>18</sup>.

Tecidas estas considerações acerca do Constitucionalismo e suas transformações, associadas – pode-se assim sustentar – principalmente, à teoria constitucional e à dogmática dos direitos fundamentais, restou evidente que a noção de “dever de proteção” estatal, decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, gera uma obrigação do Estado no sentido de promover a proteção dos direitos fundamentais.

Seguindo nesta linha e à luz do que foi até aqui exposto, o próximo tópico busca, a partir dos elementos teóricos analisados, verificar se e como a Corte IDH utiliza a noção de “dever de proteção estatal” como embasamento para as medidas de reparação estipuladas em suas decisões (sentenças estruturantes), utilizando-se como objeto de análise, para tanto, o caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*.

## **2. A UTILIZAÇÃO DAS NOÇÕES DE “DEVER DE PROTEÇÃO ESTATAL” NO CASO XIMENES LOPES VS. BRASIL COMO BASE PARA AS “SENTENÇAS ESTRUTURANTES”**

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos surge, no contexto latino-americano, como um importante instrumento não só para a concretização e proteção dos direitos humanos, mas também para seu fortalecimento<sup>19</sup> em um cenário conturbado e notoriamente

---

<sup>17</sup> Nesse sentido, Costa esclarece que “a judicialização da Política garante a coerência e a sistematicidade do próprio ordenamento, na medida em que impede que questões sejam reguladas em desconformidade com os princípios básicos do Direito, que são redesenhadas pelas próprias autoridades judiciais. Todavia, os imperativos de sistematicidade podem colidir com as concepções dominantes de política”. Dessa forma, concluí, “O problema não é propriamente a judicialização da Política, mas o modo como ela se tem processado. Portanto, o nosso desafio não é o de limitar a participação do Judiciário nos processos estatais de decisão, mas elaborar critérios de intervenção capazes de tornar essa participação proveitosa a uma sociedade democrática (...)”. In: COSTA, Alexandre Araújo. **Judiciário e interpretação: entre Direito e Política**. In: *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 18, jan-abr. 2013. p. 40-42.

<sup>18</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Princípio da proporcionalidade e controle jurisdicional de políticas públicas: uma análise da utilização da noção de “proibição da proteção insuficiente” pelo Supremo Tribunal Federal**. In: LEAL, M. C. H.; COSTA, M. M. M. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos**. Tomo 15. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015. p. 229.

<sup>19</sup> Nesse sentido há que se falar da superação do pensamento de que as violações aos direitos mais básicos restringiam-se ao âmbito doméstico dos países, pois “sólo cuando se admite la posibilidad de que la comunidad internacional pueda entender de cuestiones que afecten no tanto a los Estados en cuanto tales, sino a las de sus miembros, cabe plantear un reconocimiento a escala internacional de los derechos humanos. Es necesario, por tanto, partir de la premisa de que cualquier atentado contra los derechos y libertades de la persona no es una <<questión doméstica>> de los Estados, sino un problema de relevancia

deficitário no que concerne à sua efetiva proteção.

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos<sup>20</sup> (SIPDH) tem sua gênese com a Carta da OEA, subscrita durante a “XI Conferência Interamericana”, sediada em Bogotá, entre abril e maio de 1948. Nessa mesma ocasião, mais precisamente em 02 de maio de 1948, foi firmada a “Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem”, tratando-se de documento pioneiro, eis que firmado cerca de sete meses antes da Declaração Universal da ONU. Já em 1959, em resolução da “Quinta Reunião de Consultas dos Ministros das Relações Exteriores”, em Santiago, Chile, foi criada a “Comissão Interamericana de Direitos Humanos” (CIDH). É, porém, através da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), de 1969, ou Pacto de São José da Costa Rica, que o sistema americano amplia seu âmbito de proteção, bem como passa a criar mecanismos de operacionalização para garantir a concretização dos princípios estabelecidos, atribuindo novas funções à Comissão e criando a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão encarregado da aplicação, interpretação e garantia dos direitos previstos no âmbito de sua atuação, a cuja jurisdição se subordinam os Estados signatários.

Nesse sentido, é possível perceber-se que a Corte IDH, no exercício de sua função, vem ampliando, progressivamente, a abrangência de suas sentenças, mais especificamente no que se refere às medidas de reparação – deixando de tão somente indenizar as vítimas ou seus familiares para alcançarem toda a sociedade, a partir da imposição de medidas e políticas de caráter preventivo. Cumpre analisar, assim, como vem ocorrendo este processo e, sobretudo, com qual fundamento, eis que as ações impostas repercutem diretamente na realidade dos Estados.

No que tange às reparações, tem-se como base normativa para atuação da Corte o artigo 63.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), que estipula que:

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo de seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada<sup>21</sup>.

---

*internacional*”. In LUÑO, Antônio Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. 11. ed. Madri: Tecnos, 2013, p. 41.

<sup>20</sup> A importância do Pacto de São José da Costa Rica é assim descrita por Coelho: “a maior contribuição do Pacto de São José da Costa Rica foi criar um procedimento amplo e especializado de proteção dos direitos humanos no continente americano. Apesar das deficiências ainda presentes, o sistema foi se aperfeiçoando em vários aspectos, sobretudo no que concerne ao tratamento jurídico dos casos contenciosos por meio de uma instituição jurídica autônoma: a Corte Interamericana de Direitos Humanos”. In: COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: a Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 62.

<sup>21</sup> ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969).



Destaca-se que o artigo supra faz alusão tão-somente a reparações individuais, assegurando à vítima o direito violado e também determinando a remediação das consequências oriundas da infração, bem como o pagamento de indenização. Verifica-se, assim, que a Corte IDH vem se utilizando, em sua prática, de fundamentos distintos daqueles estipulados pela Convenção Americana.

Ainda no tocante às medidas de reparação, é possível identificar cinco tipos de medidas utilizadas em sua jurisprudência, que foram gradualmente sendo acrescentadas às sentenças, proporcionando uma crescente ampliação de seu alcance, tanto no âmbito subjetivo (partes), como para a sociedade como um todo. Citam-se, assim: 1) medidas de restituição, consistentes no reestabelecimento, na medida do possível, da situação anterior à violação; 2) medidas de reabilitação, destinadas a oferecer cuidados médicos e psicológicos de forma gratuita às vítimas; 3) medidas de satisfação, referentes à reparação do dano imaterial, que se dividem em cinco modalidades a) ato público de reconhecimento de responsabilidade, b) publicação ou difusão da sentença da Corte IDH, c) medidas de comemoração às vítimas de modo geral, d) localização do paradeiro da vítima ou de seus restos mortais, e) outras formas de satisfação, como bolsas de estudo em todos os níveis escolares e oportunidades profissionais, implementação de programas habitacionais e de reparação socioeconômica, entre outras; 4) garantias de não-repetição, que buscam evitar a existência de novas violações aos direitos humanos, voltadas a problemas estruturais, beneficiando, assim, outros membros da sociedade para além das vítimas, dividindo-se estas ações em: a) capacitação de funcionários públicos e educação da sociedade em matéria de direito humanos, b) adoção de medidas de adequação da ordem jurídica interna, c) adoção de medidas voltadas à não-repetição das violações; e 5) obrigação de investigar, julgar e, se for o caso, sancionar, versando sobre a obrigação do Estado de remover os obstáculos fáticos e jurídicos que obstem a devida investigação, assim como apurar a responsabilidade penal dos culpados<sup>22</sup>.

Assim, diferentemente do que ocorreu nos posicionamentos iniciais da Corte IDH (como, por exemplo, no caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, de 1989), em que a decisão se constituía em um modelo de compensação unicamente individual, ou seja, de prestação pecuniária aos

---

Disponível em <[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)>. Acesso em: 09 out. 2015.

<sup>22</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório anual dos trabalhos da Corte Interamericana de direitos humanos: 2010**. San José: Corte IDH, 2011.

familiares das vítimas<sup>23</sup>, o caso Ximenes Lopes, julgado em 2006, já representa um grande avanço em termos de medidas de reparação. Inicialmente, contudo, faz-se importante transcrever os fatos que originaram a demanda, assim como as medidas de reparação estipuladas pela Corte IDH.

O senhor Damião Ximenes Lopes, com 30 anos à época dos fatos, era portador de deficiência mental, residindo, com sua mãe, no interior do Ceará. Face ao seu quadro clínico e das constantes crises, foi internado na Casa de Repouso Guararapes, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS), em perfeitas condições físicas, em outubro de 1999. Poucos dias depois, manifestou uma crise agressiva, vindo a ser dominado à força pela equipe da instituição<sup>24</sup>.

A mãe, ao visita-lo, encontrou-o sangrado, com hematomas, roupas rasgadas, sujo e com as mãos amarradas atrás do corpo, apresentando dificuldades para respirar, gritando e pedindo ajuda, estando ainda em contenção física devido a uma crise apresentada na noite anterior, sem qualquer espécie de tratamento ou supervisão dos ferimentos. O paciente veio a falecer no mesmo dia, sem ter recebido qualquer tratamento médico até o momento de sua morte<sup>25</sup>.

Na condenação, a Corte IDH determinou que o Estado brasileiro deveria: a) garantir, em prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos surtisse efeitos; b) publicação de parte da sentença no Diário Oficial; c) indenização pecuniária (dano material, imaterial, custas e gastos) aos familiares da vítima; d) desenvolvimento de programas de formação e capacitação dos profissionais da área médica, psiquiátrica, psicológica, de enfermagem e todas as pessoas vinculadas ao tratamento de portadores de deficiências mentais.

A partir dessa análise preliminar, resta evidente a superação de uma perspectiva de reparação unicamente individual, pois as medidas impostas pela Corte IDH transcendem as partes diretamente envolvidas. Assim, enquanto as medidas de restituição, reabilitação e de satisfação encontram-se voltadas para a vítima e/ou seus familiares, as garantias de não repetição e as obrigação de apuração para a responsabilização penal visam a proteger o direito da coletividade em face de possíveis violações futuras. Nesse momento, observa-se que a Corte IDH utiliza –

---

<sup>23</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodriguez versus Honduras: sentença de 29 de julho de 1988 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 1988. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 20 out. 2015.

<sup>24</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Ximenes Lopes versus Brasil: sentença de 04 de julho de 2006 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 28 out. 2015.

<sup>25</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Ximenes Lopes versus Brasil.

embora não de forma expressa – a noção de “dever de proteção” como fundamento para a instauração dessas medidas, ao tutelar os direitos humanos tanto em uma dimensão subjetiva (indenizações, reconhecimento da culpa, etc.), como numa dimensão objetiva (ao impor ao Estado reparações positivas, que abarcam toda a coletividade).

Para a compreensão da utilização do dever de proteção nas medidas de reparação acima referidas, é preciso, contudo, retomar alguns aspectos sobre a dimensão objetiva dos direitos humanos e fundamentais. Isto porque, conforme Cavallo, *“los derechos humanos se erigen como el reflejo normativo de valores y principios fundantes de una comunidad jurídica, id est, como un orden objetivo de valores reconocido e recogido en la normativa constitucional”*<sup>26</sup>.

As medidas de reparação impostas encontram-se claramente imbuídas nos textos constitucionais contemporâneos, tratando-se de valores elencados pela sociedade como importantes e necessários. Assim, ao exigir que o processo de apuração da responsabilidade dos culpados prossiga, a Corte IDH protege os direitos humanos e fundamentais em duas frentes: primeiro, cumpre com o ideal da devida responsabilização pela conduta delituosa praticada; e, segundo, no momento em que o Estado combate a impunidade com imparcialidade e também de forma célere e eficiente, novas violações da mesma natureza tornam-se, no mínimo, desencorajadas.

Merece destaque especial, por sua vez, a determinação acerca da implementação de programas de formação e de capacitação de profissionais da área da saúde para que melhor lidem com pessoas portadoras desse tipo de necessidades especiais<sup>27</sup>. Tal medida transcende o viés individual da sentença e abarca toda a coletividade, ou, mais especificamente, todos os portadores de deficiências mentais e também seus familiares, que receberão serviços mais qualificados, o que vai diretamente de encontro com o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como tantos outros, erigidos em nossa Constituição.

A medida acima possui como fundamento o entendimento elaborado pela Corte IDH no

---

<sup>26</sup> CAVALLO, Gonzalo Aguilar. **Los Derechos Humanos u el orden objetivo de valores como parâmetro de control: la posición del voto por acoger. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional que recae sobre las normas que permiten modificar unilateralmente el precio base del plan de salud. Estudios Constitucionales**, Santiago, n. 1, 2012. p. 555.

<sup>27</sup> Quanto à criação/aprimoramento de programas, importantes se fazem as palavras de Piovesan no sentido de que o sistema internacional (conglomerando tanto o sistema global como o regional) situa-se como um direito subsidiário e suplementar ao nacional, buscando superar omissões e insuficiências, “constituindo garantia adicional de proteção aos direitos humanos, quando falham as instituições nacionais”. Outrossim, afirma que os tratados de direitos humanos estabelecem parâmetros mínimos de proteção, devendo o Estado permanecer sempre dentro desses limites. In: PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 163.

sentido de que o Estado possui um papel de garantia especial para com portadores de deficiências mentais, de modo que “tem a obrigação positiva de proporcionar condições necessárias para desenvolver uma vida digna<sup>28</sup>. A vulnerabilidade dessas pessoas gera, ainda, o dever do Estado de fiscalizar e regular as instituições que realizam serviços voltados à saúde – inobservância esta que acabou gerando a condenação do país.

Não obstante, o reconhecimento da vulnerabilidade dos portadores de deficiência mental não é absoluto, quer dizer, sendo o bem-estar do paciente e o respeito à sua dignidade como ser humano elementos principais do tratamento, a Corte IDH entende haver o “dever de adotar como princípios orientadores do tratamento psiquiátrico o respeito à intimidade e à autonomia das pessoas”<sup>29</sup>. Assim, a fundamentação utilizada parte do pressuposto de que “deve ser aplicada a presunção de que as pessoas portadoras desse tipo de deficiência são capazes de expressar sua vontade, a qual deve ser respeitada pelo pessoal médico e pelas autoridades”, excetuadas as ocasiões mais drásticas, em que seja comprovada a impossibilidade de consentimento do paciente<sup>30</sup>.

Impende referir, ainda, que o caso em tela versa sobre pessoa com doença mental internada e que “se encontra sob a garantia – preservação e relativo exercício de direitos inderrogáveis – do Estado: seja direta, seja por meio da sub-rogação de um serviço”<sup>31</sup>. Tal sub-rogação, contudo, não afasta a responsabilidade pública pela prestação do serviço de forma zelosa e eficaz, mormente no que toca aos cuidados de pessoas em situação tão delicada, o que se faz evidente através de análise do quadro clínico de Damião Ximenes Lopes. A decisão solidifica, portanto, a doutrina da Corte IDH nessa matéria, podendo ser utilizada em eventuais futuras violações de pessoas em condições análogas em toda a América Latina.

Sob os aspectos analisados, pode-se dizer que as medidas de reparação estipuladas na sentença, especialmente em países de democracia tardia e de estruturação deficitária, “*cumplen no solo un rol individual, respecto del sujeto víctima de la violación, sino que además adquieren importantes aristas sociales, históricas y preventivas*”<sup>32</sup>. Sustenta o autor, ainda, que as motivações para reparar os casos de graves violações “*tienen que ver con las víctimas, pero*

---

<sup>28</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ximenes Lopes versus Brasil. p. 54.

<sup>29</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ximenes Lopes versus Brasil. p. 52.

<sup>30</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ximenes Lopes versus Brasil. p. 53.

<sup>31</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ximenes Lopes versus Brasil. p. 04.

<sup>32</sup> ROJAS, Claudio Nash. **Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)**. 2. ed. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009. p. 89.

*también con el hecho de que representan una forma en que la sociedad establece bases de convivencia social fundadas en el respeto de los derechos humanos*<sup>33</sup>.

Face ao exposto, evidencia-se que a decisão da Corte IDH no caso Ximenes Lopes corrobora com as noções de “sentenças estruturantes” ou “macro-sentenças”<sup>34</sup>, quer dizer, aquelas em que os magistrados, ao perceberem que a solução individual do litígio não impedirá futuras violações aos direitos humanos e fundamentais, impõem medidas positivas aos estados. Isto porque tais violações possuem sua gênese em questões estruturais do próprio ente estatal, que de modo sistemático produzem um déficit na proteção a esses direitos<sup>35</sup> e continuarão perpetuando as lesões aos direitos humanos e fundamentais.

Ainda no âmbito conceitual, Osuna aponta que as sentenças estruturantes são aquelas em que os juízes se afirmam como intérpretes máximos e defensores dos direitos estabelecidos em uma Constituição, passando então a impor ações às demais autoridades no intuito de sanar as referidas falhas estruturais e garantir a efetiva tutela dessas garantias, prevenindo novas violações. Para tanto, os magistrados vão além das partes envolvidas diretamente no litígio e expedem sentenças que visam resolver o problema generalizado detectado.

No âmbito internacional, Rojas<sup>36</sup> aponta que os sistemas de proteção aos direitos humanos centravam sua tutela sob a base de mecanismos estabelecidos para fazer frente às violações massivas a esses direitos, e também àqueles estabelecidos para casos individuais. Contudo, hoje é possível verificar uma nova espécie de abuso aos direitos humanos, que consistem justamente em violações estruturais, cujas condições podem ser jurídicas, culturais e sociais. Assim, a Corte IDH atua como intérprete máxima dos valores erigidos pela Convenção Americana, determinando que os Estados adotem as políticas necessárias para prevenir novas violações aos direitos humanos.

Isto porque, como já referido, tais violações derivam da própria organização estatal, que permite, facilita ou incorre diretamente nos resultados (seja por omissão ou ineficiência de sua

---

<sup>33</sup> ROJAS, Claudio Nash. *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*. p. 89.

<sup>34</sup> Nomenclatura cuja origem provavelmente remete as *structural injunctions* da jurisprudência estadunidense, que aponta, desde meados do século passado, casos em que juízes adotaram medidas para sanar situações graves e generalizadas que mostravam-se incompatíveis com a Constituição. OSUNA, Néstor. *Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia*. In: BAZÁN, Víctor. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. nº 5. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2015. p. 92.

<sup>35</sup> OSUNA, Néstor. *Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia*. In: BAZÁN, Víctor. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales*. p. 92.

<sup>36</sup> ROJAS, Claudio Nash. *Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”*. In: BAZÁN, Víctor. *Justicia Constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. nº 5. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2015. p. 127.

atividade). Outrossim, é comum nos casos de violações estruturais aos direitos humanos que tais violações materializem-se frente à situação de discriminação sistêmica em que se encontram os titulares desses direitos<sup>37</sup>. Desse modo, a condição de vítima nesses casos não deriva necessariamente de uma ação ou inação dos afetados, mas ao fato de pertencerem a um grupo que sofre exclusão e marginalização social, econômica, política ou cultural.

No caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*, verifica-se que a situação de desigualdade da vítima advinha tanto de seu quadro clínico como de sua condição econômica, que restringia seu acesso à saúde a uma única clínica, que não possuía profissionais aptos a lidar com sua enfermidade, resultando no seu óbito. A Corte IDH, ao condenar o Brasil, impôs relevantes alterações legislativas em sua sentença, na qual é possível verificar noções de “dever de proteção” estatal, inaugurando um novo marco no tratamento de portadores de doenças mentais com a Lei nº. 10.216/2001, que buscou reduzir a possibilidade de ocorrência de novas violações desta natureza.

Em se tratando de alteração ou programas de proteção aos direitos humanos e fundamentais que exigem a ação estatal, como, por exemplo, a criação de leis específicas para garantir direitos, verifica-se claramente a incidência de judicialização da política<sup>38</sup>. O mesmo ocorre com a chamada judicialização do direito, no momento em que a Corte IDH se utiliza de sua própria jurisprudência para fundamentar as decisões futuras sobre a mesma temática que irão repercutir na realidade dos Estados signatários<sup>39</sup>.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e sobretudo a atuação ativa da Corte IDH vem gradualmente reestabelecendo a importância da proteção aos direitos humanos e fundamentais, especialmente em democracias tardias como o Brasil, que ainda vivem na reminiscência de uma pesada herança histórica que compromete muitos pontos do sistema em sua natureza estrutural. A Corte IDH, assim, vem se estabelecendo não como última instância para

---

<sup>37</sup> ROJAS, Claudio Nash. **Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”**. In: BAZÁN, Víctor. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales**. p. 129.

<sup>38</sup> Nestes casos, ao contrário do que ocorre com os tribunais nacionais nas hipóteses de judicialização da política, ocasião na qual o que está em jogo é a separação dos Poderes, no caso da atuação da Corte IDH o que entra em jogo é a própria noção de Soberania, vez que o Estado é “imposto” a cumprir as determinações internacionais.

<sup>39</sup> LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente “un” activismo o “el” activismo?** In: *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 10, n. 2, 2012. p. 434-435.

solução de litígios individuais, mas sim como uma importante ferramenta na concretização dos direitos mais basilares de nossa sociedade, especialmente quando os atingidos representam uma minoria com pouca ou nenhuma representatividade.

Nesse contexto, verifica-se que as sentenças da Corte IDH vêm evoluindo no sentido de ampliação do alcance das medidas de reparação, superando o modelo de compensação unicamente individual e adotando medidas coletivas que passam a beneficiar toda a sociedade sob uma lógica de prevenção. A Corte, portanto, passa a desenvolver sua jurisprudência através das noções de “dever de proteção” estatal, no momento em que busca prevenir/evitar a ocorrência de novas violações através de uma série de imposições. Ao incorporar à sua doutrina a máxima de que é dever dos Estados prevenir, julgar e sancionar os casos de violações, bem como a criação de programas de aperfeiçoamento de profissionais da área da saúde no atendimento as pessoas com deficiência mental por meio das sentenças aqui identificadas como estruturantes, verifica-se o intuito de evitar que novas violações ocorram, promovendo, assim, consideráveis reformas institucionais nos Estados, voltadas a uma efetiva consolidação institucional desses direitos.

## **REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS**

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 104.410/RS. Segunda Turma. Julgado em 06.03.2012. Rel. Min. Gilmar Mendes. p. 18. Disponível em: <<http://www.stf-jus.br>>. Acesso em 16/10/2015.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. Los Derechos Humanos u el orden objetivo de valores como parâmetro de control: la posición del voto por acoger. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional que recae sobre las normas que permiten modificar unilateralmente el precio base del plan de salud. In: **Estudios Constitucionales**, Santiago, n. 1, 2012.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: a Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras: sentença de 29 de julho de 1988 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). São José da Costa Rica, 1988. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 20 out. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ximenes Lopes versus Brasil: sentencia de 04 de julio de 2006 (excepciones preliminares, mérito, reparaciones e costas). São José da Costa Rica, 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 28 out. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Relatório anual dos trabalhos da Corte Interamericana de direitos humanos: 2010**. San José: Corte IDH, 2011.

COSTA, Alexandre Araújo. Judiciário e interpretação: entre Direito e Política. In: **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 18, jan-abr. 2013.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. **Jurisdição Constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática - uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente “un” activismo o “el” activismo? In: **Estudios Constitucionales**;, Santiago, v. 10, n. 2, 2012.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Princípio da proporcionalidade e controle jurisdicional de políticas públicas: uma análise da utilização da noção de “proibição da proteção insuficiente” pelo Supremo Tribunal Federal. In: LEAL, M. C. H.; COSTA, M. M. M. (Org.). **Direitos sociais e políticas públicas**: desafios contemporâneos. Tomo 15. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2015.

LUÑO, Antônio Enrique Pérez. **Los derechos fundamentales**. 11. ed. Madri: Tecnos, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. In: BAZÁN, Victor (Org.). **Justicia Constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales**. nº 5. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969). Disponível em <[http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)>. Acesso em: 09 out. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROJAS, Claudio Nash. **Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos**



(1988-2007). 2. ed. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009.

ROJAS, Claudio Nash. Tutela judicial y protección de grupos: comentario al texto de Néstor Osuna “Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia”. In: BAZÁN, Victor(Org). **Justicia Constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. nº 5.** Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Curso de direito constitucional.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **O dever de proteção do Estado:** o lado esquecido dos direitos fundamentais ou “qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecente”? Publicado em 11.07.2008, p. 6. Disponível em <<http://leniostreck.com.br/lenio/artigos>>. Acesso em 14/10/2015.

# EXISTE UM DIREITO SUBJETIVO À SAÚDE? REFLEXÕES SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA E TERCEIRA DIMENSÕES

Ronei Danielli<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Os tempos atuais são marcados por demandas judiciais que buscam o asseguramento e a efetivação do direito fundamental à saúde.

O Estado brasileiro, ao promulgar sua Carta Constitucional de 1988, dispôs-se a garantir aos cidadãos, na forma de direito fundamental social (art. 6º), o direito à saúde, regulamentando, pormenorizadamente, seu sistema de funcionamento (mediante rede regionalizada e hierarquizada), e fixando, inclusive, os percentuais orçamentários a serem aplicados anualmente na prestação desses serviços (Capítulo II, Seção II, arts. 196, 197, 198 e 200).

No entanto, não obstante a extensa estruturação constitucional do direito à saúde, a feição prestacional, típica dos direitos de segunda dimensão, cria algumas dificuldades à sua efetivação na prática social, porquanto compete ao Poder Público implementar políticas aptas à plena e continuada realização deste compromisso.

Sob essa perspectiva, por mais que a própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 tenha, categoricamente, afirmado a aplicação imediata e a eficácia plena dos direitos e garantias fundamentais, cumpre discernir acerca da efetividade dos chamados direitos de defesa (tipicamente direitos de primeira dimensão, ligados aos postulados de liberdade) daqueles cuja concretização dependa de ações positivas do Poder Estatal e, por isso, denominados de prestacionais (relacionados à igualdade material).

No primeiro caso, trata-se de exigir do Estado uma omissão, ou uma prestação negativa, deixar de fazer algo que viole direito fundamental do cidadão. No segundo, está-se diante da necessidade de uma ação positiva, voltada à realização fática do direito fundamental em tese.

---

<sup>1</sup> Desembargador do TJSC e mestrando em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

Em razão dessa peculiar faceta dos direitos sociais, destacadamente o direito à saúde (art. 6º da CRFB), sua efetivação tem sido polemizada e permeada por diferentes interpretações e teorias que vão desde o argumento de ser norma programática e, por isso, necessitar da integração do legislador infraconstitucional para tornar-se exequível por seus destinatários até o reconhecimento de verdadeiro direito subjetivo individual, marcado pela dualidade direito do cidadão ao qual corresponde dever do Estado (a qualquer custo).

Além do argumento sobre o caráter programático do direito à saúde, ponderam-se, também, contrariamente à intervenção do Poder Judiciário na sua concretização, limitações atinentes à separação dos poderes, à previsão orçamentária governamental e, por fim, à discricionariedade do administrador na escolha das prioridades para a implementação das políticas públicas na área.

Não obstante todos os óbices, a precariedade dos serviços públicos de saúde, somada à leniência e ao descaso do Poder Executivo no atendimento à população, resulta no constante acionamento do Poder Judiciário para a consecução das finalidades constitucionais.

Tal fenômeno, popularmente designado por “judicialização da saúde”, mostra-se uma realidade que ultrapassa as fronteiras nacionais, ganhando contornos de um problema bem mais vasto, ou, no mínimo, compartilhado por outros países cujas constituições definem-se como sociais, expressões dos Estados Democráticos de Direito, a exemplo das Constituições do Brasil e da Espanha.<sup>2</sup>

A partir desse pano de fundo, o presente artigo propõe-se à análise do problema da intervenção judicial na concretização do direito fundamental à saúde, buscando traçar um paralelo entre a efetividade normativa dos direitos sociais e as dimensões dos direitos humanos, pretendendo, ao final, vislumbrar possíveis limites e soluções aos dilemas existentes, bem como prognosticar alternativas de futuro, engendradas no âmbito dos direitos de fraternidade.

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, a Constituição Espanhola, em seu artigo 1º dispõe: “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.*” De modo bastante similar, a Constituição Brasileira, também em seu artigo 1º, prenuncia: “*Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores; sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.*”

## 1. AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DO LIBERALISMO AO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL

Partindo-se da concepção filosófica de Bobbio<sup>3</sup> de que os direitos humanos são direitos históricos, que nascem e se justificam conforme as peculiaridades espaço-temporais em que são gestados, adota-se como premissa das considerações doravante desenvolvidas, a tese das gerações ou, melhor dizendo, dimensões dos direitos fundamentais, a fim fundamentar, além do entrelaçamento de sua positivação com as demandas de cada época, a noção de que tais direitos não são sucessivos, ao menos no sentido de superação, mas sim necessariamente complementares, na medida em que podem e devem coexistir.

Seguindo essa classificação por objetivos didáticos, pode-se dizer que à primeira dimensão de direitos corresponde a afirmação da liberdade, e não apenas contra o Estado, mas também no Estado, ao tempo em que o homem livre (burguês), como sujeito de direito, buscou conquistar prerrogativas civis e políticas mediante a atuação de um Estado marcadamente liberal.

Pela experiência do anterior Estado monárquico, absolutista e despótico, no Estado liberal burguês, surgido após a Revolução Francesa de 1789, concebia-se o Estado como inimigo, e, nessa extensão, as demandas de primeira dimensão buscavam a sua limitação por meio de intervenção mínima na sociedade e na economia. Pode-se inferir, então, que o ditame da igualdade, componente da tríade revolucionária (*liberdade, igualdade e fraternidade*) referia-se a uma igualdade meramente formal, que no Estado de Direito liberal, passou a ser expressa na formulação “*todos são iguais perante a lei*”.

Ora, como bem pontua Eros Grau<sup>4</sup>, sendo a lei em si mesma uma abstração, enquanto a realidade acontece no mundo concreto, torna-se evidente a inconsistência do enunciado princípio da igualdade *perante a lei*.

Logo, em um Estado cujo paradigma era a não intervenção, notadamente na economia, e a igualdade um enunciado meramente formal, a própria liberdade passa a ser restrita a certo segmento social em detrimento de uma esmagadora maioria desprovida de recursos financeiros suficientes para exercê-la plenamente.

Sob essa perspectiva, as reivindicações dos direitos de segunda dimensão – *direitos de*

---

<sup>3</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 77.

<sup>4</sup> GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, p.22.

*igualdade material* – acabam por surgir, precipuamente no período pós-revolução industrial, em grande parte resultante das demandas proletárias, nascidas como reação à crescente desigualdade social e econômica que ameaçavam, inclusive, a própria noção de liberdade em seu sentido mais amplo (liberdade substancial).

Na passagem dos direitos de liberdade, em que a atuação do Estado é preponderantemente negativa, de omissão, para os de igualdade material, exigindo não apenas condutas de abstenção, mas prestações efetivas, observa-se a mudança de paradigma pertinente aos limites éticos, jurídicos e políticos que legitimam o poder estatal diante das demandas da Sociedade.

Contrapondo-se ao Estado liberal burguês, cuja maior formulação fora o reconhecimento do homem livre como sujeito abstrato de direitos, as demandas de segunda dimensão de direitos – *direitos de igualdade material* – somente se realizam a partir da atuação de um Estado Social.

Nesse sentido, toma-se como exemplo as constituições sociais do México, de 1917, e de Weimar, de 1919, pioneiras na positivação dessas demandas.

Contudo, na conformação do Estado Social, ainda assentada na noção clássica de Montesquieu sobre a separação dos poderes, relegava-se exclusivamente ao Poder Executivo a concretização dos direitos sociais, por meio de escolhas marcadamente políticas (políticas públicas).

Tal circunstância, somada à realidade do capitalismo global e com ele uma onda neoliberal trazida pela “pós-modernidade”, em que as leis do mercado passam a demandar posturas abstencionistas por parte dos Estados, acaba por evidenciar uma terceira dimensão dos direitos fundamentais – *os direitos de fraternidade* – dentre os quais se destaca o direito à qualidade de vida, em um meio ambiente equilibrado e saudável, cada vez mais ameaçado pelo capitalismo mundial, legando, por consequência, ao Poder Judiciário e à jurisdição constitucional a missão de realização desses postulados, notadamente nos chamados países periféricos como o Brasil.

Poder-se-ia afirmar que para a concretização dos direitos de primeira dimensão o papel do legislativo no Estado liberal fora tão essencial quanto o do Executivo no Estado Social para os de segunda geração, passando-se agora para o momento seguinte, em que se afirmam os direitos de fraternidade no Estado Democrático em consonância com a atuação do Poder Judiciário.

Nas reflexões de Lenio Streck sobre o papel do Direito no Estado Democrático:

Assim, se no paradigma liberal o Direito tinha a função meramente ordenadora, estando na legislação o ponto de tensão nas relações entre Estado-Sociedade, no Estado Social sua função passa a ser promotora, estando apontadas as baterias para o Poder Executivo, pela exata razão da necessidade da realização das políticas do Welfare State. Já no Estado Democrático de Direito, fórmula constitucionalizada nos textos magnos das principais democracias, a função do Direito passa a ser transformadora, onde o pólo de tensão, em determinadas circunstâncias previstas nos textos constitucionais, passa para o Poder Judiciário ou os Tribunais Constitucionais.<sup>5</sup>

Ressalte-se que para o autor, o paradigma assumido pelo Estado Democrático de Direito importa em nova forma de atuação do Poder Judiciário na afirmação dos direitos fundamentais e na edificação da dignidade da pessoa humana, sobretudo em países como o Brasil, no qual o projeto de modernidade nem chegou a se efetivar e o Estado Social não passou de simulacro. Com base nisso, afirma que:

[..] a noção de Constituição que se pretende preservar nesta quadra da história é aquela que contenha uma força normativa capaz de assegurar esse núcleo de modernidade tardia não cumprida. Esse núcleo consubstancia-se nos fins do Estado estabelecidos no artigo 3º da Constituição. O atendimento a esses fins sociais e econômicos é condição de possibilidade da própria inserção do Estado Nacional na seara da pós-modernidade globalizante. Quando, portanto – para estranheza e até surpresa de muitos constitucionalistas – continuo apostando em um “dirigismo” constitucional, não estou a falar de um conceito desvinculado da contemporaneidade que cerca a noção de Estado Nacional e tampouco pretendo um isolacionismo de cunho monádico-autárquico (ou, utilizando a expressão cunhada por Canotilho, um autismo nacionalista e patriótico).

Na verdade, o que propugno é que os mecanismos constitucionais postos à disposição do cidadão e das instituições sejam utilizados, eficazmente, como instrumentos aptos a evitar que os poderes públicos disponham livremente da Constituição (hermeneuticamente, essa “disposição” nada mais é do que uma forma de “objetificação”). A força normativa da Constituição não pode significar a opção pelo cumprimento ad hoc de dispositivos “menos significativos” da Lei Maior e o descumprimento sistemático daquilo que é mais importante – o seu núcleo essencial-fundamental. É o mínimo a exigir-se, pois!

Dito de outro modo, descumprir os dispositivos que consubstanciam o núcleo básico da Constituição, isto é, aqueles que estabelecem os fins do Estado (o que implica trabalhar com a noção de “meios” aptos para a consecução dos fins), representa solapar o próprio contrato social (do qual a Constituição é o elo contencioso que liga o político e o jurídico da sociedade). O texto constitucional, fruto desse processo de repactuação social, não pode ser transformado em um latifúndio improdutivo.<sup>6</sup>

Vale, portanto, a premissa inaugural de que os direitos fundamentais, sob a perspectiva do constitucionalismo fraternal, devem, necessariamente, voltar-se à afirmação do núcleo, da

---

<sup>5</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil**. Novos Estudos Jurídicos - Volume 8 - Nº 2 - maio/ago 2003, pp.266/267.

<sup>6</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil**, p. 279.

essência do Estado Democrático proposto constitucionalmente, cujas bases são definidas tanto no preâmbulo (“*instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos*”) como no art. 3º da CRFB de 1988, a saber:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nas palavras do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Brito, o constitucionalismo fraternal pode ser assim resumido:

Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando, nos dias presentes, à etapa fraternal da sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade. Isto é, **uma comunhão de vida**, pela consciência de que, estando todos *em um mesmo barco*, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico.

Se a vida em sociedade é uma vida plural, pois o fato é que *ninguém é cópia fiel de ninguém*, então que esse pluralismo do mais largo espectro seja plenamente aceito. Mais até que plenamente aceito, que ele seja cabalmente experimentado e proclamado como valor absoluto. E nisso é que se exprime o núcleo de uma sociedade fraterna, pois uma das maiores violências que se pode cometer contra seres humanos é negar suas individualizadas preferências estéticas, ideológicas, profissionais, religiosas, partidárias, geográficas, sexuais, culinárias, etc. Assim como não se pode recusar a ninguém o direito de experimentar o Desenvolvimento enquanto situação de compatibilidade entre a riqueza do País e a riqueza do povo. Autosustentadamente ou sem dependência externa.<sup>7</sup>

Reconhecer na contemporaneidade um novo paradigma de Estado (*Democrático de Direito*), de Constituição (*Dirigente*) e de Sociedade (*Fraterna*) corresponde, pois, a um

---

<sup>7</sup> BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp, 216-217.

reposicionamento do papel do Judiciário na conquista e concretização dessa dimensão emergente de direitos fundamentais que ultrapassam os limites do individualismo (típicos nos de primeira dimensão) ou de certos grupos sociais (a exemplo dos de segunda dimensão), para abranger demandas dos seres humanos em geral, inclusive de forma prospectiva, voltando-se às gerações vindouras.

Assim, partindo-se da concepção de fraternidade, passa-se à análise do direito fundamental à saúde, sem, todavia, olvidar-se dos problemas decorrentes de sua efetividade à luz das dimensões anteriores, mas pretendendo encontrar sua amplitude fraternal e, com isso, seu equacionamento como um direito transindividual por natureza.

## **2. O DIREITO À SAÚDE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E SUA TRAJETÓRIA EM TERMOS DE EFICÁCIA NORMATIVA: NORMA PROGRAMÁTICA OU DIREITO SUBJETIVO INDIVIDUAL?**

Um dos principais dilemas enfrentados no tratamento da eficácia normativa do direito à saúde consiste, precisamente, em seu devido enquadramento como norma constitucional (regra ou princípio) e, por consequência, os limites de sua judicialidade (ideia que remete à discussão acerca de constituir-se ou não em direito subjetivo, notadamente em direito subjetivo individual).

Isso porque, em que pese a CRFB ter afirmado a eficácia imediata dos direitos fundamentais (incluídos nesse rol os direitos fundamentais sociais do art. 6º), há sérias controvérsias acerca dos reflexos jurídicos desse mandamento, notadamente no que concerne ao reconhecimento de verdadeiro direito subjetivo público decorrente de seus artigos 6º e 196, cujas redações se repetem a título ilustrativo:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição

Art. 196 A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Com efeito, não faltam opiniões doutrinárias no sentido de reconhecer aos direitos fundamentais sociais o caráter de norma programática, ou, nos dizeres de Atienza e Manero<sup>8</sup>, de princípios diretrizes, porquanto tratam de atingir determinado fim, por meio da adoção de certas

---

<sup>8</sup> ATIENZA, Manuel. MANERO, Juan Ruiz. Sobre princípios e regras. *Revista Eletrônica Acadêmica de Direito Law E-journal Panóptica*.



medidas (prestações).

Evidente que essa percepção pode estar intimamente ligada ao fato de que tais diretrizes encontram-se normatizados no Capítulo Terceiro da Constituição Espanhola de 1978, sob a denominação de “princípios reitores da política social e econômica”, motivo por que sua classificação como normas programáticas parece ser mais facilmente assimilável do que no Brasil, contexto em que os direitos sociais são definidos expressamente como fundamentais na sequência dos direitos civis e políticos, mesmo que realizáveis por prestações positivas do Estado.

Segundo Clara Marquet Sardà, a positivação de direitos fundamentais na Constituição espanhola distribui-se em diferentes grupos, conforme sua localização sistemática (Título I – Direitos e deveres fundamentais; Cap. II – Direitos e liberdades; Cap. III – princípios reitores da política social e econômica), sendo que há previsão de direitos sociais em todos os agrupamentos, variando, tão somente, as garantias que lhes são correlatas:

Finalmente, o Capítulo III do Título I CE contém a maior parte de conteúdos prestacionais. Apesar da rubrica do Capítulo, “Princípios reitores da política social e econômica”, alguns destes conteúdos se reconhecem expressamente como direitos, enquanto outros se estabelecem como mandatos aos poderes públicos. Entre os primeiros, acham-se o direito à proteção da saúde (artigo 43.1 CE), o direito de acesso à cultura (artigo 44.1 CE), o direito a desfrutar de um meio ambiente adequado (artigo 45.1 CE), e o direito a desfrutar de uma moradia digna (artigo 47 CE). Entre os segundos, um amplo espectro de mandatos que vão desde a proteção a determinados grupos sociais, ao estabelecimento de diretrizes de política econômica e à garantia de determinadas instituições do Estado social.

As garantias destes direitos diante do legislador deduzem-se, ao contrário, do artigo 53.1 CE, que não os inclui na obrigação de respeito ao conteúdo essencial nem na reserva de lei. Ademais, o artigo 53.3 CE estabelece expressamente que “o reconhecimento, o respeito e a proteção dos princípios reconhecidos no Capítulo III informará a legislação positiva, a prática judicial e a atuação dos poderes públicos. Só poderão ser alegados ante a jurisdição ordinária de acordo com o que disponham as leis que os desenvolvam.” Isso implica que, apesar de que vinculam aos poderes públicos em suas atividades, a eficácia subjetiva direta destes preceitos se acha condicionada a seu desenvolvimento legislativo, o que lhes atribui, com os matizes que se verão posteriormente, uma menor possibilidade de exigência judicial. Toda a análise dos direitos sociais na Constituição espanhola se acha impregnada por esta divisão entre os direitos do Capítulo II e os princípios reitores do Capítulo III.<sup>9</sup>

Retomando, pois, a perspectiva defendida por Atienza e Manero, o direito à saúde poderia ser entendido como um “princípio diretriz” e, por esse motivo, diferentemente de um princípio

---

<sup>9</sup> SARDÀ, Clara Marquet. Estado Social, Direitos Sociais e Princípios no sistema Consistucional da Espanha. In.: **Direitos fundamentais em Estados Compostos**. STRAPAZZON, Carlos Luiz. SERRAMALERA, Mercè Barcelò i (orgs.). tradução de Débora Diersmann Pereira. Chapecó: Editora Unoesc, 2013, p. 213.

em sentido estrito<sup>10</sup>, admitiria ser realizado na **maior extensão possível** (sopesadas razões de ordem fática e jurídicas) por políticas públicas orientadas à sua concretização social.

Alexy refere-se de forma semelhante aos princípios (definidos por Atienza e Manero como diretrizes), distinguindo-os das regras por entendê-los como *mandamentos de otimização*, ou seja, ressaltando o aspecto de que podem ser satisfeitos em graus variados, consoantes as possibilidades de fato e de direito em jogo no caso concreto. Ao contrário, as regras são definidas como normas que ou são plenamente satisfeitas ou não são satisfeitas, isto é, não comportam satisfação parcial. Segundo suas palavras:

Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é faticamente e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma ou é uma regra ou é um princípio.<sup>11</sup>

De forma mais radical ainda, há quem defenda que, independente de sua conformação constitucional como princípio ou regra, os direitos fundamentais sociais, por encerrarem a noção de comunidade (do todo), de solidariedade, de fraternidade, não se afirmam como direito subjetivo individual, ou seja, não podem ser reclamados na justiça individualmente sob pena de insanável contradição.

Nesse sentido, o professor Fernando Atria adverte:

Sostendré que si la noción de derecho es entendida por referencia a la idea de derecho subjetivo en el sentido jurídico del término, la noción de derechos sociales es una contradicción en los términos. Si queremos evitar esta conclusión debemos rescatar una forma alternativa de entender el concepto político de derechos.<sup>12</sup>

Segundo sua visão, o problema começa a partir do momento em que as demandas sociais foram positivadas nas constituições sociais e, com isso, alijadas de sua natural perspectiva política, substituída pela linguagem jurídica como meio de possibilitar sua contraposição aos direitos civis e políticos com igual força normativa.

Todavia, sustenta a importância dessa dimensão perdida dos direitos sociais, sem a qual se

---

<sup>10</sup> Segundo Atienza e Manero, nem todo princípio encerra a possibilidade de realização parcial. Insistem, portanto, os autores, em uma classificação dos diferentes tipos de princípios, distinguindo, nesse particular, os chamados princípios em sentido estrito, dos princípios diretrizes. Para os princípios em sentido estrito, após definição de que um deles prevalece sobre outro, efetuado o devido exercício da ponderação, sua satisfação deve se dar de forma plena e não na medida do possível.

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 91.

<sup>12</sup> ATRIA, Fernando. **¿Existen derechos sociales?** Disponível em: [http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/existen-derechos-sociales\\_fernando-atria.pdf](http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/existen-derechos-sociales_fernando-atria.pdf), capturado em 15.09.2015.

pode chegar ao absurdo de afirmar que direitos não judiciáveis não são direitos. Aponta o fenômeno da judicialização da vida nos países latino-americanos como a transmutação da luta política em luta jurídica (e individual!):

Hoy, sin embargo, todo esto es rápidamente descartado como retórica política, lenguaje 'metafórico' o 'figurativo', 'meras' declaraciones de principio, obligaciones 'programáticas' que a nada obligan, a *menos que* los derechos declarados impliquen al menos la exigencia de conceder a su titular un derecho subjetivo dotado de todas las características propias de los derechos subjetivos, especialmente *exigibilidad*. **En este contexto, hay un sentido importante en que el conflicto político, especialmente en Latinoamérica (y también en Europa del este) se ha desplazado desde las calles o parlamentos hacia las cortes.**

**El desplazamiento al que me refiero no es simplemente un cambio de *locus* institucional, aunque nadie puede negar que la importancia política de los tribunales ordinarios y constitucionales ha aumentado de modo considerable en, digamos, los últimos 20 años. [...]**

Por fim, ao registrar que a jurisprudência constitucional espanhola demonstra o caráter diretriz da maioria dos direitos sociais, compreendidos no Cap. III da CE de 1978, negando-os enquanto direitos subjetivos no sentido tradicional do termo, ressalta que quando assim os reconhece é porque se travestem de direito subjetivo individual, perdendo seu aspecto social, mormente reclamados como direitos fundamentais de primeira dimensão, como liberdade ou igualdade em seu sentido formal.

Comenzamos considerando un aspecto de la discusión sobre el estatus normativo de los derechos sociales en la Constitución Española. Como se sabe, la mayoría de los bienes que habitualmente se denominan derechos sociales son agrupados por esta constitución en su capítulo 3º, al que luego se le niega protección judicial. Ante esta situación, autores como L. Prieto se preguntan por qué los denominados 'principios rectores de la política económica y social' del capítulo III de la Constitución Española aparecen en ese texto constitucional 'jurídicamente devaluados', en particular si esa devaluación 'responde em verdad a alguna exigencia técnica o representa más bien el fruto de una decisión política (nótese como Prieto ha formulado con toda precisión la tensión identificada más arriba). Como Prieto encuentra en otras partes de la Constitución Española derechos que muestran las posibles notas características de los derechos sociales, pero que están dotados de exigibilidad judicial, inicialmente concluye que si los principios rectores se hallan jurídicamente devaluados no es principalmente porque sean derechos sociales, es decir, no es porque reúnan algunas de las características propias de esa categoría de derechos, sino que obedece más bien a la *voluntad* constituyente.

**No obstante esta conclusión, Prieto luego nos informa de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha reconocido valor normativo a los principios rectores, aunque uno limitado, porque 'la concreta operatividad de los mismos no resulta siempre uniforme y generalmente depende de la presencia de otras disposiciones relevantes para el caso'.**

Cuando la pregunta que Prieto intenta responder es por qué el reconocimiento del 'valor normativo' de los principios rectores es limitado de este modo, la explicación que nos ofrece no descansa ya en

una 'decisión política' de la 'voluntad constituyente' contenida en el capítulo III, porque 'aun cuando' esa decisión cambiara, permitiendo la protección judicial de esos derechos, es probable que los tribunales no pudiesen llegar mucho más lejos de donde ha llegado la doctrina del tribunal Constitucional [...]. Por *la propia naturaleza de la actividad jurisdiccional*, de los posibles efectos de sus sentencias y de la fuerza ejecutiva de las mismas, cabe suponer que mientras no se arbitre una articulación detallada de los distintos principios, el otorgamiento de amparo judicial mostraría una virtualidad bastante limitada ante el vacío jurídico de normas secundarias o de organización.

**Nótese la referencia, de nuevo, a lo que *por naturaleza* es el caso: lo que queda excluido de la protección por la 'naturaleza' del derecho es *precisamente* la idea central de los derechos sociales en su comprensión socialista: que ellos configuran una forma diferente de comunidad, una em que la comunidad como un todo se preocupa del bienestar de cada uno de sus miembros. Sólo una noción de este tipo completa la caracterización del contenido pasivo de esos 'derechos'.**

**Habiendo excluido esta dimensión de los derechos sociales, los autores creen poder rescatar algo todavía: la idea de que *algunos aspectos* de esos derechos son exigibles. Pero sorprendentemente (o, quizás: predeciblemente), cuando ellos proceden a determinar de modo preciso cuáles son estos aspectos, lo que aparece no son ni derechos sociales, ni las necesidades que los derechos sociales tienden a satisfacer: la *principal* dimensión de exigibilidad de los derechos sociales, la que 'queda siempre abierta', nos dicen los autores, es la posibilidad de plantear judicialmente la violación de obligaciones del Estado por asegurar discriminatoriamente el derecho**

Pero aun cuando es posible ir más allá de lo que 'queda siempre abierto', y cuando la violación a un derecho social puede ser directamente invocada ante un tribunal, es necesario que ella sea '*reformulada* [...]' em términos de violación individualizada y concreta, en lugar de en forma genérica'.

Tratando o direito à saúde, de modo específico, registra Atria:

De este modo el derecho social a la protección de la salud, que originalmente consistía en que se garantizara un nivel de atención de salud a *todos* (porque una comunidad en la que todos nos preocupamos por los otros es una comunidad más decente que otra en la que cada uno persigue su bienestar individual y el resto lo hace la mano invisible), se convierte en un derecho individual alegado por el demandante de que se obligue al Estado a dar una determinada prestación de salud, sin que las necesidades de los otros puedan ser relevantes (las necesidades de los otros aparecen ante el juez como no distribuidas, es decir, como objetivos de política o aspiraciones comunitarias, y por eso los derechos las triunfan). **Lo que llega al tribunal no es un derecho social, no puede ser un derecho social, sino una demanda privada, que expresa ya no la idea de una forma superior de comunidad sino la negación de ésta: la pretensión del demandante de que su interés sea atendido, aun a costa del interés de los demás.**

No Brasil, a discussão relativa ao direito à saúde teve trajetória bastante acidentada, entendendo-se, inicialmente, tratar-se de norma tipicamente programática, ou seja,

aquelas normas constitucionais, através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem

cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.<sup>13</sup>

As primeiras decisões judiciais sobre o tema refletem essa premissa:

[...] Normas constitucionais meramente programáticas - *ad exemplum*, o direito à saúde - protegem um interesse geral,  **todavia, não conferem aos beneficiários desse interesse, o poder de exigir sua satisfação** - pela via do *mandamus* - eis que não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, antes que o legislador exerça o *munus* de completá-las através da legislação integrativa. **Essas normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da CF) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não tem força suficiente para desenvolver-se integralmente, 'ou não dispõem de eficácia plena', posto que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar.** Na regra jurídico-constitucional que dispõe 'todos têm direito e o Estado o dever' - dever de saúde - como afixam os constitucionalistas, 'na verdade todos não têm direito, porque a relação jurídica entre o cidadão e o Estado devedor não se fundamenta em vinculum juris gerador de obrigações, **pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo, as prestações prometidas a que o Estado se obriga por proposição ineficaz dos constituintes.**

No sistema jurídico pátrio, a nenhum órgão ou autoridade é permitido realizar despesas sem a devida previsão orçamentária, sob pena de incorrer no desvio de verbas. [...] <sup>14</sup>

A mudança interpretativa no Judiciário nacional começa a partir das demandas específicas de pacientes contaminados com o vírus do HIV.

De fato, o tratamento jurídico de tal enfermidade insere-se perfeitamente no paradigma da fraternidade, proposta deste estudo, sobretudo porque, além do perecimento fisiológico do paciente, há, ainda, o preconceito social, fruto do estigma decorrente da contaminação pelo vírus, vulnerando a própria dignidade da pessoa doente.

Na década de 1990, as demandas individuais e, na sequência, coletivas, buscando o fornecimento de medicações imprescindíveis ao tratamento da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (SIDA ou AIDS) inundaram o Poder Judiciário, forçando a reflexão acerca da exigibilidade do direito à saúde e sua extensão.

Percebe-se, do longo caminho percorrido, que os precedentes no sentido de reconhecer o poder do cidadão de exigir do Estado tal prestação positiva, normalmente se fundavam não apenas no direito à saúde, mas, sobretudo, no direito à vida (vida com sentido, ou seja, com dignidade) e à integridade física e moral da pessoa enferma.

Ainda que se possa concordar com Atria no ponto em que destaca a des-socialização do

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2 ed. São Paulo: RT, 1982, p.129.

<sup>14</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 6.564/RS, relator Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 23.05.1996, DJ 17.06.1996.

direito na medida em que demandado individualmente, inegável que o volume das ações nesse sentido (mesmo que individuais e algumas até coletivas), somado à mobilização da sociedade em torno da doença, acabou por devolver a dimensão política da discussão, motivando a edição de leis específicas voltadas à tutela do tratamento da AIDS.

Maurício de Melo Santos, a partir de dados colhidos pela Associação Brasileira Interdisciplinar de AIDS (ABIA), criada pelo sociólogo Hebert de Souza, destaca a importância assumida pelas organizações não governamentais para o implemento de prestações positivas por parte do Estado concernente ao tratamento dos pacientes soropositivos, seja no âmbito do judiciário, do legislativo e do executivo:

[...] a partir do ano de 1996, as organizações não governamentais passaram a ajuizar as primeiras demandas judiciais coletivas, reivindicando medicamentos mais novos para o combate da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS), bem como maior qualidade nos tratamentos fornecidos pelo Estado. Os demandantes restaram exitosos nesta empreitada.

Ainda neste ano as duas maiores ONGs existentes, até então, o Grupo de Apoio a Prevenção da AIDS (GAPA) e a ABIA, aliaram a estas ações judiciais a mobilização social que, conforme afirmado, influenciaram decisivamente na aprovação da lei. 9.313/96, também conhecida como Lei Sarney, que garantia aos portadores do vírus HIV, o acesso à droga ARV, indispensável no combate aos efeitos do vírus.

A partir de então fora cumprida no Brasil a política de acesso universal ao tratamento antirretroviral. De acordo com dados estatísticos demonstrados, entre 1997 e 2004, houve uma redução de 70% na mortandade e 40% na mortalidade de portadores da doença, bem como o índice das hospitalizações reduziu em 80%, **o que significou uma economia de US\$ 2,3 bilhões (dois bilhões e trezentos milhões de dólares).**

De acordo com informações prestadas pelo Ministério da Saúde, atualmente o Poder Público garante o fornecimento e medicamentos antirretrovirais a 100% (cem por cento) das pessoas que vivem com o vírus HIV no país, cerca de 170.000 (cento e setenta mil).

**Desse modo concluiu o estudo que esse êxito na política de acesso universal ao tratamento antirretroviral, executada pelo Poder Público, apenas foi possível pelos seguintes fatores: 1 – Participação ativa das ONGs através de ações judiciais, a fim de garantir distribuição gratuita e universal aos portadores do vírus HIV; 2 – A possibilidade de serem produzidos medicamentos no próprio país, através de laboratórios públicos e privados, o que viabilizou a comercialização destes em valores inferiores aos oferecidos por empresas multinacionais; 3 – As criações das leis nº. 9.313/96 (lei Sarney) e a nº. 9.279/96 (lei de propriedade industrial), sendo que esta última viabilizou a produção local de medicamentos a preços acessíveis.**

[...] Frente a esta realidade infere-se que a tutela coletiva, quando manejada de maneira responsável e prudente, pode influenciar o Poder Público, no tocante a gênese e execução das políticas públicas.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> SANTOS, Maurício de Melo. **O combate à epidemia de HIV/Aids no Brasil e o papel das organizações não governamentais.**

Interessante registrar que, mesmo após a superveniência de legislação específica (ou seja, havendo já estabelecida uma política pública), muitos pacientes não encontravam respaldo suficiente nas ações governamentais à efetivação das terapias protocolares da doença.

Sob esse enfoque, a atuação do Judiciário fora decisiva, muito embora nesse caso específico se estivesse diante de hipótese em que o direito fundamental à saúde se encontrava regulado por lei infraconstitucional e, portanto, indiscutivelmente exequível por parte do Estado o cumprimento de dita obrigação, uma vez que, nos dizeres de Atienza e Manero, a legislação ordinária tratou de especificar os meios para o atingimento do fim previsto constitucionalmente.

Essa, aliás, é a situação na qual ninguém duvida de que se trata de direito subjetivo individual, em que o cidadão tem o poder de exigir do Estado que cumpra a obrigação detalhadamente assumida na regulamentação da norma constitucional.

Diante do exemplo, faz-se coro à conclusão de Fernando Gomes de Andrade quando afirma veemente:

não basta existir norma infraconstitucional que regulamente os direitos insculpidos na Constituição e denominados “programáticos”, é preciso vontade política para concretizá-los e, quando da inércia dos demais poderes, o Judiciário é o último *front* para a plena concretização dos direitos prestacionais e, pelo que verificamos, em nome da dignidade da pessoa humana e calcada nos direitos de fraternidade, há uma efetiva concretização de tais direitos.<sup>16</sup>

Como último *front* à concretização do direito ao adequado tratamento da Síndrome, tem-se a primeira decisão colegiada, proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em 16.11.1999, sob a relatoria do Min. Marco Aurélio, que, negando seguimento ao trânsito de recurso extraordinário, consignou:

SAÚDE - PROMOÇÃO - MEDICAMENTOS. O preceito do artigo 196 da Constituição Federal assegura aos necessitados o fornecimento, pelo Estado, dos medicamentos indispensáveis ao restabelecimento da saúde, especialmente quando em jogo doença contagiosa como é a Síndrome da Imunodeficiência Adquirida. (AI 238328/RS, j. 16.11.1999)

Na sequência, após precedentes da lavra do Min. Marco Aurélio (RE 195192, j. em 22.02.00) e do Min. Maurício Correa (RE 259508, j. em 08.08.00), o Recurso Extraordinário n. 271286, da relatoria do Min. Celso de Mello, discutiu diversos aspectos que circundam a questão do direito constitucional à saúde e a suposta colisão com outros princípios previstos na carta

---

Disponível em: <http://www.revistahospitaisbrasil.com.br/artigos/o-combate-a-epidemia-de-hiv-aids-no-brasil-e-o-papel-das-organizacoes-nao-governamentais/>, capturado em 09.09.2015.

<sup>16</sup> ANDRADE, Fernando Gomes. Direitos de Fraternidade como Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão: aspectos teóricos e aplicabilidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro. *Amicus Curiae*, V. 8, N. 8, 2011, p.13.

magna. O acórdão encontra-se assim ementado:

PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. **A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.** - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. **DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.** Precedentes do STF. (RE 271286/RS, relator Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000)

Note-se que o paradigmático julgado, reconhecendo o **direito subjetivo** do paciente soropositivo ao tratamento medicamentoso de sua enfermidade, fora proferido em um contexto de desrespeito às políticas públicas já instituídas acerca da temática, ocasião em que se depara muito mais com uma discussão acerca de um descumprimento parcial do dever do Estado ou até mesmo de um cumprimento discriminatório de uma obrigação positiva, a toda evidência justificável.

Desse modo, diante de uma política pública vigente em todo o território nacional, não se sustenta o descumprimento por parte de município ou Estado da Federação sob pena de ver-se judicializada a questão.



Contudo, a conclusão de que o direito à saúde configura, sem ponderações, um direito subjetivo concreto (e, portanto, exigível do Estado o tratamento necessário a toda e qualquer enfermidade) passou a ser correntemente utilizada como parâmetro para a solução de casos extremamente difíceis, nos quais, além de não haver políticas públicas preexistentes, propõe-se erroneamente a colisão entre o direito fundamental à saúde e as questões orçamentárias, burocráticas, obviamente de somenos importância quando sopesadas com o direito à vida ou à dignidade do doente.

Do corpo do mencionado acórdão extrai-se precisamente a “colisão” entre o direito fundamental (e subjetivo) à saúde e o interesse financeiro e secundário do Estado, de onde se concluiu e sempre se poderá concluir, a prevalência do direito à saúde.

Isso porque há inegavelmente o deslocamento do verdadeiro conflito existente e, por consequência, da própria estrutura ponderativa que justifica a conclusão do voto e que costuma ser, sem maiores reflexões, referendada pela doutrina e jurisprudência pátria.

Em trabalho monográfico sobre o tema, Pedro da Silva Moreira propõe uma análise mais detida acerca do que realmente está em jogo em decisões dessa monta. Em suas palavras:

A dificuldade, nesse sentido, habita no preenchimento do princípio que limita a caracterização do direito à saúde como um direito definitivo. A compreensão do desprezioso princípio da “competência orçamentária do legislador” deve ser trabalhada não apenas do ponto de vista formal, mas também sob o ângulo material, sob a análise das consequências, sob o que – de fato – representa essa competência. A colisão entre um direito fundamental atrelado ao direito à vida e um princípio que protege uma formalidade é, não no caso concreto, mas já em abstrato, desigual, e, por isso, não está sequer informada pela teoria dos princípios, em nenhuma daquelas ideias expostas no início deste trabalho. Essa colisão não necessita ser colocada diante de um caso concreto, no qual sejam avaliadas as possibilidades fáticas e jurídicas, tendo em vista que o princípio é um mandamento de otimização. Posta da maneira apresentada por Leivas, seguindo a interpretação de Alexy, e do modo tratado pelo Ministro Celso de Mello, no voto exposto, o direito à saúde prevalece sempre diante desse conflito, deixando de ser, assim, um mandamento de otimização, dependente de aspectos fáticos, para ser, na verdade, um princípio absoluto, aplicado como regra jurídica.

O que está, então, por trás da ponderação? Qual é a efetiva, real e inconveniente ponderação?<sup>17</sup>

Na tentativa de (re) posicionar a verdadeira ponderação a ser feita nas demandas individuais de saúde, destacadamente nas quais se reclamam medicamentos ou procedimentos ainda não oferecidos pelo sistema (situações realmente complexas), o Ministro Luiz Roberto

---

<sup>17</sup> MOREIRA, Pedro da Silva. **Eficácia normativa dos Princípios Constitucionais: o caso do direito à saúde**. Porto Alegre: URGs, 2010, pp. 47-48.

Barroso, manifestando-se em audiência pública sobre a matéria, adverte:

Desenvolveu-se certo senso comum, que é preciso enfrentar, de que o Judiciário, no caso de judicialização, pondera o direito à vida e à saúde de uns e, de outro lado, pondera princípios orçamentários, separação de Poderes. Infelizmente, esta não é a verdade. O que o Judiciário verdadeiramente pondera é direito à vida e à saúde de uns contra o direito à vida e à saúde de outros. Portanto, não há solução juridicamente fácil nem moralmente simples nesta matéria.<sup>18</sup>

Sob essa perspectiva, vê-se claramente a relevância, sobretudo no Brasil (pela forma com que o direito fundamental à saúde é majoritariamente entendido) de um aprofundamento maior sobre a temática, cujo resultado, intui-se, pode levar à conclusão de que toda a generalização na matéria leva à incompreensão do problema, ou melhor, dos diferentes problemas decorrentes da efetividade normativa desse direito social.

Longe da pretensão de esgotar os inúmeros questionamentos correlatos ao tópico, objeto do presente estudo, pode-se resumir até aqui, sem maiores controvérsias, que: a) as normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais possuem natureza de princípios (ou de diretrizes, na visão de Atienza e Manero); b) os direitos sociais possuem dimensão negativa (no sentido de abstenção por parte do Estado de condutas que neguem ou desrespeitem tais normas), além da preponderante dimensão positiva (prestacional); c) mostra-se inegável o direito subjetivo individual nascido do descumprimento ou cumprimento parcial de uma política pública na área da saúde por parte do Estado; d) existe um direito subjetivo público no sentido de exigir do Estado o implemento das políticas necessárias para a garantia do direito fundamental à saúde (embora ainda carente de mecanismos processuais próprios); e) a verdadeira questão polêmica, dada a complexidade de sua análise, mostra-se ser a (in) existência de direito subjetivo individual e potenciais limites a sua exigibilidade ante a ausência de políticas públicas regulamentadoras das normas constitucionais em debate.

### **3. O DIREITO À SAÚDE COMO POSTULADO FUNDAMENTAL DE TERCEIRA DIMENSÃO: TUTELA TRANSINDIVIDUAL E DEMOCRACIA PARTICIPATIVA COMO FATORES IMPLEMENTADORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS E DE CONQUISTAS SOCIAIS**

Em retrospecto, pode-se afirmar que o artigo 196 da CRFB de 1988 (*“a saúde é direito de*

---

<sup>18</sup> BARROSO, Luís Roberto. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf), capturado em 02.09.2015.

*todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*) encerra uma noção tridimensional do direito à saúde.

Sem embargo das demais, a primeira delas guarda íntima relação com os direitos civis (primeira geração), ou direitos de liberdade e igualdade formais, na medida em que assegura uma igualdade no acesso às ações e serviços de saúde na forma da lei, inclusive como reflexo do direito à vida e à dignidade. Nessa esfera de incidência, sabe-se já incontroverso o caráter subjetivo do direito positivado.

A segunda dimensão do mesmo direito coincide, também, com os postulados próprios dos direitos sociais (ou de segunda geração), voltados à concretização da igualdade substancial ou da liberdade real, de modo que a plena consecução dessas finalidades perpassa por políticas públicas consistentes e permanentes, notadamente diante das necessidades que se renovam cotidianamente e das que surgem a partir dos avanços científicos e descobertas de novos medicamentos e terapias. O direito à saúde, como de regra os direitos sociais em sentido mais amplo, traduzem-se por direitos de satisfação progressiva e, por isso mesmo, em direta correlação com a riqueza e o crescimento do país.

Não obstante a eficácia progressiva dos direitos prestacionais, é cediço que estes possuem uma eficácia imediata mínima, ao menos na esfera negativa e na dimensão objetiva, ao passo que se impõe ao Estado pautar sua atuação ao respeito a essas normas.

O fato é que, mesmo sem ignorar as diferentes facetas dos direitos sociais em geral e, em particular do direito à saúde, o reconhecimento de obrigações prestacionais originárias e derivadas<sup>19</sup> por parte do Estado, vincula-se, necessariamente, às limitações daquilo que é possível exigir-se num dado contexto socioeconômico.

No caso da saúde, pode-se afirmar que mesmo diante de direito originário (à proteção e recuperação da saúde) a satisfação, ainda que individual, não pode perder de vista o atual quadro de escassez de recursos públicos.

Contudo, mesmo na esfera subjetiva, tratando-se de *posição jurídico-subjetiva positiva de*

---

<sup>19</sup> Entendendo-se por originárias as que podem ser reclamadas judicialmente, mesmo sem norma regulamentadora anterior e derivadas (a maioria dos direitos sociais) como as que não prescindem para a sua plena realização de prévia regulamentação, política pública ou previsão orçamentária específica.

*vantagem* (prerrogativa ou poder de exigir certa prestação positiva por parte do Poder Público), normalmente decorrente da incidência do direito à saúde, associado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, tal pretensão encontra no horizonte do possível sua limitação maior.

Na explicação de Clèmerson Merlin Clève, a confluência dos direitos sociais e da dignidade da pessoa humana resulta na obrigação do Estado consistente na observância e implemento de um *mínimo existencial* (pois inexiste dignidade humana sem a satisfação de um mínimo necessário para a existência). A esse respeito, disserta:

Ou seja, as prestações do poder público decorrentes do reconhecimento dos direitos fundamentais poderão ser progressivamente incrementadas. Todavia, o mínimo existencial implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais. O definir esse mínimo não é tarefa fácil. O que se afirma, porém, é que, para a observância desse mínimo (que terá que ser definido por meio de disputabilidade processual), pode o cidadão recorrer, desde logo ao Poder Judiciário, estando o Judiciário, do ponto de vista constitucional, autorizado a decidir a respeito.<sup>20</sup>

Pontua, na sequência, o mesmo autor, ponderando o máximo possível com o mínimo existencial:

Os direitos sociais não tem a finalidade de dar ao brasileiro apenas o mínimo. Ao contrário, eles reclamam um horizonte eficaz progressivamente mais vasto, dependendo isso apenas do comprometimento da sociedade e do governo e da riqueza produzida pelo país. Aponta a Constituição, portanto, para a ideia de máximo, mas de máximo possível[reserva do possível] (o problema da possibilidade). O conceito do mínimo existencial, do mínimo necessário e indispensável, do mínimo último, aponta para uma obrigação mínima do poder público, desde logo sindicável, tudo para evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência vê confiscados seus desejos, vê combalida sua vontade, vê destruída sua autonomia, resultando num ente perdido no cipoal das contingências, que fica a mercê das forças do destino.<sup>21</sup>

Por fim, a terceira, e talvez mais importante envergadura do direito à saúde, reside justamente em seu aspecto fraternal, de forma a pautar sua efetivação social – e, nesse rumo, a compreensão de sua eficácia normativa – pela noção de comunidade e de corresponsabilidade, premissas pelas quais se deve ponderar o direito de um e os direitos de todos os demais.

Arrisca-se dizer, a propósito dessa dimensão do direito à saúde, que sua concepção e estrutura normativa sugerem a positivação de um direito de terceira geração ou dimensão por excelência, na medida em que, ultrapassando a tradicional concepção individualista de proteção

---

<sup>20</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**. Boletim Científico- Escola do Ministério Público da União. Ano II, n. 8, jul/set 2003. Brasília: ESMPU, 2003, p. 160.

<sup>21</sup> CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**, p. 160.

aos direitos, pretende tutelar anseios comuns a essa e às futuras gerações, como um meio-ambiente saudável, a qualidade de vida, a solidariedade e a fraternidade.

Então, para além de seu caráter individual, decorrente de posição jusfundamental subjetiva positiva de vantagem, sobretudo concernente ao *mínimo existencial*, importa repercutir a faceta transindividual do direito à saúde (em especial no tocante à prevenção, mediante redução dos fatores de risco), cuja titularidade compete a todo cidadão, ensejando uma defesa preponderantemente coletiva por meio de organizações não governamentais, associações, Ministério Público, Defensoria, dentre outros.

A importância de coletivizar tal discussão, sobretudo o processo decisório nas hipóteses não cobertas por programas assistenciais ou políticas públicas predefinidas responde não apenas ao problema da segurança jurídica (evitando-se decisões individuais conflitantes em situações idênticas), mas antes, coaduna-se perfeitamente ao princípio da fraternidade, que deflagra a necessária ampliação no reconhecimento e aplicação do direito a toda a comunidade de pessoas na mesma condição.

De outro vértice, uma maior transparência e participação dos segmentos sociais na discussão em torno de políticas públicas ineficazes podem levar a uma reformulação desses programas e, por consequência, possibilitar a eleição de novas prioridades na alocação dos recursos públicos à saúde.

Esse é o tom da participação do Ministro Barroso na Audiência Pública promovida para discutir as questões relativas à saúde pública:

Pois bem. Penso – e é a minha sugestão principal - que, neste caso, o debate deva ser convertido, de um debate individual, para um debate coletivo. A partir deste momento, o que se deve decidir não é se uma pessoa deve merecer o provimento de sua postulação judicial; o que o Judiciário tem que decidir é se todas as pessoas que estão naquela posição merecem ser atendidas, porque, aí, em vez de atender uma pessoa, cria-se uma política pública para atender àquela necessidade. Por que é importante transformar essa disputa de individual em coletiva? Porque aí se acaba com um universo, que é típico brasileiro, de que, como não tem direito para todo mundo, alguns têm privilégio – o que é extremamente negativo.

[...]

Eu acho que a judicialização e o atendimento a casos individuais, onde deve haver uma política coletiva, uma política pública, favorece a captura do sistema pela classe média ou pelo menos favorece aqueles que não estão na base mais modesta do sistema. Mas, sobretudo, essa transformação da ação individual em uma ação coletiva permite que se realize a ideia de universalização e a ideia de igualdade. Vai-se realizar e se atender aquele direito para todo mundo,

ou não, mas não vai se criar um modelo em que o atendimento passa a ser lotérico – depende de ter informação, depende de cair em um determinado juízo. Portanto, uma política pública, não o atendimento a varejo de prestações individuais.<sup>22</sup>

Fecha, em certa medida, esse raciocínio com as reflexões de Fernando Atria, especialmente no ponto em que insiste ser a des-socialização dos direitos sociais a consequência de sua exigibilidade enquanto direitos subjetivos:

Los derechos sociales *no pueden* ser exigibles como derechos subjetivos. Para hacer de los derechos sociales derechos jurídicamente exigibles es necesario des-socializarlos.

Los derechos sociales apelan a una idea de comunidade cuyo requerimiento central es que a las personas les importe y, cuando sea necesario y posible, se preocupen de la suerte de los demás. Y también que les importe preocuparse los unos de los otros.

Esta noción de comunidad es incompatible con una que concibe a sus miembros *primariamente* como portadores de derechos, porque expresiones como ‘tengo un derecho...’ o ‘no tienes derecho a...’ [...] evocan una guerra latente y despiertan el espíritu de contienda. Ubicar la noción de derechos al centro de los conflictos sociales es inhibir cualquier posible impulso a la caridad en ambos bandos.

Los individuos que se conciben a sí mismos *primariamente* como portadores de derechos son los individuos que concurren al mercado: individuos para los cuales los otros son amenazas, amenazas contra las cuales deben estar defendidos.

No entanto, em que pese a inquestionável densidade do argumento, há que se observar a realidade brasileira concernente aos direitos sociais e ao direito à saúde para perceber que o modelo de outros países, em destaque os chamados do eixo norte (desenvolvidos), distancia-se sobremaneira do nacional.

Sequer existe em todo o território brasileiro políticas de saneamento básico, aspecto fundamental para cogitar falar-se sobre prevenção às doenças, bem-estar físico e moral, higiene, meio-ambiente saudável, ou outras tantas necessidades elementares à dignidade da vida humana.

Obviamente esses clamores primordiais ostentam o caráter transindividual e mais, transgeracional e, dessa sorte, tipicamente caracterizados como demandas/direitos de terceira dimensão.

Todavia, pelo estado de carência da população brasileira o reconhecimento da faceta transindividual, coletiva ou difusa do direito à saúde não obscurece sua judicialidade como direito subjetivo individual, precipuamente voltado ao cumprimento da obrigação elementar do Estado

---

<sup>22</sup> BARROSO, Luís Roberto. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf), capturado em 02.09.2015.

em relação ao mínimo existencial do cidadão, até mesmo em atenção ao princípio da dignidade e aos direitos de primeira e segunda dimensão como igualdade e liberdade (no sentido formal e material).

Em outras palavras, essa é a lição de Sarlet quando professa a importância da tutela processual individual dos direitos sociais, ainda que se possa preferir tratá-los como direitos transindividuais (de índole coletiva e/ou difusa). A propósito, transcreve-se o trecho introdutório à conclusão de uma concorrência entre tutela individual e transindividual:

Assim, à luz das considerações precedentes, o que se pretende neste ensaio, é apresentar e discutir os principais aspectos relacionados à controvérsia sobre a existência de uma dupla dimensão individual e transindividual dos direitos socioambientais (com particular destaque para o direito à saúde), bem como, no plano processual, a possibilidade de uma tutela tanto em nível individual como coletivo (transindividual), avaliando os principais argumentos esgrimidos em prol das posições mais relevantes, quais sejam, a de uma ilegitimidade da tutela individual ou de uma posição preferencial (mas não excludente da tutela individual) da proteção processual coletiva.<sup>23</sup>

Por todo o exposto, permite-se teorizar que o problema relativo à titularidade dos direitos sociais, destacadamente do direito à saúde, não pode obstaculizar a concreção mínima de seu conteúdo axiológico. Nessa porção, há que se resguardar o poder de todo e qualquer cidadão de reclamar do Estado o cumprimento do mínimo existencial, apontando a uma tutela evidentemente individual, pois incontestemente que tal noção remonta ao aspecto mais particular do ser humano, que é a sua dignidade como pessoa, individualizada por suas nuances próprias e destacada da coletividade a qual pertence.

Seria deveras contraditório, pois, negar-se o caráter (e, porque não dizer, titularidade?) individual dos direitos humanos ou fundamentais. Carece de qualquer argumento válido afirmar que um direito humano, fundamental, possa ser entendido, aplicado e justificado coletivamente, mas não na sua primária dimensão pessoal.

O que se pode e deve fazer (isso sim!), é resgatar a dimensão política dessas demandas (reforçando-se a jurídica, visto que o Direito opera como forte instrumento de implementação das políticas públicas nas constituições dirigentes) e, com isso, buscar uma participação social (coletiva e mais efetiva) na discussão prévia dos projetos e programas governamentais na área da saúde, ou, melhor dizendo, nas questões socioambientais, desde a previsão orçamentária até a ampliação de terapias e medicamentos da lista oficial do Sistema Único de Saúde.

---

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Processo. **O Direito à Proteção e Promoção da Saúde entre tutela individual e transindividual**. Revista de Processo. Ano 36, v. 199 (set/2011), p. 19.

A própria iniciativa do Supremo Tribunal Federal de realizar audiências públicas para a discussão ampliada dessas e outras polêmicas na temática, denota a tendência desse resgate (político, de ágora) e o reconhecimento de que é preciso, principalmente no tratamento do direito à saúde, dado seu caráter universal, lançar mão de instrumentos que privilegiem a democracia participativa na concretização constante e consistente das promessas constitucionais em aberto.

Quanto ao papel a ser desempenhado pelo Judiciário nesse processo, cumpre registrar sua mais absoluta imprescindibilidade, seja nas circunstâncias em que atua de forma dita ativista (notadamente nas hipóteses de ausência de políticas públicas em que está em cheque o mínimo existencial, a dignidade humana e a própria defesa da vida), seja por meio de uma atuação mais contida, resultante da necessária e verdadeira ponderação do direito de um e dos direitos de todos os demais.

De todo modo, nunca foi tão elementar na sociedade brasileira a intermediação do Poder Judiciário como na contemporaneidade. A Justiça, em geral, e a Justiça constitucional, em especial, exerce hoje função umbilicalmente ligada à realização do paradigma do Estado Democrático de Direito, cujas bases repousam, dentre outras, na concretização dos direitos fundamentais sociais.

Nessa ordem de ideias, há que ser superada a concepção corrente da separação de poderes como divisão estanque de competências, para se afirmar a cooperação e corresponsabilidade tanto do Legislativo, como do Executivo e do Judiciário na construção do modelo de sociedade fraterna, proposto constitucionalmente.

Recorre-se ao poder de síntese de Lenio Streck a fim de formular a conclusão deste breve estudo que ora se aproxima:

Numa palavra: a inserção da justiça constitucional no contexto da realização dos direitos fundamentais-sociais deve levar em conta, necessariamente, o papel assumido pela Constituição no interior do novo paradigma instituído pelo Estado Democrático de Direito. Do mesmo modo, a evolução da concepção de Estado exige uma ruptura com a clássica divisão de poderes. Há que se compreender que, ínsita ao novo papel assumido pelo Direito (transformador, a partir da idéia de força normativa e da perspectiva dirigente da Constituição), está a admissão de um (por vezes necessário) deslocamento da esfera de tensão dos demais Poderes em direção ao Poder Judiciário. Para que se possa compreender o estado da arte desse problema em *terra brasilis*, torna-se necessário superar a crise que atravessa o Direito e o Estado, que emerge a partir da contraposição de uma sociedade carente de direitos sociais fundamentais (déficit decorrente de um Welfare State que não houve), com a materialidade do texto constitucional exurgente do pacto refundador de 1988. Buscar a superação dessa crise – que, insisto, é uma crise de paradigma – é condição de



possibilidade para a construção de um discurso jurídico apto a compreender as especificidades próprias da revolução copernicana ocorrida no plano do direito constitucional.<sup>24</sup>

A partir dessas premissas, pode-se pensar em um Poder Judiciário que harmonize com os demais poderes, e, por vezes atue de forma supletiva aos outros dois, sobretudo na insistência, como diz Streck, do estabelecimento de um “piso democrático” relativo às medidas de bem estar social, que, todavia, não representa a “morte do político”, mas sua reestruturação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se discernir acerca dos reflexos do direito fundamental à saúde, em seus diferentes âmbitos de incidência, parece menos contraditória a conclusão de que descabe categorizar os casos concretos sob uma mesma rubrica ou mesmo incorrer no equívoco de buscar uma única resposta a situações ou posições jurídicas inconciliáveis.

Em um primeiro olhar, pode-se dizer que a vocação transindividual (coletiva e/ou difusa) dos direitos de terceira dimensão se afirma, cada vez mais, na contemporaneidade como direitos de fraternidade, a exemplo da prevenção na área da saúde e da promoção de um meio ambiente sadio, garantida a qualidade de vida dos cidadãos em geral.

De outro vértice, em países denominados periféricos como o Brasil (ou de modernidade tardia, segundo consigna Streck), o compromisso assumido no pacto constitucional se mostra longe de ser plenamente realizado, haja vista a gama de necessidades prementes ainda em aberto na sociedade, cujo desafio maior continua a consistir na concretização do *mínimo existencial* (necessidades de caráter eminentemente individual).

Dentre as promessas do *máximo possível* e o imprescindível e inadiável cumprimento do *mínimo existencial* relativamente aos direitos sociais, encontra-se a inescindível função do Judiciário e da jurisdição constitucional que, em um difícil exercício de equilíbrio de sua atuação, muitas vezes é taxada de antidemocrática, porquanto apontada como invasora das searas reservadas ao Executivo ou Legislativo.

Nesse ponto, relevante lembrar que a democracia é muito mais do que governo da maioria, na medida em que a maioria de hoje pode vir a ser a minoria de amanhã.

---

<sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil*, p. 292.

Assim, à guisa de conclusão, ao lado da feição pessoal do direito à saúde (com destaque às demandas tocantes ao *mínimo existencial*), cuja tutela é indisfarçavelmente individual e exercitável mediante os tradicionais instrumentos processuais, reconhece-se, em complemento, sua feição transindividual, a reclamar, para além dos mecanismos instrumentais já existentes (ação direta de inconstitucionalidade por omissão, arguição de preceito fundamental e mandado de injunção) novos caminhos para a sua defesa e promoção nas hipóteses de inação do poder público.

Longe de esgotar tema tão complexo quanto polêmico, pretendeu-se contribuir com o aprofundamento do debate, buscando um pequeno e incipiente paralelo entre a experiência brasileira e a espanhola, precipuamente na tentativa de compreender as diferenças teóricas e os embates doutrinários, dos quais resultam as propostas hermenêuticas ao enfrentamento da matéria.

De tudo o que se viu, resta uma única certeza: entre a promessa do *máximo possível* e o efetivo cumprimento do *mínimo existencial* há uma infinidade de situações concretas cuja devida ponderação compete ao Judiciário na realização da democracia.

O consenso, de toda sorte, aponta somente à conclusão do muito que ainda há a desbravar nesse campo, sem dúvida fértil de ideias e próprio para o exercício da reflexão continuada e da ação pautada pela responsabilidade e pelo ideário da fraternidade a implicar reciprocamente Estado, indivíduo e sociedade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009.

ANDRADE, Fernando Gomes. Direitos de Fraternidade como Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão: aspectos teóricos e aplicabilidade nas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro. **Amicus Curiae**, V. 8, N. 8, 2011, p.13.

ATIENZA, Manuel. MANERO, Juan Ruiz. Sobre princípios e regras. **Revista Eletrônica Acadêmica de Direito Law E-journal Panóptica**.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro:

Campus, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis\\_Roberto\\_Barroso.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barroso.pdf), capturado em 02.09.2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário no Mandado de Segurança nº 6.564/RS, relator Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Turma, julgado em 23.05.1996, DJ 17.06.1996.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais**. Boletim Científico- Escola do Ministério Público da União. Ano II, n. 8, jul/set 2003. Brasília: ESMPU, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SANTOS, Maurício de Melo. **O combate à epidemia de HIV/Aids no Brasil e o papel das organizações não governamentais**. Disponível em: <http://www.revistahospitaisbrasil.com.br/artigos/o-combate-a-epidemia-de-hiv-aids-no-brasil-e-o-papel-das-organizacoes-nao-governamentais/>, capturado em 09.09.2015.

SARDÀ, Clara Marquet. Estado Social, Direitos Sociais e Princípios no sistema Consitucional da Espanha. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz. SERRAMALERA, Mercè Barcelò i (orgs.). **Direitos fundamentais em Estados Compostos**. tradução de Débora Diersmann Pereira. Chapecó: Editora Unoesc, 2013, p. 213.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Processo. O Direito à Proteção e Promoção da Saúde entre tutela individual e transindividual. **Revista de Processo**. Ano 36, v. 199 (set/2011).

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2 ed. São Paulo: RT, 1982, p.129.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais no Brasil. **Novos Estudos Jurídicos** - Volume 8 - Nº 2 - maio/ago 2003