



NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - UFC

Solicita-se permuta
Pídese canje
On demande l'échange
Si richiede la scambio
We ask for exchange
Wir bitten um Austausch.



NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito - UFC

Fortaleza

2011/1

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Volume 30.1 – jan/jun – 2011/1

Editora Chefe

Denise Lucena Cavalcante

Editora Sub-chefe

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Conselho Editorial

Ana Maria D'Ávila Lopes (UFC)

António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra)

Charles D. Cole (Samford University)

Denise Lucena Cavalcante (UFC)

Elizabeth Salmón (PUC/PERU)

Eros Grau (USP)

Federico Di Bernardi (Universidad Nacional de La Plata)

Fernando Facury Scaff (UFPA)

Francisco Queiroz Cavalcanti (UFPE)

Gilles Lebreton (Université du Havre)

Hugo de Brito Machado (UFC)

João Luis Nogueira Matias (UFC)

Jorge Miranda (Universidade Católica Portuguesa)

José Luis Caballero (Universidad Iberoamericana de México)

Juarez Freitas (PUC-RS)

Paulo Bonavides (UFC)

Willis Santiago Guerra Filho (PUC/SP)

Wolf Paul (Universität Frankfurt am Main)

Cordenação de Design

Jon Barros

Diagramação

Alex Keller

Nomos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.
V. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, n.
semestral. Órgão oficial do Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará.

ISSN - 1807-3840

1 - Direito-periódico.

1 - Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito.

Curso de Mestrado em Direito.



SOBRE OS AUTORES

Ana Maria D'Ávila Lopes

Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Fortaleza. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

Antônio Herman Benjamin

Membro do Ministério Público de São Paulo e professor-visitante de Direito Ambiental Comparado nas Faculdades de Direito das Universidades do Texas e Illinois. Membro da Comissão de Direito Ambiental da UICN e ex-presidente do Instituto "O Direito por um Planeta Verde"; relator-geral da Comissão de Juristas da Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente.

Bianco Zalmora Garcia

Graduado em Filosofia pela Universidade de São Paulo e em Teologia pelo Instituto Superior de Filosofia e Teologia dos Frades Capuchinhos Paraná Santa Catarina. Mestre em Educação pela Universidade de São Paulo e Doutor em Educação - Filosofia da Educação pela Universidade de São Paulo. Atualmente é professor adjunto da Universidade Estadual de Londrina. Atua como docente no Departamento de Filosofia, no Mestrado em Direito Negocial e Mestrado em Serviço Social.

Denise Almeida de Andrade

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Professora do curso de Direito da Unifor e da Faculdade Christus.

Edvania Fátima Fontes Godoy

Advogada. Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina. Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Bolsista CAPES.

Fernando Araújo

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Humberto Cesar Temoteo Ribeiro

Graduação em Direito pela Faculdade Christus (2008). Advogado.

Janáína RigoSantin

Pós Doutoranda em Direito pela Universidade de Lisboa, sob a orientação do Dr. Vasco Pereira da Silva, bolsista CAPES processo n. 5199.09.3. Doutora em Direito pela UFPR, Mestre em Direito pela UFSC, Advogada, Professora da Faculdade de Direito e do Mestrado em História da Universidade de Passo Fundo-RS.

José Emílio Medauar Ommati

Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor de Teoria do Estado, Teoria da Constituição, Hermenêutica e Argumentação Jurídica e Direito Administrativo I da PUC Minas – Campus Serro – MG.

Maria Eugenia Bunchaft

Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professora e Pesquisadora do Unifoa – Centro Universitário de Volta Redonda.

Luciana Nogueira Nóbrega

Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Ex-bolsista de iniciação científica do CNPq.

Thaís Dalla Corte

Acadêmica do VII semestre do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo e bolsista PIBIC/CNPq.

Vanessa Genícia Duarte

Acadêmica do 5º período do curso de Direito da PUC Minas – Campus Serro – MG. Bolsista pesquisadora do programa FIP da PUC Minas durante o ano de 2008.



SUMÁRIO

DOCTRINA NACIONAL

AS AÇÕES AFIRMATIVAS ADOTADAS NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO PARA FOMENTAR A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES <i>Ana Maria D'Ávila Lopes e Luciana Nogueira Nóbrega</i>	11
CRÍTICA SINTÉTICA AO POSITIVISMO KELSENIANO COMO TEORIA DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA <i>Cynara Monteiro Mariano</i>	31
A VIOLÊNCIA SEXUAL PRATICADA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: A EDUCAÇÃO SEXUAL COMO ALTERNATIVA <i>Denise Almeida de Andrade e Humberto Cesar Temoteo Ribeiro</i>	43
MULTICULTURALISMO E A INDISSOCIABILIDADE ENTRE OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO <i>Bianco Zalmora Garcia e Edvania Fátima Fontes Godoy</i>	53
A NATUREZA NO DIREITO BRASILEIRO: COISA, SUJEITO OU NADA DISSO <i>Antonio Herman Benjamin</i>	79
PLANEJAMENTO URBANO E PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO NA GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS <i>Janaína Rigo Santin e Tháís Dalla Corte</i>	97
UMA COMPREENSÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DOS DIREITOS SOCIAIS NO MARCO DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UM ESTUDO A PARTIR DA PERSPECTIVA DO STF SOBRE OS DIREITOS À SAÚDE E À EDUCAÇÃO <i>José Emílio Medauar Ommati e Vanessa Genécia Duarte</i>	113
OS DIREITOS DA UNIÕES HOMOAFETIVAS NO E STJ E STF: UMA REFLEXÃO SOBRE OS LIMITES DO MONISMO MORAL DE AXEL HONNETH <i>Maria Eugenia Bunchaft</i>	143
DOCTRINA ESTRANGEIRA	
SORTE MORAL, CARÁCTER E TRAGÉDIA PESSOAL <i>Fernando Araújo</i>	167

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRODUÇÃO DE EFEITOS DOS TRATADOS DE PROTECÇÃO DO AMBIENTE NO ESPAÇO MARINHO <i>Fernando Loureiro Bastos</i>	213
RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL Y DEL TRATAMIENTO DE RESIDUOS BAJO LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO: “DEL MEDIOAMBIENTE SOSTENIBLE A LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS” <i>María Matilde Ceballos Martín e Raúl Pérez Guerra</i>	251

DOUTRINA NACIONAL





AS AÇÕES AFIRMATIVAS ADOTADAS NO BRASIL E NO DIREITO COMPARADO PARA FOMENTAR A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES

*Ana Maria D'Ávila Lopes **
*Luciana Nogueira Nóbrega ***

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 trouxe dispositivos de grande importância para o fim da tradicional discriminação sofrida pelas mulheres, ao prever expressamente o direito à igualdade e assegurar-lhes a titularidade da plena cidadania, deflagrando, desse modo, uma verdadeira revolução no que tange à inserção feminina nos espaços sociais.

Entretanto, essa revolução não é observada quando analisamos os espaços formais de atuação política, a saber, Executivo, Legislativo e Judiciário, ocupados, na sua imensa maioria, por homens. Esse fenômeno, percebido mundialmente, levanta a discussão sobre os motivos da pouca participação política das mulheres nos espaços formais de poder, o que tem levado alguns países, dentre eles o Brasil, a adotar ações afirmativas como mecanismos de efetivação do princípio da igualdade material entre homens e mulheres, fomentando o pleno exercício da cidadania feminina, em especial no que tange ao Poder Legislativo.

Assim, foi introduzida, no ordenamento brasileiro, a Lei 9.504/97, que dispôs acerca de percentuais mínimos de participação para candidatos do sexo masculino e feminino. Trata-se de um mecanismo legal que estabeleceu, de forma indireta, cotas para as mulheres, uma vez que determinou a reserva de no mínimo 30% e no máximo 70% para as candidaturas de cada sexo. Contudo, os resultados não têm sido nada alentadores.

Nesse contexto, o presente estudo visa a analisar algumas experiências de adoção de ações afirmativas no direito comparado para a implementação da participação política das mulheres, no intuito de que possam auxiliar no aperfeiçoamento de nosso próprio sistema.

Palavras-chave

Direitos das mulheres. Princípio da Igualdade. Participação política. Ações afirmativas.

RESUMEN

La Constitución Federal de 1988 trajo dispositivos de gran importancia para el fin de la

* Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Fortaleza. Bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq.

** Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Ex-bolsista de iniciação científica do CNPq.

tradicional discriminación sufrida por las mujeres al prever expresamente el derecho a la igualdad y asegurarles la titularidad de la plena ciudadanía, provocando, de esa forma, una verdadera revolución en lo que se refiere a la inserción femenina en los espacios sociales.

Sin embargo, esa revolución no es observada cuando analizamos los espacios formales de actuación política, es decir, en los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, ocupados, en su inmensa mayoría, por hombres. Ese fenómeno, percibido mundialmente, levanta la discusión sobre los motivos de la poca participación política de las mujeres en los espacios formales de poder, lo que ha llevado a algunos países, entre los cuales está Brasil, a adoptar acciones afirmativas como mecanismos para efectivizar el principio de la igualdad material entre hombres y mujeres, fomentando el pleno ejercicio da ciudadanía femenina, en especial en lo que respecta al Poder Legislativo

Así, en Brasil, fue promulgada la Ley 9.504/97, que estableció porcentajes mínimos de participación para candidatos del sexo masculino y femenino. Se trata de un mecanismo legal que estableció, de forma indirecta, cuotas para las mujeres, una vez que determinó la reserva de mínimo 30% e máximo 70% para las candidaturas de cada sexo. Sin embargo, los resultados no han sido nada alentadores.

En ese contexto, es que este trabajo busca analizar algunas experiencias de adopción de acciones afirmativas en el derecho comparado para la implementación de la participación política de las mujeres, con el fin de que puedan auxiliar en el perfeccionamiento de nuestro propio sistema.

Palabras-clave

Derechos de las mujeres. Principio de la igualdad. Participación política. Acciones afirmativas.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem-se observado um fenômeno mundial, a que muitos se referem como a Revolução das Mulheres. Isso porque a presença cada vez mais atuante de mulheres nos diversos espaços sociais não é mais uma exceção: elas saíram da invisibilidade do “dentro de casa” para galgarem espaços de destaque na sociedade, participando intensamente da vida sócio-política de seus países.

No entanto, esse fenômeno tem mostrado uma face contraditória. Se é verdade que as mulheres estão cada vez mais presentes nos espaços públicos, o mesmo não se pode dizer da participação delas nos espaços formais ou institucionais de poder, considerando que esses não têm acompanhado a velocidade de inserção das mulheres como em outros espaços, a exemplo do mercado de trabalho ou do ensino superior. Nesse sentido, para Sílvia Camurça, “a política e o poder se, por um lado, estão no cerne do problema feminista são, por outro lado e por isso mesmo, campos da vida social pouco permeáveis à presença das mulheres e pensados, em geral no masculino”.¹

Diante disso, os países têm adotado ações afirmativas como forma de promover a participação política das mulheres e minorar os efeitos das desigualdades socialmente construídas entre homens e mulheres nos espaços de poder.

Nesse contexto, o presente trabalho objetiva analisar a experiência brasileira e de outros Estados na adoção de ações afirmativas de fomento da participação política das mulheres, à luz do princípio da igualdade material.

¹ HOBBSAWM, Eric Hobsbawm. *Era dos Extremos*. O breve século XX, 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras. 1996, p. 304.

1. AS AÇÕES AFIRMATIVAS E A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

No Brasil, a promulgação da Constituição de 1988 foi marcada pela pressão popular pelo fim do Regime Militar e a instauração de um Estado Democrático de Direito. O documento político-jurídico, que vigora até os dias atuais, trouxe tempos de maior estabilidade democrática, contendo inovações importantes para o constitucionalismo brasileiro. Dentre essas inovações, alguns dispositivos merecem destaque, por representarem um marco contra a discriminação. São eles:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

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.

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 seguintes termos:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Em análise às disposições constitucionais transcritas acima, pode-se inferir que o constituinte originário brasileiro previu uma igualdade material e efetiva², já que mais do que uma igualdade formal, abstrata e absoluta, estabeleceu a vedação do uso de tratamentos discriminatórios como forma de reduzir as desigualdades sociais e regionais. Em outras palavras, permite que, caso necessário, seja adotado tratamento diferenciado entre pessoas que se encontram em situação de desigualdade para atender aos objetivos elencados no art. 3º, incisos III e IV.

Ademais, a CF/88, além de resguardar os direitos fundamentais, comprometeu o Poder Público com a garantia desses direitos. Dessa forma, a igualdade material não é só prevista na Carta Magna, mas também desejada e exigida por ela, na medida em que atribui ao Estado um comportamento ativo na efetivação dos direitos fundamentais. Corroborando com essas afirmações, Carmen Lúcia Antunes Rocha, referindo-se aos incisos III e IV do art. 3º da Constituição Federal de 1988, comenta:

Verifica-se que todos os verbos usados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer,

² CAMURÇA, Sílvia. A política como questão: revisando Joan Scott e articulando alguns conceitos. In: ÁVILA, Maria Bethânia (org.). *Textos e imagens do feminismo: mulheres construindo a igualdade*. Recife: SOS Corpo. 2001, p. 133-134.

designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional.³

Nessa perspectiva, é possível que, em certos casos, surja a necessidade de aplicação de políticas, programas ou medidas que visem a atender aos ditames de igualdade material e combater a discriminação. A essas medidas dá-se o nome de ações afirmativas.

Conforme apontam alguns doutrinadores, as ações afirmativas ganharam força nos Estados Unidos, a partir da década de 60, como instrumentos destinados a minimizar os efeitos das desigualdades e da segregação, principalmente racial. Entretanto, a expressão “ação afirmativa” tem origens anteriores àquela década. De acordo com Leila Pinheiro Bellintani:

O termo “ação afirmativa” surgiu nos Estados Unidos, em 1935, sob a nomenclatura “*affirmative action*”, quando foi usado no Ato Nacional das Relações de Trabalho, no qual se proibiu ao empregador o cometimento de qualquer forma de repressão contra membros dos sindicatos. Tal mecanismo consubstanciava-se, portanto, na possibilidade de o indivíduo, que objetivamente houvesse sido discriminado, ser relocado para a posição laboral que poderia, ou mesmo deveria, ter alcançado, caso não houvesse sofrido tal discriminação.⁴

Assim, embora tenha origem mais remota, foi somente durante a década de 60 que a expressão “ações afirmativas” apareceu em um documento legal com a conotação que apresenta hoje. Segundo Leila Bellintani⁵, o presidente Kennedy determinou, por meio de uma ordem executiva, que empresas empreiteiras contratadas pelas entidades públicas passassem a selecionar, para seus quadros de pessoal, indivíduos pertencentes a grupos minoritários, em especial os negros. Depois dessa ordem executiva, outras normas foram editadas no sentido de que as escolas passassem a receber alunos negros.

Essas ações afirmativas consistiam, inicialmente, em meras recomendações do Estado dirigidas aos particulares sobre a importância de se colaborar com a inserção de grupos historicamente discriminados no mercado trabalho e na educação formal. Não surtiram, entretanto, o efeito esperado. Como não havia

³ Comentando sobre o princípio da igualdade material, Ismael Evangelista Benevides Moraes, destaca que: “de acordo com o princípio da igualdade material, o Estado deve, inicialmente, abster-se de tratar as pessoas diferentemente, mas, sempre que necessário, pode e deve adotar tratamento diferenciado no sentido de proporcionar uma igualdade real, de oportunidades. (MORAES, Ismael Evangelista Benevides. O sistema de cotas analisado através do princípio da igualdade e proporcionalidade. *NOMOS*. v. 27. Jul/Dez. 2007. p. 148).

⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa. O conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista de Informação Legislativa*, ano 33, nº131. Brasília, Jul/Set. 1996, p. 289.

⁵ BELLINTANI, Leila Pinheiro. “Ação afirmativa” e os princípios do Direito. A questão de cotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 44.

critérios mais rígidos ou sanções para o seu descumprimento, constatou-se a ineficácia das ações afirmativas quando propostas com base nesse modelo.

Em decorrência disso, o Estado norte-americano passou a adotar políticas de ações afirmativas mais contundentes, exigindo, por exemplo, metas numéricas a serem alcançadas pelas empresas e instituições educacionais superiores (universidades). Essas medidas visavam obter já não mais uma igualdade de oportunidades e sim uma igualdade de resultados⁶, o que alargou o âmbito de aplicação das ações afirmativas, que passaram a ser usadas não só nos EUA, como em outros países, como medidas de inclusão social das mais diversas minorias.

Como conseqüência, as ações afirmativas não são mais entendidas como meras medidas estatais de encorajamento para a promoção da igualdade de grupos minoritários. De acordo com a moderna teoria das ações afirmativas, estas podem ser definidas como instrumentos temporários, públicos ou privados, que objetivam concretizar o princípio da igualdade substancial ou material, convertendo o conteúdo volátil do princípio em uma intervenção efetiva na realidade. Compreendem tanto as medidas que implicam em uma destinação de certos bens da vida a indivíduos socialmente discriminados (cotas ou metas numéricas, por exemplo), quanto medidas de auxílio a esses grupos ou indivíduos para que concorram em igualdade de oportunidades.

Nessa linha conceitual, para Joaquim Barbosa Gomes, as ações afirmativas são:

[...] como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate da discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.⁷

Quanto aos elementos caracterizadores das ações afirmativas, cita-se a excepcionalidade com que se revestem esses mecanismos, ou seja, deve-se demonstrar que o fim a que se propõem não poderia ser alcançado por outro meio.

Outro elemento é a temporaneidade, entendida pela doutrina como essencial a essas medidas, já que elas só devem ser aplicadas até a verificação do alcance da igualdade entre os indivíduos que compõem uma sociedade de desiguais. Assim, uma vez obtida uma igualdade real e efetiva, os mecanismos das ações afirmativas devem desaparecer.

Acerca das finalidades das ações afirmativas, Joaquim Barbosa Gomes realça alguns objetivos que serão medidos a longo prazo. Assim, para o mencionado autor, as ações afirmativas visam a:

⁶ Ibid., 2006, p. 44.

⁷ O sistema de cotas é um exemplo de ações afirmativas que visam a uma igualdade de resultados, vez que reserva uma parcela de determinados bens, como vagas em universidades ou candidaturas em partidos políticos, para indivíduos pertencentes a grupos oprimidos social e juridicamente.

[...] induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginativo coletivo a idéia de supremacia e subordinação de uma raça em relação a outra, do homem em relação à mulher.⁸

Logo, conclui-se que o objetivo da política de promoção da igualdade via aplicação de ações afirmativas não é somente fático ou numérico, determináveis a médio ou curto prazo. Elas também possibilitam um novo olhar sobre o outro, uma transformação no comportamento da sociedade no trato com as minorias ou grupos marginalizados.

No que tange à fundamentação filosófica das ações afirmativas, a doutrina especializada costuma dividir-se entre aqueles que defendem que a justificação para a adoção de tais instrumentos seria o alcance da justiça compensatória e aqueles que vêem a justiça distributiva como o alicerce dessas medidas.

Para os defensores da teoria justiça compensatória, as ações afirmativas seriam instrumentos que visam a reparar as discriminações ocorridas no passado, mas que se refletem na atualidade. Nesse sentido, Bellintani afirma que, segundo a teoria da justiça compensatória, as ações afirmativas seriam:

[...] meios capazes de compensar as discriminações sofridas ao longo da história por algumas minorias, tais como as mulheres e os negros, corrigindo os erros sociais pretéritos. Assim, buscar-se-ia ressarcir determinadas categorias de indivíduos das políticas de subjugação a que foram submetidas anteriormente. Nesses termos, teriam o condão de restituir a essas pessoas os danos sofridos por seus antepassados em face da adoção de políticas discriminatórias, tais como a escravidão e a segregação racial, ou mesmo de costumes históricos, através dos quais, por exemplo, reafirmava-se a submissão das mulheres em relação aos homens.⁹

Sobre esse tema, Joaquim Barbosa Gomes assevera que:

Tal reparação se justificaria na medida em que o processo de marginalização social tem uma inegável inclinação perenizante. O preconceito e a discriminação oficial ou social de que foram vítimas as gerações passadas tendem inexoravelmente a se transmitir às gerações futuras, constituindo-se em um insuportável e injusto ônus social, econômico e cultural a ser carregado, no presente, por essas novas gerações.¹⁰

Os argumentos invocados pela teoria da justiça compensatória, no entanto, são passíveis de críticas. Discorrendo sobre elas, para María Ángeles Martín Vida:

El recurso a argumentos retrospectivos, incluso desde esta perspectiva de apreciación de los efectos presentes de discriminaciones

⁸ GOMES, Joaquim B. Barbosa. O Debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (orgs.). *Ações Afirmativas*. Políticas Públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DR&A. 2003, p. 06.

⁹ Ibid. 2003, p. 08.

¹⁰ BELLINTANI, Leila Pinheiro. op. cit. 2006, p. 61.

pasadas tiene, sin embargo, múltiples inconvenientes, primero porque sólo aquellos colectivos que pudiesen demostrar que han sido víctimas de discriminaciones pasadas que perduran en forma de perjuicios presentes podrían beneficiarse de estas medidas; en segundo lugar, porque el cálculo de la entidad de compensación es difícilmente realizable; y en tercer lugar porque quienes se viesen perjudicados por medidas de esta naturaleza siempre recurrirían a argumentos de no culpabilidad por los perjuicios pasados y presentes para presentarse a si mismos como ‘víctimas inocentes’ de los programas de ‘discriminación inversa’.¹¹

Verificando a existência dessas questões controvertidas, formulou-se a teoria da justiça distributiva, para a qual, as ações afirmativas seriam mecanismos dirigidos para o futuro, que objetivam densificar o princípio da igualdade, na medida em que possibilitam àqueles que foram e são privados dos bens sociais terem acesso a esses bens, repartindo-se, de forma equitativa, entre os membros de uma sociedade, os ônus e vantagens, direitos e deveres. Assim, de acordo com Joaquim Barbosa Gomes:

A tese distributivista propõe a adoção de ações afirmativas, que nada mais seria do que a outorga aos grupos marginalizados, de maneira equitativa e rigorosamente proporcional, daquilo que eles normalmente obteriam caso seus direitos e pretensões não tivessem esbarrado no obstáculo intransponível da discriminação. Portanto, sob essa ótica, a ação afirmativa define-se como um mecanismo de redistribuição de bens, benefícios, vantagens e oportunidades que foram indevidamente monopolizados por um grupo em detrimento de outros, por intermédio de um artifício moralmente e juridicamente condenável – a discriminação, seja ela racial, sexual, religiosa ou de origem nacional.¹²

Finalizando essa análise, ressalta-se que há autores que indicam como fundamento para a adoção das ações afirmativas os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da democracia e do pluralismo político, destacando que essas medidas são compatíveis com a Constituição. Nessa linha, Álvaro Ricardo de Souza Cruz se posiciona:

A necessidade de reconhecimento de uma sociedade plural e democrática exige a participação formal, material e, sobretudo, procedimentalmente igualitária no tocante ao tratamento estatal e sua divisão social de oportunidades. As ações afirmativas são, pois, discriminações lícitas que podem amparar/resgatar fatia considerável da sociedade que se vê tolhida do direito fundamental de participação na vida pública e privada. Permitirmos acesso a cargos e empregos públicos, mandatos políticos; garantir-lhes

¹¹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação Afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 62.

¹² VIDA, María Ángeles Martín. *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de Acción Positiva*. Madrid: Civitas Ediciones, 2002, p. 154.

acesso à saúde, à educação, à liberdade religiosa e de expressão compõe um substrato essencial de democracia atual.¹³

2. AÇÕES AFIRMATIVAS EM FUNÇÃO DO GÊNERO NO BRASIL E AS COTAS PARA CANDIDATURAS DE MULHERES

Com relação à luta das mulheres pela igualdade, a Constituição de 1988 foi contundente no sentido de prever a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações. Traz, no inciso IV do art. 3º, e inciso I do art. 5º, a proibição de tratamentos discriminatórios baseados unicamente no elemento sexo e que importem em ampliação das desigualdades entre homens e mulheres; estabelecendo, ainda, no art. 226, §5º, a igualdade entre esses sujeitos sociais no âmbito da família¹⁴. Não se trata, entretanto, de uma repetição desnecessária de dispositivos, mas de uma técnica utilizada pelo constituinte para enfatizar o objetivo de construir relações mais igualitárias entre homens e mulheres nos mais diversos espaços da vida social.

Ocorre que, vinte anos depois da promulgação da Constituição, constata-se que a mera previsão da igualdade não foi suficiente para que as mulheres deixassem de ser as principais vítimas da violência doméstica e familiar ou que obtivessem salários iguais aos dos homens, quando em exercício das mesmas funções. Ressalte-se que esses fenômenos sociais têm faces ainda mais perversas quando consideramos as especificidades das mulheres, sendo as mulheres negras, por exemplo, as que recebem os piores salários.

No que tange à política, os espaços institucionais ou formais de poder constituem o campo menos permeável à participação das mulheres. Em verdade, após a Constituição de 1988, a participação de mulheres nos Poderes Executivo e Legislativo¹⁵ permaneceu em níveis baixíssimos. Conforme esclarece Fanny Tabak, até houve um aumento absoluto no número de deputadas e senadoras, entretanto, em valores percentuais, as mulheres ainda permaneceram sub-representadas:

A participação feminina no Congresso Nacional aumentou em valores absolutos: uma bancada com 26 deputadas federais foi eleita em 1986 para a Assembléia Nacional Constituinte e em 1990 esse

¹³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Op. cit. 2001, p. 66.

¹⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à diferença*. As ações afirmativas como mecanismos de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência. Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p. 182-183.

¹⁵ Sobre o art. 226, §5º da Constituição Federal, que aboliu a noção de “chefia” da sociedade conjugal, Cristiane Maria Sbalqueiro Lopes escreve que “trata-se da superação de um paradigma jurídico que legitimava declaradamente a organização patriarcal e a conseqüente preferência do homem ante a mulher, especialmente no *locus* da família. Em seu lugar, delineou-se uma ideologia de igualdade de direitos e deveres, calcada no desaparecimento da figura da chefia da sociedade conjugal e, com ela, das preferências e privilégios que sustentavam juridicamente a dominação masculina”. (LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Reforma trabalhista e previdenciária e direitos da mulher. In: ARAÚJO, Adriane Reis (Coord.). *As perspectivas da relação de trabalho no Brasil*. As reformas sindical e trabalhista. Brasília: ESMPU. 2006, p. 53 e 54).

número subiu para 30 deputadas, e 3 mulheres foram eleitas para o Senado Federal. Mas em termos relativos essas parlamentares representavam apenas pouco mais de 5%.¹⁶

Quanto à participação de mulheres nos níveis federativos do Poder Executivo, Fanny Tabak arremata:

Na esfera do Executivo essa discrepância se torna particularmente acentuada quando se examinam os níveis mais elevados da decisão política. A presença de uma mulher à frente de um gabinete ministerial constitui muitas vezes algo insólito [...]. Trata-se, via de regra, de casos isolados muito mais ligados a razões conjunturais ou episódicas, do que reflexo de uma tendência no sentido de uma maior integração de representantes femininas ou a incorporação de parcelas mais expressivas da população feminina ao processo decisório.¹⁷

Diante desses dados, questionou-se sobre a necessidade de ações afirmativas que visassem a acabar ou minorar os efeitos das desigualdades socialmente construídas entre homens e mulheres, promovendo a igualdade material nos espaços de poder.

Em resposta, o Estado brasileiro adotou um sistema de cotas para ampliar a representatividade feminina no Parlamento¹⁸. O sistema de cotas eleitorais por gênero é definido por Drude Dahlerup como um: “simply a type of affirmative action that forces the political parties and other nominating bodies to recruit, nominate, and selected a certain number of percentage of women for political positions”¹⁹.

De acordo com Leila Bellintani, essas ações afirmativas são adotadas “em face da percepção de que a neutralidade apenas não é suficiente para implementar uma verdadeira igualdade de sexos”.²⁰

¹⁶ Diferentemente do acesso aos cargos de chefes do Poder Executivo (prefeitos, governadores e presidente da República) e aos cargos do Poder Legislativo, que se dão por meio das eleições; para ingresso na carreira do Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, a exigência é concurso público de provas e títulos. Como decorrência disso, percebe-se que o Judiciário tem sido o poder que mais abre espaço para a participação das mulheres, embora isso seja observado somente nos cargos iniciais da carreira.

¹⁷ TABAK, Fanny. *Mulheres Públicas: participação política e poder*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2002, p. 77.

¹⁸ *Ibid.* 2002, p. 84-85.

¹⁹ Com relação à dificuldade de implementação de um sistema de cotas para inserção das mulheres no Poder Executivo, nas três esferas da federação brasileira, Céli Regina Jardim Pinto assim se pronunciou: “[...] as eleições legislativas são proporcionais, e para o Executivo são majoritárias. Nas proporcionais, cada partido em um Estado concorre com um número grande de candidatos, sendo possível definir um percentual para as cotas. Mas nas eleições majoritárias, para presidente, governador, prefeito e senador, cada partido tem um candidato, sendo muito difícil pensar uma forma de cotas”. (PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Cotas para candidatas é insuficiente*. Disponível em <<http://www.pnud.org.br/administracao/entrevistas/index.php?id01=2291&lay=apu>>. Acesso em 14.04.2007).

²⁰ DAHLERUP, Drude. Will gender balance in politics come by itself? In: KELLERMAN, Barbara. RHODE, Deborah L. (ed.). *Women & Leadership*. The State of play and strategies for change. San Francisco: Jossey Bass, 2007, p. 228.

Assim, objetivando dirimir as conseqüências da histórica discriminação contra as mulheres e ampliar a representação feminina no Legislativo, foi instituído, no Brasil, em 1995, um sistema de cotas para as candidaturas das mulheres. O projeto, proposto pela então Deputada Marta Suplicy (PT/SP), deu origem à Lei nº. 9.100/95, dirigida às eleições do ano subsequente. Tal diploma normativo estabelecia, no seu art. 11, §3º, que vinte por cento, no mínimo, das vagas de cada partido ou coligação deveriam ser preenchidos por candidaturas de mulheres.

Em 1997, foi aprovada a Lei 9.504, que, alterando a Lei 9.100/95, dispôs, no art. 10, outros percentuais de participação, dessa vez, para candidatos de ambos os sexos²¹. Ressalte-se que o referido dispositivo não estabeleceu, diretamente, cotas para as mulheres, determinando, apenas, a reserva de, no mínimo, 30% e, no máximo, 70% para as candidaturas de cada sexo.²²

Mais de dez anos depois da entrada em vigor da Lei nº. 9.504/97, pouco se alterou no contexto da participação das mulheres nos espaços formais ou institucionais de poder. Isso significa que essa ação afirmativa não gerou repercussões significativas na participação política das mulheres, que, em muitos pleitos, não conseguem atingir nem 30% do número total de candidaturas, o que repercute, inclusive no número de eleitas. Assim, as mulheres ainda permanecem sub-representadas nas esferas do Poder Legislativo, embora constituam maioria da população e do eleitorado no país.²³

Ilustrando essa afirmativa, Wilza Villela traz os seguintes dados:

Em 2002, nenhum grande partido atingiu a cota mínima de candidaturas de mulheres; o número de candidaturas femininas para a Câmara dos Deputados aumentou 60% em relação a 1998, mas o número de candidatas ao Senado diminuiu. Em 2002, havia 7% de mulheres no Congresso Nacional, 10% nas Assembléias Legislativas e 11% nas Câmaras Municipais. Nas eleições de 2002, o percentual de deputadas estaduais subiu para 12,5%, o de depu-

²¹ BELLINTANI, Leila Pinheiro. op. cit. 2006, p. 171.

²² Art. 10 da Lei nº 9.504/97 [...].

§3º. Do número de vagas resultantes das regras previstas neste artigo, **cada partido ou coligação deverá reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo de setenta por cento para candidaturas de cada sexo.** (Grifos nossos).

²³ Como se infere das leis supracitadas, no Brasil, as ações afirmativas adotadas para fomentar a participação política das mulheres nos espaços formais ou institucionais de poder são do tipo cotas para candidaturas. Desse modo, determina-se que os partidos, na escolha de seus candidatos, reservem, no mínimo trinta e no máximo setenta por cento, para candidaturas de cada sexo. A lei, portanto, não estabelece nenhuma ingerência na escolha dos eleitores, que podem **eleger** menos de trinta e mais de 70 por cento de parlamentares homens ou mulheres. Entretanto, há países, sobre os quais se discorrerá mais adiante, que adotam cotas com reservas de vagas no Parlamento. Essas ações afirmativas são um modo ousado de promoção da igualdade entre homens e mulheres, quando no exercício de funções políticas, já que, diferentemente do modelo adotado no Brasil, no qual se reserva um percentual do total de candidaturas, as cotas com reserva de vagas apontam para cadeiras no Parlamento. Nesse caso, observa-se a interferência direta na escolha dos eleitores, o que pode ensejar a crítica de que o sistema de cotas com reserva de vagas fere o princípio democrático da livre escolha dos eleitores.

tadas federais para 8,2% e o de senadoras para 12,3%.¹

Traduzindo esses percentuais, Jane Justina Maschio assevera que:

Nas eleições de 2002, para o cargo de Senador, de um total de 44 candidatas, oito foram eleitas; para Deputado Federal, de 579 inscritas, 42 foram eleitas; nas Assembléias Estaduais, de 1.863 concorrentes, apenas 129 se elegeram; e no Distrito Federal, 139 candidatas, cinco foram as eleitas.

Na composição das Casas Legislativas, por sexo, tem-se que, em 2002, foram eleitos para o senado 46 homens contra 8 mulheres; para a Câmara dos Deputados, foram 471 homens contra 42 mulheres; nas Assembléias Legislativas, o resultado foi 906 homens contra 129 mulheres; as vagas de Deputado Distrital foram preenchidas por 19 homens contra cinco mulheres².

Nesse sentido, faz-se necessário estabelecermos novas políticas de promoção da cidadania plena das mulheres, haja vista que, como observou Ana Maria D'Ávila Lopes, "as poucas medidas tomadas pelo Estado para promover uma maior participação política das mulheres não têm sido bem-sucedidas".³ Isso ocorre porque as ações afirmativas adotadas não ultrapassam o campo das intenções ou a periferia do poder, não havendo nenhuma sanção para os partidos que descumprem a Lei nº. 9.504/97.

A inexistência de sanção, entretanto, não é a única causa para o fenômeno da sub-representação das mulheres. Na verdade, embora sejam inquestionáveis as conquistas das mulheres brasileiras nos últimos anos, o fato de poderem, formalmente, candidatar-se a um cargo político, não garante a elas a mesma igualdade de resultados dos homens, devido às discriminações sociais que impedem ou dificultam a participação política das mulheres, o que coloca em cheque a própria democracia representativa.

Seguindo esse entendimento, Maria Betânia Ávila assevera que:

Uma lei de cotas significa o reconhecimento de uma desigualdade de gênero no acesso à esfera pública, e, portanto, uma desigualdade no âmbito da democracia. Dessa forma, visa a alterar relações de gênero e, ao mesmo tempo, aperfeiçoar o processo democrático. No entanto, a instituição desses mecanismos não favorece de maneira automática o acesso das mulheres ao poder dentro dos

¹ Em outubro de 2000, o percentual de eleitoras passou a ser de 50,477%, ultrapassando o censo de outubro de 1998, quando representava 49,013% do total. Informações disponíveis em <www.tse.gov.br>, em 10.04.2007. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Censo 2000 revelou uma população brasileira composta de 86.270.539 mulheres e 83.602.317 homens. Dados disponíveis em <http://www.ibge.gov.br/>. Acesso em 17.04.2007.

² VILLELA, Wilza *apud* Ana Maria D'Ávila Lopes. Multiculturalismo, minorias e ações afirmativas: promovendo a participação política das mulheres. *Pensar* – Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Fortaleza. v. 11, fev. 2006, p. 58.

³ MASCHIO, Jane Justina. *Eficácia/ineficácia do sistema de cotas para as mulheres*. Disponível em <http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/jane_2.htm/>. Acesso em 28.08.2006.

partidos políticos. As responsabilidades com a vida doméstica, o machismo no interior dos partidos, a falta de recursos financeiros das mulheres são questões que afetam diretamente a eficácia desses mecanismos, cuja implantação efetiva passa por transformações na vida privada e no interior das instituições políticas.⁴

Além das questões estruturais, que envolvem os problemas diários em garantir a sobrevivência, os quais recaem, principalmente, sobre as mulheres, outros fatores dificultam a participação política delas. Um desses fatores envolve a questão de gênero.

Gênero, como alerta Sílvia Camurça, “é ainda um conceito impreciso, um conceito em construção e disputa, exceto naquilo que se refere ao seu componente principal: a idéia de sexo socialmente construído”.⁵ Embora seja um conceito em construção, é certo que, com base nas relações de gênero, a sociedade passa a valorizar de forma diferenciada homens e mulheres, hierarquizando-os. A isso se denomina desigualdade das relações de gênero que, para Maria do Socorro Osterne:

Manifesta-se numa ordem social e material fortemente simbólica, que inferioriza, submete e discrimina a condição feminina em grande parte das áreas da convivência humana. Está presente na família, nas igrejas, no mercado de trabalho, nos processos de trabalho, nas instituições, nos partidos políticos, nos movimentos sociais, enfim, no imaginário coletivo sob a forma de representações sociais: aos homens, o cérebro, a inteligência, a razão lúcida, a capacidade de decisão; às mulheres, o coração, a sensibilidade e os sentimentos.⁶

Como decorrência da desigualdade e da discriminação de gênero, a política, reduzida ao campo institucional de representação, tem sido um espaço quase interdito à participação das mulheres, vez que se compreende que esse não é o lugar “natural” e “próprio” delas. Essa categorização social traz reflexos também nas mulheres, que passam a reproduzir a ideologia machista. Nesse sentido, afirma Fanny Tabak:

[...] as mulheres foram mantidas afastadas da política por muitos anos e acabaram sendo convencidas (não só por homens mas também por muitas outras mulheres) de que a política não é uma carreira adequada para mulheres que desejam se casar e ter uma família⁷.

Ultrapassar essa barreira socialmente imposta é desconstruir as tradicionais construções valorativas que hierarquizam homens e mulheres. Desse modo, medidas estatais mais incisivas e diretas que visem a uma igualdade de resultados entre mulheres e homens fazem-se necessárias, como forma de garantir às mulheres uma igualdade real, principalmente, no campo da democracia representativa.

⁴ LOPES, Ana Maria D'Ávila Lopes. Multiculturalismo, minorias e ações afirmativas: promovendo a participação política das mulheres. *Pensar* – Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Fortaleza. v. 11, fev. 2006, p. 58.

⁵ ÁVILA, Maria Betânia. Feminismo, cidadania e transformação social. In: ÁVILA, Maria Bethânia (org.). *Textos e imagens do feminismo: mulheres construindo a igualdade*. Recife: SOS Corpo. 2001, p. 41.

⁶ CAMURÇA, Sílvia. op. cit. 2001, p. 146.

⁷ OSTERNE, Maria do Socorro Ferreira. *Políticas Públicas para as Mulheres*. Fortaleza: INESP 2006, p. 06.

3. A EXPERIÊNCIA DAS AÇÕES AFIRMATIVAS PARA INCREMENTAR A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA DAS MULHERES NO DIREITO COMPARADO

Diversos países no mundo adotam mecanismos de promoção da igualdade entre homens e mulheres. No que tange, especificamente, às ações afirmativas para fortalecer a participação política das mulheres nos parlamentos, os países ora adotam cotas para candidaturas, ora adotam cotas com reserva de vagas, sendo essas mais raras, uma vez que sobre elas pesa a crítica de que representam uma ingerência indevida na escolha dos eleitores por destinar cadeiras no Parlamento para determinado grupo minoritário.

Sobre a experiência das ações afirmativas implementadas para promover uma maior participação política das mulheres no direito comparado, dedica-se o presente estudo nas próximas páginas.

3.1 Sistemas de cotas de candidaturas

3.1.1 Argentina

Com relação à América Latina, a Argentina ocupa uma posição de destaque, contando com 33,6% (trinta e três vírgula seis por cento) de mulheres no Parlamento, segundo dados da União Interparlamentar, de 2005.⁸

A legislação argentina é particularmente rica em disposições normativas que visam à garantia e à efetivação dos direitos das mulheres. Dentre essas disposições, enumera-se duas que contribuíram de forma direta e bastante significativa para uma ampliação da participação política das mulheres. São elas:

- a Lei nº 23.179/85, que aprovou e incorporou ao ordenamento argentino a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979;
- a reforma na Constituição Argentina em 1994.

Sobre a importância desses instrumentos normativos, Fanny Tabak menciona que:

A reforma da Constituição argentina, em 1994, significou um importante avanço qualitativo no reconhecimento dos direitos da mulher, uma vez que já havia sido firmada pelo governo a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, corretamente considerada como o instrumento legal de nível mais elevado já produzido pelo sistema das Nações Unidas.⁹

Em decorrência da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de

⁸ TABAK, Fanny. op. cit. 2002, p. 110.

⁹ UNIÃO INTERPARLAMENTAR *apud* PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Cotas para candidatas é insuficiente*. Disponível em <<http://www.pnud.org.br/>>. Acesso em 14.04.2007.

Discriminação contra a Mulher, incorporada no ordenamento argentino pela Lei nº. 23.179/85, foi aprovada, em 1991, a Lei nº. 24.012, que modificou o art. 60 do Código Eleitoral Nacional argentino. Também conhecida como Lei de Cotas, a referida norma dispôs que, para oficialização das listas de candidatos apresentadas pelos partidos políticos, deveria haver, no mínimo, 30% (trinta por cento) de mulheres candidatas aos cargos eletivos. Por se tratar de norma de ordem pública, a desobediência desse requisito, conforme ressalta Fanny Tabak¹⁰, implicava em sanções aos partidos.

Ressalte-se que a experiência argentina, embora semelhante ao sistema de cotas brasileiro, traz um importante diferencial: a lista fechada de candidaturas. Na Argentina, a lei de cotas estabelece que, para fins de se atender ao percentual mínimo de 30% de candidaturas de mulheres, a lista fechada¹¹ de candidatos/as para as eleições na Câmara dos Deputados/as deve ser composta com base no critério de alternância de sexo.

A reforma da Constituição Nacional Argentina, em 1994, incluiu, no texto constitucional, um dispositivo que reforça a garantia do pleno exercício dos direitos políticos das mulheres, reduzindo as desigualdades fáticas que dificultavam o acesso delas aos cargos eletivos. De acordo com o art. 37, “a igualdade de oportunidades entre homens e mulheres para o acesso a cargos eletivos e partidários será garantida através de ações positivas, na regulamentação dos partidos políticos e no sistema eleitoral”¹².

Essas medidas, aliadas a uma divulgação massiva das novas leis aprovadas, trouxeram resultados muito favoráveis no contexto da ampliação da participação política das mulheres. À mesma idéia filia-se Fanny Tabak, que traz dados percentuais desse aumento:

A Lei de Cotas, em sua aplicação prática nas eleições realizadas na ARGENTINA, resultaram no aumento da representação feminina. Antes de sua sanção, em 1991, as mulheres constituíam 5,5% do total de parlamentares. Depois das eleições de 1993 e 1995 sua participação na Câmara dos Deputados subiu para 28%. (Grifos da autora).¹³

3.1.2 União Européia

A discussão sobre desigualdade entre os sexos sempre esteve presente na Comunidade Européia. Desse modo, diversas medidas foram implantadas

¹⁰ TABAK, Fanny. op. cit. 2002, p. 186.

¹¹ Ibid., 2002, p. 189.

¹² No sistema de lista fechada, os/as candidatos/as são escolhidos durante as convenções partidárias, oportunidade em que também se define a ordem em que aparecerão na lista do partido. Dessa forma, os/as eleitores/as votam nos partidos e não em pessoas, o que tende a diminuir o personalismo e a fortalecer os partidos políticos. Assim, se um partido recebe X votos e, de acordo com o quociente eleitoral tem direito a duas vagas de deputado federal, essas duas vagas serão preenchidas pelos dois primeiros nomes que constavam na lista do partido.

¹³ Tradução livre das autoras.

para alcançar uma maior igualdade entre homens e mulheres, tais como a Diretiva nº 96/694/CE, de 1996, do Conselho da União Européia, dirigida aos Estados-membros, na qual se visava promover a participação equilibrada entre homens e mulheres, nos processos decisórios, sugerindo, se necessária, a adoção de medidas legislativas para o alcance desse objetivo.

Entretanto, mesmo após a edição dessa diretiva, ainda não se podia observar uma verdadeira igualdade de resultados entre homens e mulheres, no que tange à participação nos espaços formais de poder, restando essas sub-representadas.

Diante disso, alguns países europeus adotaram ações afirmativas, como forma de se garantir um incremento na participação política das mulheres. Dentre essas medidas, conforme indica Leila Bellintani, “as quotas têm sido salientadas como o mecanismo principal de redução das desigualdades entre homens e mulheres, nos mais diversos países da Europa”.¹⁴

Contudo, algumas Cortes Constitucionais, analisando a questão de ações afirmativas e, mais especificamente, cotas para a candidatura das mulheres, entenderam ser necessário que as constituições nacionais previssessem a possibilidade de implementação de discriminações positivas baseadas no elemento sexo, para que, a partir de então, o legislador infraconstitucional tivesse permissão de legislar nesse sentido. Nesse sentido, Leila Bellintani cita o caso da França:

Um dos maiores exemplos de implantação das quotas em função do gênero na Europa se deu na França. Em face da exacerbada disparidade de percentuais de homens e mulheres na política, foi aprovada, em 1982, lei que instituía, indiretamente, uma quota de 25% de candidatas nas listas dos partidos políticos nas eleições municipais, através da proibição de listas de candidatos com mais de 75% de pessoas do mesmo sexo.

Ocorre que o Conselho Constitucional julgou essa norma inconstitucional, pois violava o princípio da igualdade e a natureza universal do sufrágio, disposto na Constituição. [...].

Em face de tal incompatibilidade constitucional é que se verificou a necessidade de alterar a lei maior francesa, no sentido de esta permitir expressamente a adoção de tais medidas, já que única forma de implementar tais mecanismos na sociedade e assim concretizar o ideal da paridade política entre os sexos.¹⁵

A partir do exemplo francês, procedeu-se a uma revisão constitucional na Carta Magna de alguns países europeus, de modo a compatibilizar a Lei Suprema respectiva com os reclames sociais por uma efetivação do princípio da igualdade entre homens e mulheres, harmonizando o direito interno às normas internacionais, em especial a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.

¹⁴ Ibid., 2002, p. 192.

¹⁵ BELLINTANI, Leila Pinheiro. op. cit. 2006, p. 173.

Dentre esses países, podemos citar Portugal. Na sociedade portuguesa, o preconceito contra as mulheres sempre foi um dado cultural relevante. Leila Bellintani comenta que “arraigada no seio dos cidadãos portugueses estava a ideia de que as mulheres não eram capazes de se governar”.¹⁶

Em 1997, ocorreu um marco na luta das mulheres portuguesas pela cidadania plena, quando se realizou uma revisão constitucional na Constituição de Portugal, inserindo dispositivos importantes sobre o tema das cotas para mulheres em listas eleitorais. Dentre esses dispositivos, ressaltamos o artigo 9º, alínea h e o artigo 109, da Constituição da República Portuguesa:

Art. 9º, alínea h. São tarefas fundamentais do Estado: promover a igualdade entre homens e mulheres.[...]

Art. 109. A participação directa e activa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático, devendo a lei promover a igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos.

Essas modificações realizadas na Constituição portuguesa tinham como fundamento a Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, que havia sido ratificada por Portugal em 1980.

Como reflexo dessas medidas, o *Institute for Democracy and Electoral Assistance* – IDEA elaborou um estudo, no qual constava que, em julho de 2006, o Parlamento português aprovou as cotas mínimas para candidaturas de homens e mulheres:

On the 6th July 2006, the Parliament approved a quota law stipulating that the candidate lists, for the elections to the national parliament, european parliament and to the local public authorities should have a minimum of 33% of the underrepresented sex on the lists.¹⁷

Na França, após a Reforma Constitucional em 1999, as ações afirmativas que visavam a uma igualdade de resultados entre homens e mulheres passaram a ser expressamente admitidas, o que levou à elaboração de uma lei, em 2000, que trata sobre as cotas para a candidatura de mulheres. Nesse sentido, o IDEA indica que:

The Constitution (of France) was reformed in 1999 to state that “the law favors the equal access of women and men to electoral mandates and elective functions” and that political parties were responsible for facilitating equal access. This amendment is also called ‘the parity reform’.

In 2000 a new election law mandated that the parity reform (50-50%) would apply to all elections with a proportional ballot: municipal elections for towns with more than 3500 inhabitants; senatorial elections for senators selected by proportional representation;

¹⁶ Ibid. 2006, p. 177.

¹⁷ Ibid. 2006, p. 184-185.

regional elections; elections to the Assembly of Corsica; elections of the general council of the territory Saint-Pierre-et-Miquelon; European Parliament elections; council of Paris elections; and elections to the arrondissement councils of Paris, Lyons, and Marseille. It also applies to the overall balance among male and female candidates for each party in national legislative elections, which are determined by a two-round majoritarian vote.¹⁸

Conforme os dados do Instituto, o número de mulheres eleitas, em 2002, para compor a Câmara Baixa, que se equipara, no Brasil, à Câmara dos Deputados, foi 70, de um universo de 577 parlamentares, ou seja, pouco mais de 12,1%. Esse número reduzido de mulheres deve-se ao fato de que a lei que estabelecia percentuais para candidaturas tinha pouco tempo de vigência, não refletindo, ainda a paridade desejada.

5.2. Sistemas de cotas com reserva de vagas

Conforme se mencionou anteriormente, o sistema de cotas com reserva de vagas é um modo audaz e, ao mesmo tempo, temeroso de promoção da igualdade entre homens e mulheres, quando no exercício de funções políticas, já que ao se reservar vagas no Parlamento se restringe a possibilidade de o eleitor escolher de forma diferente, representando uma interferência direta no pleito.

Diante disso, poucos são os países que tiveram a iniciativa de adotar esse tipo de ação afirmativa como forma de promover a participação política das mulheres no Parlamento, podendo citar Bangladesh, Nepal, Paquistão, Tanzânia.

Ressalte-se que o primeiro colocado no ranking mundial da União Interparlamentar é Ruanda, na África, que conta com 48,8% de mulheres compondo o Parlamento¹⁹. Após o genocídio da minoria étnica dos tutsis, que assolou o país em 1994, elaborou-se uma nova Constituição, aprovada por referendo popular, em 26 de maio de 2003, na qual prevê reserva de vagas, no Parlamento, para as mulheres. Nesse sentido, o IDEIA enumera dois dispositivos da Constituição de Ruanda que dispõem sobre o tema. *In verbis*:

Article 9 (4): The State of Rwanda commits itself to ensuring that women are granted at least 30 percent of posts in decision making organs.

Article 82: The Senate shall be composed of 26 members of whom 30 percent are women.²⁰

CONCLUSÃO

Os novos contornos do princípio da igualdade têm exigido uma posição mais ativa dos Estados no sentido de concretizar e efetivar a igualdade material,

¹⁸ INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. *Global Database of Quotas for Women*. Disponível em <<http://www.quotaproject.org/>>. Acesso em 15.04.2007.

¹⁹ Ibid. Disponível em <<http://www.quotaproject.org/>>. Acesso em 15.04.2007.

²⁰ Ibid. Disponível em <<http://www.quotaproject.org/>>. Acesso em 15.04.2007.

reduzindo-se o peso das desigualdades sociais. Nesse sentido, as ações afirmativas surgem como um importante mecanismo de combate à discriminação, equilibrando os grupos ou pessoas socialmente preteridas e os demais membros da sociedade.

No contexto da participação política das mulheres, as ações afirmativas possibilitam aproximar a representação política da composição social, democratizando a democracia representativa. Desse modo, Jorge Miranda salienta que:

A representação política moderna esteia-se na universalidade e unidade dos cidadãos, na unidade do povo ou comunidade política, acima de quaisquer categorias ou qualidades particulares de representados e de representantes. No entanto, isso não impede que se considerem medidas, directas ou indirectas, tendentes a aproximar a composição dos órgãos representativos da composição real da comunidade, de tal sorte que a soberania do povo se traduza em cidadania assumida em plenitude por todos os seus membros.²¹

Nessa senda, o estudo da experiência da implementação das cotas para candidatura de mulheres em outros países pode contribuir bastante para um aperfeiçoamento das ações afirmativas aplicadas no Brasil. A exemplo da Argentina, a divulgação massiva da lei de cotas para candidaturas no nosso país pode funcionar como um mecanismo de fomento para a efetivação da lei: ao conhecerem seus direitos, as mulheres podem reivindicá-los, envolvendo-se mais no processo político-eleitoral, cobrando, por exemplo, que os partidos políticos respeitem os percentuais mínimos e máximos da Lei 9.504/97.

Ressalte-se, contudo, que as cotas não podem ser adotadas isoladamente, sem um conjunto de iniciativas para a promoção da igualdade que lhes dê suporte. Dessa forma, considera-se que essas medidas, no modo como vem sendo implementadas, não são aptas para promover a plena cidadania das mulheres, vez que a mera inclusão das mulheres na política, como forma de aperfeiçoamento da democracia representativa, não é suficiente para uma participação amplamente democrática. Para isso, é necessário reestruturar a noção de política e de participação política e rediscutir a dicotomia público-privado. Nesse sentido, para Maria Betânia Ávila:

Se a chegada das mulheres à esfera pública reestrutura e amplia o projeto democrático, o envolvimento dos homens nas tarefas e na transformação da vida privada é igualmente necessário. A igualdade, enquanto um ideal de convivência humana, só pode ser buscada se as influências igualadoras se estenderem a todas as instâncias da vida social.²²

Diante disso, embora se repute indiscutível a importância das cotas e das ações afirmativas em geral como forma de ultrapassar barreiras socialmente construídas que dificultam o acesso das mulheres a posições de poder, entende-se

²¹ Ibid. Dados disponível em <<http://www.quotaproject.org/>>. Acesso em 15.04.2007.

²² MIRANDA, Jorge. Igualdade e Participação Política da Mulher. In: Revista *O Direito*, ano 130^o, I/II. Janeiro/Junho de 1998, p. 39.

que só a utilização dessa medida não vai levar ao fim almejado, vez que é necessário muito mais do que o direito de votar e ser votada para que haja democracia plena. É preciso democratizar a vida social, alargando-se os mecanismos de participação e controle. É preciso que as responsabilidades com os destinos sociais e com a vida privada sejam isonomicamente compartilhadas entre mulheres e homens, para que assim, haja um efetivo compartilhamento do poder de decisão.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Maria Betânia. Feminismo, cidadania e transformação social. In: ÁVILA, Maria Bethânia (org.). *Textos e imagens do feminismo: mulheres construindo a igualdade*. Recife: SOS Corpo, 2001.

BELLINTANI, Leila Pinheiro. *Ação afirmativa e os princípios do Direito*. A questão de cotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CAMURÇA, Sílvia. A política como questão: revisando Joan Scott e articulando alguns conceitos. In: ÁVILA, Maria Bethânia (org.). *Textos e imagens do feminismo: mulheres construindo a igualdade*. Recife: SOS Corpo, 2001.

DAHLERUP, Drude. Will gender balance in politics come by itself? In: KELLERMAN, Barbara. RHODE, Deborah L (ed.). *Women & Leadership*. The State of play and strategies for change. San Francisco: Jossey Bass, 2007.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. O Debate constitucional sobre as ações afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson dos; LOBATO, Fátima (orgs.). *Ações Afirmativas*. Políticas Públicas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro: DR&A, 2003.

_____. *Ação Afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos Extremos*. O breve século XX, 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

INSTITUTE FOR DEMOCRACY AND ELECTORAL ASSISTANCE. *Global Database of Quotas for Women*. Disponível em <www.quotaproject.org>. Acesso em 15.04.2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo 2000*. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/>>. Acesso em 17.04.2007.

LOPES, Ana Maria D'Ávila Lopes. Multiculturalismo, minorias e ações afirmativas: promovendo a participação política das mulheres. *Pensar – Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza*. Fortaleza. v. 11, fev. 2006.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. Reforma trabalhista e previdenciária e direitos da mulher. In: ARAÚJO, Adriane Reis (Coord.). *As perspectivas da relação de trabalho no Brasil*. As reformas sindical e trabalhista. Brasília: ESMPU, 2006.

MASCHIO, Jane Justina. *Eficácia/ineficácia do sistema de cotas para as mulheres*. Disponível em <http://www.tre-sc.gov.br/sj/cjd/doutrinas/jane_2.htm/>. Acesso em 28.08.2006.

MIRANDA, Jorge. Igualdade e Participação Política da Mulher. *O Direito*, ano 130º, I/II. Janeiro/Junho de 1998.

MORAES, Ismael Evangelista Benevides. O sistema de cotas analisado através do princípio da igualdade e proporcionalidade. *NOMOS*. v. 27. Jul/Dez. 2007.

OSTERNE, Maria do Socorro Ferreira. *Políticas Públicas para as Mulheres*. Fortaleza: INESP, 2006.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Cotas para candidatas é insuficiente*. Disponível em <<http://www.pnud.org.br/>>. Acesso em 14.04.2007.

TABAK, Fanny. *Mulheres Públicas: participação política e poder*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2002.

VIDA, María Ángeles Martín. *Fundamento y Límites Constitucionales de las medidas de Acción Positiva*. Madrid: Civitas, 2002.



CRÍTICA SINTÉTICA AO POSITIVISMO KELSENIANO COMO TEORIA DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

*Cynara Monteiro MAriano**

RESUMO

O artigo revisita algumas ideias centrais do positivismo de Hans Kelsen, visando expor que, embora dotado de certa coerência quanto à sua teoria sobre a validade do Direito, ao fazer uma opção metodológica por isolar a influência dos valores sobre o Direito, não apresenta uma verdadeira teoria da interpretação da norma jurídica. Partindo da formulação do “quadro ou moldura”, decorrente da natureza polissêmica da norma jurídica, Kelsen conclui, ao final, pelo arbítrio do ato de vontade do intérprete, o que possibilita identificar sua teoria da interpretação como uma abordagem decisionista do Direito.

Palavras-chave

Positivismo. Hans Kelsen. Interpretação da norma jurídica.

ABSTRACT

The article revisits some central ideas of Hans Kelsen’s positivism, aiming to expose that, although endowed with some coherence concerning his theory about the validity of Law, when making a methodological choice to isolate the influence of values on Law; it does not present a true interpretation theory of the juridical norm. Based on the formulation of the “picture or frame”, due to the polysemous nature of the juridical norm, Kelsen concludes, at the end, for the decision of the interpreter’s act of will, which enables to identify his interpretation theory as a decisionist approach of Law.

Keywords

Positivism. Hans Kelsen. Interpretation of the juridical norm.

1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais muito se discute acerca dos limites ou se é legítimo ao juiz, ordinário ou constitucional, decidir conflitos com base em valorações políticas

* Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2009), Mestre em Direito Público (Ordem Jurídica Constitucional) pela Universidade Federal do Ceará (2005) e Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1998). Professora Adjunta da Universidade Federal do Ceará. Advogada. Ex-presidente da Fundação Escola Superior de Advocacia do Ceará - FESAC (2004/2006) e da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-CE (2006).

e discricionárias. No Estado Democrático de Direito, contudo, as decisões judiciais são atos de aplicação da ordem jurídico-constitucional e, portanto, inegavelmente políticas, mas não pura manifestação da vontade arbitrária das autoridades investidas no poder estatal de dizer o direito. Logo, não deve haver lugar para decisionismos, o que não se confunde com o ativismo judicial, salutar à democracia se for realizado de forma ponderada e equilibrada, respeitando o dever de autorrestrição judicial em face da separação de poderes, e notadamente, se imbuído do verdadeiro espírito de concretizar a justiça social.

Sabe-se, no entanto, que a discricionariedade judicial ganhou um maior espaço na atividade do intérprete com a mudança do paradigma constitucional operada pelo advento do Estado Social ou Estado Constitucional, que incorporou à ordem jurídica superior uma série de valores cuja realização passou a nortear a atuação dos poderes públicos. Com isto, a compreensão do direito expandiu-se para além da positividade, admitindo a força normativa de princípios constitucionais e até mesmo supra-constitucionais. Como afirma J. J. Gomes Canotilho, o poder constituinte originário sequer é mais inicial e ilimitado, conforme ensinava a teoria constitucional clássica. Esse poder, segundo ele, só pode ser exercido respeitando limites materiais impostos por princípios de justiça e por regras fundamentais, enunciadas nos dias de hoje também pelo direito internacional público e encontrando o consenso da comunidade das nações (respeito aos direitos humanos, organização democrática etc.) (CANOTILHO, 2006, p. 126-129). Antes mesmo de Canotilho, o próprio Kelsen, nos seus escritos de direito internacional, negou a supremacia jurídica do Estado, afirmando a superioridade do direito internacional e sua primazia em relação às ordens estatais parciais (KELSEN, 1920, p. 290)

No tocante à expansão do conteúdo do direito, afirmar que a relação entre o direito e os valores é produto da mudança de paradigma constitucional não é, todavia, uma conclusão acertada, pois essa temática sempre esteve presente ao longo de toda a história do pensamento político e filosófico e, no campo do direito, serviu de baliza para a clássica distinção entre jusnaturalismo e positivismo jurídico. Nesse tocante, ao contrário do que muitas correntes positivistas defendem, é importante esclarecer que a discricionariedade judicial é obra positivista, e não jusnaturalista, encontrando forte esteio, mais particularmente, no positivismo kelseniano.

Foi a influência do positivismo na cultura jurídica a partir do século XX que construiu o terreno fértil para a discricionariedade judicial, pois, na sua versão formalista/normativista (Weber, Kelsen, Luhmann), ao isolar a influência de outros sistemas normativos sobre o direito, a tese positivista permitiu que o intérprete não fosse contido por imperativos da ética ou da moral. Possibilitou até mesmo que este negligenciasse a tarefa de perseguir a finalidade do próprio direito, como admitiu Kelsen, já que o formalismo do seu positivismo indica que o compromisso da teoria é com a segurança jurídica e a paz social, e não propriamente com a justiça.

Além dos equívocos comumente presentes na maior parte das teorias positivistas de feição formalista/normativista, a exemplo das reduções do valor à validade e da legitimidade à mera legalidade ou legalidade procedimental,¹ interessa destacar, para os fins do presente estudo, que o positivismo jurídico kelseniano optou por um corte metodológico em sua doutrina para atingir a tão desejada “pureza” da ciência do direito, e não possui uma autêntica teoria da interpretação. Kelsen não logrou êxito em demonstrar os métodos para uma aplicação meramente cognitiva do direito, como ele propunha, muito menos conseguiu explicar os parâmetros para a adoção de uma das várias alternativas possíveis dentro do “quadro” ou “moldura” da norma jurídica.

O positivismo de Kelsen pode ser concebido, assim, e ainda que merecedor de críticas, apenas como uma teoria sedutora sobre a validade do direito, mas não como teoria de interpretação da norma jurídica. É nessa perspectiva que o presente artigo foi elaborado, ou seja, objetivando tecer uma crítica, breve e sintética,² ao positivismo jurídico kelseniano quanto ao seu modo peculiar de abordar o estudo do direito e como teoria da interpretação jurídica, dada a forte influência que exerceu e ainda exerce na cultura e práxis jurídicas contemporâneas.

O recorte metodológico que ora se faz quanto às teses positivistas, para abordar exclusivamente a de Kelsen, justifica-se porque nem todos os juristas adeptos do positivismo jurídico defendem uma postura meramente formalista/normativista sobre a validade e legitimidade do direito. Radbruch e Dworkin, por exemplo, sustentam a soberania da ordem estatal, mas não entendem que a validade e legitimidade do direito se afirmam independentemente de conexões com a moral e a justiça. Herbert Hart admite explicitamente a influência dos valores sobre o direito e afirma que a sua regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade não apenas com o modo e a forma de criação do direito, mas com princípios morais ou com valores substantivos e, por isso, definia a sua teoria como “positivismo moderado” (HART, 2007, p. 312). Já Hermann Heller, militante social democrata durante a República de Weimar, procurou enfrentar o problema da crise da democracia e do Estado de Direito, não apenas para salvá-lo da ditadura nazista, mas também para combater os efeitos nocivos que as teses de Carl Schmitt causaram. Sua concepção positivista era inteiramente distinta da lógica normativista de Kelsen e do decisionismo de Schmitt. Para ele era essencial determinar a função social do Estado e do direito, superando o formalismo político e jurídico. Ele também colocou, acima de toda vontade criadora de direito, princípios jurídicos de conteúdo ético, que geram e limitam o conteúdo do direito positivo, atitude essa que, no contexto weimariano, desempenhou um esforço impressionante para afastar a dogmática do positivismo (HELLER, 1968).

¹ Sobre o assunto, conferir obra nossa intitulada *Legitimidade do direito e do poder judiciário: (neo) constitucionalismo ou poder constituinte permanente?*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

² Utiliza-se tais termos para explicitar que este estudo não se propõe a tecer uma crítica sobre todo o conjunto da obra kelseniana, mas apenas à *Teoria Pura do Direito*, e a partir de sua segunda edição, dada a incompatibilidade com o espaço ocupado pelas presentes linhas.

2 POSITIVISMO JURÍDICO COMO TEORIA DA VALIDADE DO DIREITO

A abordagem dogmática do positivismo, que originou a concepção formalista/normativista no campo do direito, iniciou-se, como se conhece, na sociologia de Comte. Mas Pareto (1984) e Weber (2001) foram também rígidos defensores da cisão metodológica entre os juízos de fato e os juízos de valor, acreditando que competia ao cientista a responsabilidade de preservar o caráter neutro do conhecimento, de modo a impedir a “corrupção” do saber científico pelos valores, reputados por eles como irracionais.

Kelsen, por sua vez, sistematizou em termos muito semelhantes a visão da teoria pura do direito, afirmando-a como teoria descritiva e avaliativa do direito: “procura responder a esta questão: o que é e como é o direito, mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o direito” (KELSEN, 2000a, p. 1). Já no prefácio à *Teoria Geral do Direito e do Estado*, afirmou o pensador austríaco:

(...) chamando tal doutrina de “teoria pura do direito”, pretende-se dizer que ela permanece livre de todos os elementos estranhos ao método específico da ciência cujo único objetivo é o conhecimento do direito, e não a sua formação. Uma ciência deve descrever o próprio objeto como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ou não deveria ser com base em alguns juízos de valor específicos. Este último é um problema político e, como tal, diz respeito à arte do governo, uma atividade que se ocupa dos valores e não é um objeto da ciência, a qual se ocupa da realidade (KELSEN, 2000b).

Logo, defendendo que a validade de um sistema jurídico (e de uma norma) não depende da sua conformidade a critérios sobre o justo e o correto, mas sim da obediência à forma, a tese kelseniana buscou firmar-se como uma teoria da validade e da interpretação do direito, alheia à metafísica e a conexões com os demais sistemas normativos, ou seja, uma teoria pura e científica do direito. Da mesma forma ocorreu em Herbert Hart, para quem o direito positivo não está necessariamente vinculado à moral e o seu estudo independe das análises sobre a sua origem, seu papel na sociedade e sua avaliação moral (HART, 2001, p. 57-58). Ou, como nas conclusões de John Austin: “a existência do direito é uma coisa, seu mérito ou demérito, outra coisa. (...) O direito que efetivamente existe é direito, mesmo se não o aprovamos” (AUSTIN, 1995, p. 157).

Por outro lado, dado que não se pode responder se uma norma ou um ordenamento jurídico é justo ou injusto a não ser por meio de um juízo de valor, o problema da justiça, para Kelsen, não é um problema do qual a ciência jurídica possa se ocupar, de modo que a teoria pura do direito, para ser ciência, deve desinteressar-se dele (KELSEN, 1987, p. 53). Ao tangenciar, portanto, a problemática da justiça, Kelsen acabou retirando da ciência jurídica o debate em torno do fim do direito, e este passou a ser entendido numa concepção meramente instrumental.

De fato, com o positivismo formalista, o direito foi compreendido como uma realidade meramente instrumental e procedimental. Ao deslocar a justiça e os valores para fora da ciência jurídica, os positivistas partidários dessa

corrente, especialmente Weber, Kelsen e Luhmann, obtiveram o êxito, em sua ótica, ressaltando-se, de apresentar uma solução definitiva para o problema da validade e legitimidade do direito: a obediência ao devido processo legal. Embora tenha sido mais elaborada ao discorrer sobre a legitimidade do direito como mecanismo de aceitação da decisão oficial produzida no âmbito dos procedimentos judiciário, legislativo e administrativo, a tese de Luhmann, desenvolvida na obra *Legitimação pelo Procedimento*, não difere muito da tradição weberiana-kelseniana de fundamentar a legitimidade da ordem jurídica exclusivamente na legalidade procedimental. O procedimento é entendido por Luhmann como um sistema de atos juridicamente ordenados e sem conteúdo determinado, o que significa que ele cria legitimidade não em função de sua capacidade para tutelar valores consagrados no ordenamento, como verdade e justiça, mas sim em virtude de conter mecanismos de assunção de papéis que vinculam os participantes a sentirem-se obrigados a aceitar a decisão pelo fato de eles terem contribuído para produzi-las, com a sua participação, e, com isso, serem, assim, co-responsáveis pelo conteúdo da decisão. Dessa forma, o caráter legitimador do procedimento, entendido como processo de decisão, não tem, para Luhmann qualquer compromisso com a justiça da decisão ou com quaisquer valores extra-sistêmicos, bastando o procedimento, por si só, para a sua legitimação (LUHMANN, 1980, p. 30).

Importa tecer a ressalva, no entanto, que o desprezo pelos valores na teoria kelseniana não induz à conclusão de que Kelsen teria sido adepto dos regimes autoritários, a exemplo do nacional-socialismo alemão. Para ser coerente com a sua teoria formal sobre a validade do direito, ele não desconsiderava o caráter jurídico do direito de países submetidos a regimes autoritários, pois na medida em que as normas são criadas de acordo com os procedimentos previstos, a elas não pode ser negada a qualidade de jurídica. Todavia, talvez na condição de cidadão, ele declarou expressamente, no prefácio da *Teoria Geral do Direito e do Estado*, que lamentava a “tirania política” instalada na Europa continental e o fato de muitos juristas terem se colocado a serviço das ditaduras (KELSEN, 2000b, p. XXXIII). Além disso, Kelsen deixou claro, já no prefácio à primeira edição da *Teoria Pura*, que advogava a independência de conteúdo normativo como uma clara opção antiideológica pela adoção de um método de abordar o direito que exclui as influências de outros sistemas (KELSEN, 1987).

Em que pese a referida ressalva, certo é que a concepção meramente formalista e avaliativa do direito é insuficiente, como a história e a práxis têm demonstrado, para compreender as problemáticas da justificação do poder, da finalidade e legitimidade do direito que caracterizam a modernidade. Ao identificar a legitimidade com a validade e esta com a legalidade, o positivismo, como conclui Arnaldo Vasconcelos, não consegue estabelecer autêntico fundamento de coisa alguma (VASCONCELOS, 2003, p. 167).

Essa redução da legitimidade à legalidade até que pode fazer um certo sentido no direito continental europeu, como conclui o garantista Sergio

Cademartori, pois nesse sistema, a lei é a expressão da vontade do povo, sendo, pois a soberania popular o fundamento da legitimidade do sistema jurídico (CADERMATORI, 2007, p. 125). Mas nos países periféricos, o que é ainda a realidade do Brasil, essa noção é muito estreita e inadequada para justificar o processo de formação da vontade democrática, sendo preciso buscar um conceito mais largo que seja capaz de realizar essa tarefa, como fazem as formulações teóricas que afirmam a necessária conexão entre o direito e os valores, desde as jusnaturalistas até as contratualistas e, mais recentemente, as moralistas e aquelas que defendem a formação discursiva da vontade geral, como Jürgen Habermas (HABERMAS, 1987).

As teorias moralistas, ou o “moralismo jurídico”, na linguagem de Dimitri Dimoulis (DIMOULIS, 2006, p.85-87), são correntes contrárias à abordagem positivista do direito sobre a legitimidade, que fazem depender o reconhecimento da validade das normas jurídicas e sua interpretação a elementos vinculados a valores, admitindo, assim, a tese da necessária conexão entre direito e moral. Como representante de tais correntes, cite-se a obra de Ronald Dworkin, cuja teoria para a fundamentação da decisão judicial distancia-se do formalismo kelseniano, reaproximando o direito da ética, ou, mais precisamente, da moral. Para ele, é necessário justificar toda e qualquer decisão jurídica com base em sua correção moral, não sendo possível nem desejável distinguir entre direito e moral (DWORKIN, 2006, p. 234). Dworkin, no entanto, não deseja “corrigir” o direito com base na moral. Ele apenas entende, de forma acertada, por sinal, que definir e aplicar o direito é uma tarefa inseparável da reflexão sobre a moral e sua aplicação, acreditando não somente na impossibilidade de distinguir entre o direito e a moral, mas também na impossibilidade de considerar o conjunto das normas jurídicas como um conjunto fechado, em razão da contínua possibilidade de influência da moral nas práticas jurídicas. Dworkin, todavia, ressalva que os padrões morais não são os afetos à subjetividade do aplicador do direito. As crenças morais decisivas para o direito positivo decorrem, no seu entender, da moral peculiar de cada comunidade política (DWORKIN, 2006, p. 239). Assim, pode-se colher de sua doutrina “moralista” uma importante contribuição no sentido de que a moral se relaciona com o direito, estabelecendo-lhe a justificação e, inclusive, impondo-se como limite à discricionariedade interpretativa.

Embora tais teorias forneçam argumentos muito mais robustos, em termos filosóficos e democráticos, para a validade e legitimidade do direito, não se pode negar que, apesar de equivocada em seus fundamentos, a tese positivista, sobretudo a kelseniana, representou uma teoria sedutora sobre a validade do direito que ganhou destaque no debate jusfilosófico da modernidade. Isto, obviamente, ocorreu devido ao fato de que, justificado pela crença na legalidade, o positivismo jurídico teria logrado êxito em estabelecer a distinção do direito moderno do direito antigo, em que, na ótica positivista, imperavam os tipos de dominação tradicional e carismático, ambos dependentes de fatores externos ao direito: a tradição e o carisma. Ou seja, num contexto de aversão a regimes políticos absolutistas e de consagração dos ideais do Iluminismo, ficou

fácil ao positivismo afirmar sua hegemonia, bastando recorrer à identificação reducionista de todo o direito natural com abordagens místicas e irracionais do direito, o que se trata de grande equívoco, principalmente diante das teorias de Rousseau e de Kant, por exemplo.

De qualquer sorte, se o positivismo jurídico de Kelsen pode apresentar uma certa solidez como teoria sobre a validade do direito, o mesmo não se pode dizer quanto à pretensão de se afirmar como teoria interpretativa do direito e da norma jurídica.

3 POSITIVISMO JURÍDICO COMO TEORIA DA INTERPRETAÇÃO

Diferentemente de sua abordagem quanto à validade do direito e da norma jurídica, o positivismo kelseniano não forneceu uma construção sólida no âmbito da interpretação, deixando um legado teórico que muito contribuiu para a ampla margem de discricionariedade decisória que se verifica atualmente na atividade do intérprete. Inclusive, em muitos partidários do positivismo jurídico, essa discricionariedade foi desejada e defendida abertamente, o que demonstra o quão equivocado é o entendimento de alguns positivistas de que é a concepção que admite a conexão do direito com os valores que resulta na arbitrariedade decisória, e não o contrário.

Talvez a ausência de parâmetros interpretativos tenha sido o resultado que a teoria kelseniana pretendeu alcançar com a sua abordagem acerca da validade do direito, pois é óbvio que, negando a influência dos valores, Kelsen teve que admitir a existência de uma grande liberdade de decisão do intérprete. A tentativa de criar uma teoria pura do direito, refutando a conexão com os outros sistemas normativos, na verdade, é uma forma de defender aberta e coerentemente o exercício do poder discricionário do intérprete.

Hart, por exemplo, defendeu a textura aberta do direito, que se baseia no reconhecimento de amplo espaço de discricionariedade do aplicador, conferindo-lhe um inegável papel criativo, dada a premissa de incompletude do direito. Segundo esse autor, isto ocorre porque o caráter vago e incerto da linguagem humana não permite a certeza em relação aos casos que se subsumem na norma, de modo que nos *hard cases* a solução deve ser estabelecida pelo intérprete de forma discricionária, ocorrendo uma criação judicial do direito (HART, 2001, p. 272-276). Conclusão semelhante pode ser encontrada em Joseph Raz, quando este afirma que os juízes criam o direito quando não há explícita previsão legislativa (RAZ, 2001, p. 230-235). Ou ainda:

se um problema jurídico não pode ser respondido mediante padrões que derivam de fontes legais, então não há resposta jurídica. Nesse caso, o direito não é posto. Decidindo sobre tais problemas, os tribunais devem necessariamente adentrar em um novo espaço (jurídico) e sua decisão faz evoluir o direito (RAZ, 1979, p. 50).

Já Kelsen ensaiou uma tentativa tímida de estabelecimento de parâmetros na interpretação do direito. Para ele, ao exercer sua competência de concretização da norma superior, o intérprete deve respeitar a “moldura” ou o “quadro” criado por essa norma (KELSEN, 2000a, p. 390). Mas o problema da formulação kelseniana reside na afirmação de que o intérprete é livre para decidir qual das várias alternativas possíveis, oferecidas por esse quadro ou moldura, será efetivamente adotada (KELSEN, 2000a, p. 393-394). Ou seja, o paradoxo da proposta kelseniana está, como assinala Dimitri Dimoulis, no silêncio dele em relação aos métodos interpretativos que permite constatar os limites da norma (DIMOULIS, 2006, p. 211). Como consequência desse silêncio, a atividade interpretativa transforma-se em puro ato de vontade, e mais: sem estarem definidos os limites da norma, segundo o próprio Kelsen, o intérprete pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa (KELSEN, 2000a, p. 394), o que significa que sua decisão vale independentemente do respeito às normas vigentes, isto é, independentemente do respeito à “moldura” (KELSEN, 2000a, p. 224).

Desse modo, embora seja dotada de relativa solidez quanto à sua teoria sobre a validade do direito, no âmbito da teoria da interpretação, a ausência de estudos construtivos sobre os métodos que permitem conhecer o conteúdo do material normativo compromete seriamente a credibilidade da tese kelseniana. Kelsen negligenciou a teoria da interpretação, propondo-a como uma teoria do direito formalista e incompleta. Mas o fez conscientemente, e talvez mais uma vez coerentemente, dado que o fundamento do direito e a existência de limites à discricionariedade interpretativa somente podem ser encontrados com a aceitação da influência de outros sistemas normativos sobre o direito, o que colocaria em xeque a sua teoria sobre a validade.

É óbvio que apesar da manifestação histórica da vontade do poder legislativo, a norma jurídica, durante a sua vigência, recebe os influxos de diversos outros fatores componentes do cotidiano – antropológicos, sociológicos, axiológicos etc., de modo que ela não apresenta um sentido primitivo e absoluto, encaixados hermeticamente na moldura ou quadro kelseniano, mas variam no tempo e no espaço. O próprio Kelsen pareceu admitir isto, pois ao silenciar em relação aos métodos interpretativos que permitiriam constatar os limites da norma, ele defendeu que a atividade interpretativa nada mais era do que um puro ato de vontade (KELSEN, 1987, p. 368-370), no que a sua doutrina, nesse particular, parece distanciar-se do positivismo para se aproximar do realismo jurídico, já que resulta na concepção de que o direito é determinado pelos juízes e as leis possuem um conteúdo indeterminado até serem interpretadas pelos tribunais.³

³ Sobre essa identificação do modelo kelseniano da moldura com a teoria do realismo jurídico, conferir o ensaio de TAVARES, André Ramos; OSMO, Carla. Interpretação jurídica em Hart e Kelsen: Uma postura (Anti) realista? In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional**: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008, p. 140-155.

Kelsen percebe que a linguagem é aberta, possui muitos significados e que os métodos de interpretação não levam a uma única decisão correta, mas a uma moldura de possibilidades, cabendo ao intérprete autêntico – o juiz – decidir, em sua discricionariedade, a possibilidade que ele achar mais conveniente. Até o entendimento sobre a natureza polissêmica da norma jurídica, a tese kelseniana está correta. O problema da construção do quadro ou moldura está, no entanto, na defesa final de Kelsen de que a escolha hermenêutica traduz-se em puro ato de vontade do juiz, o que resulta na apologia da discricionariedade judicial que, inclusive, rende à teoria kelseniana a pecha de decisionista.⁴

Certo é, como já se disse, que as normas não possuem um significado unívoco, tendo Kelsen razão quando afirma que uma mesma norma jurídica pode comportar vários significados. O que não é acertada é a sua conclusão de que o ato de determinação de seu significado é meramente volitivo, isto é, fruto de um juízo de valor político, e que esse juízo é exclusivo dos juízes e tribunais.

Por outro lado, e, por último, também não se pode olvidar que o significado das normas também é construído dentro de um processo de atribuição de sentido instaurado no âmbito de uma sociedade pluralista, não sendo um processo exclusivo, portanto, dos tribunais ou até mesmo dos próprios parlamentares. Nesse sentido, assume relevo a contribuição de Peter Häberle, que procura inserir o pluralismo na atividade interpretativa. Defende o filósofo alemão que com a complexidade da sociedade e, dado que a soberania reside na vontade popular, as opiniões de todos os interessados devem apresentar alternativas ao processo hermenêutico, que deixa de ser algo enclausurado cientificamente para ganhar foro social, protraindo sua discussão aos atores envolvidos pelas práticas sociais, na busca da efetivação do modelo manifestado na Constituição (HÄBERLE, 1997, p. 36-37). Häberle propõe, assim, a possibilidade da conjugação de fontes hermenêuticas, abolindo-se o hermetismo, o decisionismo e a discricionariedade da interpretação positivista efetuada pelos titulares da “fala autorizada” (HÄBERLE, 1997, p. 41).

4 CONCLUSÕES

Com estas breves linhas, é de se concluir que não assiste razão ao tradicional argumento positivista de Kelsen de que a validade e a interpretação

⁴ Cite-se, a propósito, STRECK, Lenio Luiz. A resposta hermenêutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). **Teoria do direito neoconstitucional**: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico. São Paulo: Método, 2008. Sobre a identificação do positivismo de Kelsen com o decisionismo, Jean-François Kervégan considera que isto ocorre mais propriamente devido a um equívoco estabelecido no seio da própria doutrina: “existe no positivismo jurídico um equívoco que transcreve, aliás, a sua compreensão da positividade. O direito positivo é, antes de tudo, aquilo que o legislador quer; mas a lei promulgada se separa, por assim dizer, da decisão que a instaura como fato jurídico, e se torna uma norma auto-suficiente, ‘positiva’, pois é dotada de uma racionalidade intrínseca que a exegese científica e a jurisprudência têm precisamente como tarefa reconstruir” (KERVÉGAN, 2006, p. 4-5).

do direito de acordo com os valores éticos, morais ou de justiça, ou sua conexão com os demais sistemas normativos, criam riscos de insegurança e arbitrariedade, pois é justamente a sua abordagem positivista na interpretação que resulta num amplo espaço de discricionariedade ao intérprete.

Portanto, o positivismo jurídico de Kelsen merece críticas tanto quanto à sua teoria sobre a validade do direito, quanto à sua teoria da interpretação do direito. No entanto, quanto à esta última, o comprometimento de sua credibilidade ainda se mostra mais grave diante da inexistência de critérios ou parâmetros para limitar a atividade interpretativa, concentrando todo o esforço hermenêutico no ato meramente volitivo do intérprete, numa autêntica abordagem decisionista do direito.

Esse silêncio, todavia, é coerente com a teoria kelseniana sobre a validade do direito, e não aleatório, pois, como o fundamento do direito e a existência de limites à discricionariedade interpretativa somente podem ser encontrados com a aceitação da influência de outros sistemas normativos sobre o direito, estabelecer a moral comunitária de Dworkin ou outro valor como obstáculo à livre interpretação/aplicação do direito é tarefa da qual o positivismo, para ser harmônico com a sua teoria da validade, e na linguagem kelseniana, deveria desinteressar-se.

5 REFERÊNCIAS

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

CADERMATO, Sergio. *Estado de direito e legitimidade. Uma abordagem garantista*. 2ª ed. Campinas, SP: Millennium, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Brancos e interconstitucionalidade. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Belknap Press, 2006.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*. Madrid: Taurus, 1987.

HART, Herbert L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 2001.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Tradução: A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. Tradução: Lycurgo Gomes da Mota. São

Paulo: Mestre Jou, 1968.

KELSEN, Hans. *Das problem der souveränität und die theorie des völkerrechts*. Turbingen: Mohr, 1920.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000b.

KERVÉGAN, Jean-Francois. *Hegel, Carl Schmitt – O politico entre a especulação e a positividade*. Tradução: Carolina Huang. Barueri, SP: Manole, 2006

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UnB, 1980.

PARETO, Vilfredo. *Tratado de sociologia geral. Preliminares e as ações não-lógicas*. In: RODRIGUES, José Albertino (Org.). *Vilfredo Pareto: sociologia*. São Paulo: Ática, 1984.

RAZ, Joseph. *The authority os law. Essays on law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 1979.

RAZ, Joseph. *Ethics in the public domain. Essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon Press, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. *A resposta hermênutica à discricionariedade positivista em tempos de pós-positivismo*. In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008

TAVARES, André Ramos; OSMO, Carla. *Interpretação jurídica em Hart e Kelsen: Uma postura (Anti) realista?* In: DIMOULIS, Dimitri; DUARTE, Écio Oto (Coord.). *Teoria do direito neoconstitucional: Superação ou reconstrução do positivismo jurídico*. São Paulo: Método, 2008

WEBER, Max. *Sociologia del derecho*. Granada: Comares, 2001.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria Pura do Direito: Repasse Crítico de seus Principais Fundamentos*. Rio de Janeiro: Forense, 2003





A VIOLÊNCIA SEXUAL PRATICADA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL: A EDUCAÇÃO SEXUAL COMO ALTERNATIVA

*Denise Almeida de Andrade**
*Humberto Cesar Temoteo Ribeiro***

RESUMO

Crianças e adolescentes são diuturnamente vítimas das mais diversas formas de violência em todo o mundo, e é neste contexto que se insere a violência sexual. Em razão de uma série de circunstâncias, que vão desde a ingenuidade das vítimas até o lucro obtido com algumas práticas criminosas (a exemplo do tráfico para fins de exploração sexual), o enfrentamento à violência sexual contra crianças e adolescentes ainda carece de maior efetividade. Nesta medida, propõe-se, a partir de uma pesquisa eminentemente bibliográfica, a educação sexual como um instrumento auxiliar, mas hábil, no combate a esta realidade.

Palavras-chave

Violência Sexual. Educação Sexual. Criança e adolescente.

ABSTRACT

Nowadays children are victims from various forms of violence in the world, and it is in this context that sexual violence occurs. Due to a series of circumstances, ranging from naive victims to the profit on some criminal practices (such as the trafficking for sexual exploitation), coping with sexual violence against children and adolescents still needs greater effectiveness. To that extent, it is proposed, from a literature search eminently, sex education as an auxiliary, but skilled in fighting this reality.

Keywords

Sexual violence. Sex education. Children and adolescents.

* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Professora do curso de Direito da Unifor e da Faculdade Christus.

** Bacharel em direito pela Faculdade Christus. Advogado.

1 A VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

A violência é um fenômeno global, que atinge os mais diversos Estados e pessoas indistintamente, e apresenta níveis de gravidade diferentes, tendo, pois, consequências múltiplas e heterogêneas, o que enseja ações de prevenção e de combate compatíveis com a situação vivida.

Apesar de toda pessoa humana fazer *jus* a instrumentos e a garantias de prevenção e combate à violência, há segmentos sociais que por condições peculiares estão em situação de maior vulnerabilidade, ou seja, são “alvos” mais fáceis e frágeis, o que potencializa os efeitos negativos de qualquer prática violenta. Está-se falando de crianças e adolescentes, idosos, mulheres, negros, etc..

É neste contexto que se coloca a necessidade de se enfrentar toda espécie de violência praticada contra crianças e adolescentes, pois sua condição de pessoa em desenvolvimento, ou seja, indivíduo em formação física, moral e psíquica, os coloca em situação de maior sujeição.

Ocorre que apesar de ser necessário analisar e discutir todas as formas de violência contra crianças e adolescentes, é importante que essas ponderações se dêem de maneira independente e articulada, pois cada situação é marcada por singularidades que vão ensejar uma atuação diferente, sob pena de as ações de enfrentamento e prevenção serem ineficientes.

Nesse estudo, apresentar-se-á a educação sexual como um instrumento auxiliar de enfrentamento à violência sexual praticada contra esses indivíduos.

Para tanto, faz-se necessário, de início, esclarecer que os temas violência sexual, abuso sexual e exploração sexual são convergentes, pois seus conceitos se aproximam na medida em que contemplam a violação de direitos sexuais. Todavia, sua diferenciação é necessária, bem como sua precisão conceitual, a fim de que se construam mecanismos adequados de enfrentamento e de combate de cada uma dessas práticas criminosas.

De acordo com a definição do Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-Juvenil (PNVS), entende-se por violência sexual toda prática que avilta a liberdade sexual dos indivíduos. Pode haver a utilização de meios de coerção físico ou psicológico, ser praticado por pessoas da família, parentes, amigos, vizinhos ou desconhecidos, pois o que a caracteriza é o fato de alguém subjugar o outro (criança ou adolescente) para fins de satisfação sexual ou para obtenção de lucro. Percebe-se, pois, que violência sexual é gênero, pois comporta a definição das espécies abuso e exploração sexual.

O primeiro está relacionado a uma prática sem fins comerciais/lucrativos, vez que o abusador intenta satisfazer desejo sexual próprio. O abuso sexual, via de regra, é praticado por pai/padrasto, parente próximo (tio, primo, irmão) vizinho ou pessoa de confiança como professores, médicos, líderes religiosos, etc., pois sua atuação carece de uma confiança prévia, a fim de evitar ou minimizar as chances de uma denúncia.

Esclareça-se que o abuso sexual pode existir sem que haja sequer contato físico, pois o assédio sexual, o abuso sexual verbal, o exibicionismo e o voyeurismo são formas de violência.

Por outro lado, tem-se o abuso sexual com contato físico, que por sua vez não ocorre apenas quando há a relação sexual propriamente dita (penetração vaginal ou anal), pois carícias, masturbação, sexo oral e tentativas de manter relação sexual também são formas de abuso.

Para a Campanha Estadual de enfrentamento ao abuso sexual de crianças e adolescentes, organizada pelo governo do Estado do Espírito Santo, o abuso sexual:

caracteriza uma situação em que a criança ou o adolescente é usado para satisfação sexual de outra pessoa, como um adulto ou adolescente mais velho. Pode ser por meio de carícias, manipulação dos órgãos genitais, exploração sexual, pornografia e/ou ato sexual, com ou sem penetração, com ou sem violência física¹.

Já a exploração sexual guarda estreita relação com a obtenção de vantagem econômica, ou seja, a criança e/ou o adolescente passa por um processo de reificação, a partir do qual é utilizado como objeto de satisfação sexual, e seus exploradores fornecem uma contraprestação pecuniária.

Perceba-se que por explorador tem-se aquele que paga pelo “serviço prestado”, bem como o que alicia o menor: “são considerados exploradores o cliente que paga pelos serviços sexuais e os intermediários em qualquer nível, ou seja, aqueles que induzem, facilitam ou obrigam crianças e adolescentes a se prostituir”².

Note-se, então, que a simples ausência de relação sexual com o menor, não descaracteriza a condição de explorador. Neste sentido, interessante mencionar a definição aprovada no I Congresso Mundial contra a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes, realizado em Estocolmo, em 1996:

A exploração sexual comercial de crianças e adolescentes é uma violação fundamental dos direitos infanto-juvenis. Compreende o abuso sexual por adultos e a remuneração em espécie à criança, ao adolescente, a uma terceira pessoa ou várias. A criança e o adolescente são tratados como objeto sexual e uma mercadoria. A exploração sexual comercial de crianças e adolescentes constitui uma forma de coerção e violência, que pode implicar o trabalho forçado e formas contemporâneas de escravidão. Essa prática é determinada não apenas pela violência estrutural, que constitui seu pano de fundo, como pela violência social e interpessoal. É resultado também das transformações ocorridas nos sistemas de valores arbitrados nas relações sociais, especialmente o patriarcalismo, o racismo e a apartação social, antítese da ideia de emancipação das liberdades econômicas e culturais e da sexualidade humana.

¹ ESPÍRITO SANTO. Governo do Estado. *Campanha Estadual de enfrentamento ao abuso sexual de crianças e adolescentes*, p. 11-12.

² *Ibid.*, p. 11.

Este cenário de violência sinaliza para a quebra de regras sociais, de consensos éticos e de valores e condutas humanas do sentido civilizatório da humanidade, suas origens, seus fundamentos e dificuldades³. (grifou-se).

Aponte-se, ainda, que a exploração sexual de crianças e adolescentes pode se dar por meio de pornografia⁴, prostituição⁵, turismo sexual⁶ e tráfico para fins sexuais.

A conceituação feita acima é relevante, na medida em que o manejo adequado dos conceitos auxilia na construção de ações e políticas públicas efetivas. Contudo, mais relevante é publicizar dados e fatos concernentes ao abuso e à exploração de crianças e adolescentes, com o fito de sensibilizar Poder Público e sociedade civil, pois só o combate conjunto e diuturno apresentará resultados satisfatórios.

É diante disto que se destaca a relevância da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito – CPMI presidida pela então senadora Patrícia Saboya, pois os resultados obtidos, após um ano de trabalho, confirmam que a realidade do Brasil é preocupante.

Em julho de 2004 foi apresentado o relatório final da CPMI, no qual várias medidas de enfrentamento foram propostas, haja vista a constatação de que a exploração sexual no Brasil contempla todas as formas conhecidas: turismo sexual, pornografia, prostituição e tráfico para fins sexuais, ou seja, as crianças e os adolescentes brasileiros estão sendo cotidianamente vitimizados e com a chancela do Poder Público, das famílias e da sociedade civil.

³ GOMES, Patrícia Saboya. *ESPERANÇA para as crianças do Brasil: a CPMI da Exploração Sexual apresenta seus resultados*. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 18.

⁴ “Pornografia infanto-juvenil é todo material audiovisual utilizando crianças e adolescentes num contexto sexual, ou segundo a INTERPOL, a ‘representação visual da exploração sexual de uma criança ou adolescente, concentrada na atividade sexual e nas partes genitais dessa criança ou adolescentes’. Para os especialistas que hoje estudam a pornografia infanto-juvenil na Internet, trata-se de uma exposição sexual de imagens de crianças e adolescentes incluindo fotografias de sexo implícito, negativos, projeções, revistas, filmes, vídeos e discos de computadores”. GOMES, Patrícia Saboya. *ESPERANÇA para as crianças do Brasil: a CPMI da Exploração Sexual apresenta seus resultados*. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 19.

⁵ Importante destacar que crianças e adolescentes não se prostituem, **são prostituídos**. Cf. GOMES, Patrícia Saboya. *ESPERANÇA para as crianças do Brasil: a CPMI da Exploração Sexual apresenta seus resultados*. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 18: “A prostituição consiste na troca de favores sexuais por bens materiais ou sociais, em uma relação de sexo e mercantilização. As crianças e adolescentes, por sua condição peculiar de desenvolvimento e por estarem submetidos às condições de vulnerabilidade e risco social, são considerados prostituídos (os) e não prostitutas (os)”.

⁶ “Turismo sexual é a exploração de adultos, crianças e adolescentes por visitantes em geral, geralmente procedentes de países desenvolvidos, mas contando também com turistas do próprio país. É uma modalidade de exploração que envolve a cumplicidade, por ação direta ou omissão, de agências de viagem, guias turísticos, hotéis, bares, restaurantes, boates, lanchonetes, barracas de praia, garçons, porteiros, postos de gasolina, taxistas, prostíbulos, casas noturnas e de massagem, além da tradicional cafetinagem”. GOMES, Patrícia Saboya. *ESPERANÇA para as crianças do Brasil: a CPMI da Exploração Sexual apresenta seus resultados*. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 19.

É importante ressaltar que a situação brasileira não é única, pois vários outros Estados (normalmente na mesma condição de desenvolvimento sócio-econômico) apresentam o mesmo panorama.

A literatura especializada aponta que uma em cada quatro meninas e um em cada 10 meninos é vítima de violência sexual antes de completar 18 anos em todo o mundo. O abuso sexual contra crianças e adolescentes ocorre em tão expressiva quantidade que é considerado um problema de saúde pública, que ocasiona sérios prejuízos para as vítimas, envolvendo aspectos psicológicos, sociais e legais⁷.

Todavia, se é certo que a pobreza, os altos índices de analfabetismo e de desemprego, as políticas ineficientes de planejamento familiar são fatores que impulsionam essa prática criminosa, a deturpação de valores éticos e morais financia diretamente a exploração de crianças e adolescentes, pois, no que se refere ao tráfico internacional para fins sexuais, à pornografia e ao turismo sexual, os responsáveis pela existência dessa “oferta” são indivíduos oriundos de países com alto índice de desenvolvimento humano, ou seja, pessoas “nascidas e formadas” em Estados que pertencem ao rol de nações desenvolvidas.

É neste momento que surge mais um desafio: combater comportamentos e atitudes que aviltam direitos de crianças e adolescentes, que desprezam sua condição de sujeitos de direitos, que os reduz à mera situação de objeto e que, por fim, lhes tira o viço e a pujança de ser jovem e livre.

Neste sentido:

*commercial sexual exploitation of children exists because there is a demand for it. Deterrence and criminal punishments are important, but any efforts to end the commercial sexual exploitation of children must also recognize the need to challenge and condemn behaviours, beliefs and attitudes that support and sustain this demand.*⁸(grifou-se).

Essa realidade cria, então, uma ambiência propícia à prática de crimes cada vez mais bem articulados, a exemplo do tráfico de crianças para fins sexuais, que ocorre tanto no âmbito interno (entre municípios, Estados e regiões) quanto em nível internacional.

As ações preventivas são ineficientes, pois o lucro e as promessas advindos da exploração sexual de crianças e adolescentes compelem cada vez mais pessoas, inclusive pais e mães, a participar dessa prática, colocando seus filhos em situação de extremo sofrimento e violação.

⁷ CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. *Abuso Sexual contra crianças e adolescentes: DENUNCIE*. Ajude-nos a mudar esta página. Cuiabá: Ministério Público do Estado de Mato Grosso; Câmara Municipal de Cuiabá; Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso, p. 5.

⁸ ECPAT Internacional. *Questions & Answers about the Commercial Sexual Exploitation of Children*. 4. ed. Saladaeng Printing Co. Ltd., 2008, p. 5.

Além disso, a articulação das redes criminosas dificulta o combate ao crime e estimula novos exploradores, os quais vislumbram, apenas, o retorno financeiro e a impunidade.

A questão que se coloca, pois, é complexa: de um lado, mazelas sócio-econômicas e, de outro, deturpações de condutas e crenças, as quais desconsideram a dignidade humana, a solidariedade e o respeito pelo outro.

Assim, é que se justifica a premência de se discutir sempre novas propostas que auxiliem no enfrentamento da violência sexual praticada contra crianças e adolescentes, a fim de que se consiga assegurar, efetivamente, um desenvolvimento completo e equilibrado aos nossos jovens⁹.

2 A EDUCAÇÃO SEXUAL COMO UMA OPÇÃO DE ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA SEXUAL PRATICADA CONTRA CRIANÇAS E ADOLESCENTES

As crianças e os adolescentes ascendem, com a promulgação da Constituição de 1988, à categoria de sujeitos de direitos, abandonando a sua condição de objeto de responsabilidade dos pais.

Este *status* de sujeito de direitos impõe a necessidade de se adequar a atuação do Estado e particulares à perspectiva de que crianças e adolescentes devem participar da construção do Estado brasileiro e que suas ideias e necessidades devem ser consideradas.

Todavia, passados 20(vinte) anos da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente percebe-se a persistência de situações que afrontam direitos fundamentais garantidos constitucionalmente a esses indivíduos.

A teoria da proteção integral e o princípio da prioridade absoluta são diretrizes constitucionais que devem ser seguidas pelos mais diversos segmentos da sociedade, em especial, quando se trata de mecanismos de enfrentamento à violência praticada contra esses indivíduos.

A informação é importante para a prevenção e o combate de qualquer espécie de violência, entretanto, quando crianças e adolescentes são vítimas de violência, discutir novas formas de esclarecimento, denúncia e informação mostra-se ainda mais urgente. Esclareça-se que os destinatários dessas ações devem ser pais/responsáveis, bem como crianças e/ou adolescentes. Estes últimos, por óbvio, devem receber informações compatíveis com o seu nível de desenvolvimento e maturidade.

Entende-se ser preciso uma maior iniciativa estatal, no sentido de promover políticas públicas com a finalidade de educar crianças e adolescentes, que são o pólo mais vulnerável desta relação, a fim de que percebam que sua condição de sujeito de direitos lhes autoriza a exigirem privacidade, a não permitirem contatos (físicos ou não) indesejados, a defenderem sua intimidade...

⁹ Neste artigo, quando se utiliza a palavra “jovem” está-se tratando de crianças e adolescentes.

Além dos jovens, seus pais e/ou responsáveis devem ser contemplados com ações de educação sexual, pois são estes que efetivamente detêm a obrigação de zelar pelos interesses e pelo bem-estar de seus filhos.

Crianças e adolescentes devem encontrar na família, na escola e na comunidade indivíduos aptos a ouvi-las e a ampará-las, sob pena de serem revitimizadas ao tentarem denunciar a violência. Ressalte-se, conforme já mencionado acima, que o abuso sexual é praticado por alguém próximo à vítima o que dificulta sua insurreição, vez que além do medo, pode haver respeito e até carinho pelo agressor¹⁰.

A população em geral deve ser incluída nas políticas de enfrentamento, a fim de que, cada vez mais, um maior número de pessoas estejam aptas a identificar indícios de violência sexual. É necessário que a sociedade civil se sensibilize com essa realidade, mas que se manifeste de forma consistente e lícita, ou seja, que evite os excessos, os quais só auxiliam ao agressor.

Saber diferenciar as diversas modalidades de violência, conhecer os órgãos oficiais de enfrentamento, utilizar o Disque-denúncia, são exemplos de atitudes que podem ser tomadas por indivíduos que sequer conheçam a vítima. Essas ações estão arrimadas na Constituição Federal de 1988 que inclui a sociedade civil no rol dos responsáveis pelo bem-estar e pela segurança dos jovens brasileiros.

Os pais devem estar ainda mais atentos, pois são os principais e diretos responsáveis por acompanharem o bom desenvolvimento de seus filhos, colocando-os a salvo de qualquer espécie de perigo. Sugere-se, para tanto, que acompanhem o processo de amadurecimento de seus filhos, verificando desde as notas da escola até os programas de televisão que assistem, sem confundir esse acompanhamento com autoritarismo ou superioridade.

Em 2003, após priorização, pelo Governo Federal, do enfrentamento da exploração sexual de crianças e adolescentes, a Secretaria Especial de Direitos Humanos assumiu o serviço Disque Denúncia como ação estratégica de implementação do Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infância-Juvenil. O objetivo do Disque denúncia é receber denúncias de violência contra crianças e adolescentes, procurando interromper a si-

¹⁰ Dentre centenas de casos que ocorrerem no Brasil dois merecem destaque: O primeiro caso aconteceu em Sorocaba/SP, quando o técnico de futebol Osvaldo Guides Camargo, vulgo Bozó, que mantinha uma escolinha de futebol e já havia coordenado categorias de base de São Bento e de Atlético Sorocaba, abusou sexualmente de três garotos de 10 anos de idade. Segundo a denúncia, os garotos eram levados para a casa de Bozó, onde assistiam filmes pornográficos e eram forçados a praticarem atos sexuais. Em 2006, jogadores do Atlético Sorocaba chegaram a acusar o treinador de abuso, mas ele não chegou a ser preso. O outro caso aconteceu em Campo Mourão no Paraná, quando Raimundo Gregório da Silva, de 52 anos, zelador há 18 anos do Colégio Vinícius de Moraes, em depoimento confessou ter assassinado a estudante Dimitria Laura Vieira de 13 anos, e confirmou ao delegado que assediou e estuprou a garota. Depois do crime, ele teria matado e esquartejado o corpo. O celular e os documentos dela foram encontrados na casa de Silva. Ele teria ainda estuprado e matado outra jovem, de 21 anos.

tuação revelada, com medidas de proteção e responsabilização que possam garantir de fato a dignidade da pessoa atendida¹¹.

Uma das estratégias mais objetivas para o enfrentamento da violência sexual contra crianças e adolescentes no Brasil foi a instituição, há cerca de dez anos, do 18 de maio como o Dia Nacional de Combate ao Abuso e à Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes. “A idéia surgiu da necessidade de dar visibilidade ao tema perante a sociedade como um todo. Então, a proposta para essa data é convocar todo mundo para participar do processo de enfrentamento cotidiano do problema, mobilizando e atingindo o maior número de pessoas possível”, explicou Karina Figueiredo, secretária executiva do Comitê Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes¹².

É necessário, ainda, que se assuma que trabalhar o tema de educação sexual com crianças e adolescentes é tarefa complexa, pois há, sempre, que se respeitar os limites de cada um dos envolvidos, garantindo-lhes o pleno desenvolvimento, de acordo com seu ritmo natural de amadurecimento. Além disso, é tarefa que precede a aceitação de que os direitos sexuais enquanto direitos humanos devem ser entendidos como os direitos destinados a proteger a sexualidade humana, inerente a todo ser humano – homem ou mulher, heterossexual ou homossexual, jovem ou idoso – independentemente do país, cultura ou religião^{13 14}.

É nesta medida que a informação, por meio da apropriação dos conceitos de direitos sexuais e reprodutivos, auxiliam, inclusive, na construção de propostas de educação sexual, capazes de contemplar tantos interesses.

Observe-se que a atual luta pelo reconhecimento da sexualidade como um direito humano insere-se num marco que vai além da aceitação da importância de proteger uma dimensão da conduta humana, na medida em que seus alcances repercutem na própria estruturação da sociedade.

Indicar crianças e adolescentes como destinatários dessas práticas, faz emergir imediatamente, uma série de dúvidas e incertezas, pois a legislação pátria não dá conta de amiar a discussão e de indicar pormenorizadamente o que deve ou não ser feito.

¹¹ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. *Programa Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes: Mostrando que a Proteção de Nossas Crianças e Adolescentes Também Está em Fase de Crescimento*. 2009.

¹² FUNDAÇÃO TELEFÔNICA/ PORTAL PRÓ-MENINO. *Enfrentamento do abuso e exploração sexual: denúncia é a primeira barreira a ser vencida* Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/DireitosdasCriancaseAdolescentes/tabid/77/ConteudoId/c3d36914-daac-4810-931e-176adba3af15/Default.aspx>> Acesso em 22 de Agosto de 2010.

¹³ MILLER, Alice. M. Sexual no reproductivo: explorando la conjunción y disyunción de los derechos sexuales y reproductivos. In: GRUSKIN, Sofía (ed.). *Derechos sexuales y reproductivos, aportes y diálogos contemporáneos*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, 2001, p. 90.

¹⁴ Este parágrafo e os quatro que o sucedem são uma releitura de trabalho apresentado em coatoria no VIII Congresso Brasileiro de Bioética, em Búzios-Rio de Janeiro, em 2009. Cf. LOPES, Ana Maria D´Ávila; ANDRADE, Denise Almeida de Andrade. Crianças e adolescentes como sujeitos de Direitos Humanos sexuais e reprodutivos. *Anais...Búzios*, 2009.

Existe, contudo, a premissa da prioridade absoluta e da proteção integral, as quais indicam o caminho, nesse caso, da educação sexual, pois por meio da informação adequada desses indivíduos, prestada de acordo com a idade de cada pessoa, é que se conseguirá garantir o bom desenvolvimento desses sujeitos.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vê-se, a partir da definição de violência sexual, que essa prática guarda relação direta com as discussões sobre o efetivo exercício de direitos. Isso porque tanto no ordenamento jurídico brasileiro, quanto em âmbito internacional há normas suficientes para coibir e punir ações que aviltem a dignidade humana e a condição da pessoa de ser sujeito de direitos.

Todavia, o que se percebe é que para além das normas existe a realidade sócio-econômica e cultural, as quais definem os contornos da sociedade brasileira, a exemplo das relações marcadamente machistas e patriarcais, que relegam a mulher e crianças e adolescentes a uma posição de submissão e dependência.

É em razão disto, que o abuso e a exploração sexual de crianças e adolescentes tem crescido no Brasil e no mundo, em despeito de todas as iniciativas do Poder Público e da sociedade civil para enfrentar esse mal.

Tem-se encontros e seminários internacionais, tratados e protocolos específicos, mudança na legislação interna, instalação de CPMI, ou seja, percebe-se a articulação constante em prol da proteção de crianças e adolescentes. Todavia, os aspectos acima mencionados aliados à miséria definem um ambiente propício ao desrespeito de direitos fundamentais.

A condição de sujeitos de direitos confere às crianças e aos adolescentes a prerrogativa de se insurgirem contra qualquer espécie de violência, em especial quando se trata de violência sexual, por ser uma forma particularmente cruel e degradante de subjugar indivíduos em condição de maior vulnerabilidade.

A realidade do Brasil é preocupante e, pior, não é única. Outros Estados também convivem com as mais variadas formas de violência, o que demonstra a complexidade da situação, pois o enfrentamento tem que se dá numa perspectiva de combater, inclusive, o crime organizado (especialmente quando se trata do tráfico internacional de crianças e adolescentes), que apresenta uma cadeia articulada e internacional de relações, negócios e crime.

É nesta medida que se defende a educação sexual, preferencialmente, dos jovens, mas também de seus pais/responsáveis, bem como da sociedade civil, como uma opção viável para auxiliar no enfrentamento da violência sexual, vez que por meio do conhecimento pode-se romper as fronteiras do silêncio e, por consequência, da impunidade.

4 REFERÊNCIAS

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. *Programa Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Contra Crianças e Adolescentes: Mostrando que a Proteção de Nossas Crianças e Adolescentes Também Está em Fase de Crescimento*. 2009.

CORRÊA, Lindinalva Rodrigues. *Abuso Sexual contra crianças e adolescentes: DENUNCIE*. Ajude-nos a mudar esta página. Cuiabá: Ministério Público do Estado de Mato Grosso; Câmara Municipal de Cuiabá; Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso.

ECPAT Internacional. *Questions & Answers about the Commercial Sexual Exploitation of Children*. 4. ed. Saladaeng Printing Co. Ltd., 2008.

ESPÍRITO SANTO. Governo do Estado. *Campanha Estadual de enfrentamento ao abuso sexual de crianças e adolescentes*, p. 11-12.

FUNDAÇÃO TELEFÔNICA/ PORTAL PRÓ-MENINO. *Enfrentamento do abuso e exploração sexual: denúncia é a primeira barreira a ser vencida* Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/Ferramentas/DireitosdasCriancaseAdolescentes/tabid/77/ConteudoId/c3d36914-daac-4810-931e-176adba3af15/Default.aspx>> Acesso em 22 de Agosto de 2010.

GOMES, Patrícia Saboya. *ESPERANÇA para as crianças do Brasil: a CPMI da Exploração Sexual apresenta seus resultados*. Brasília: Senado Federal, 2004.

MILLER, Alice. M. Sexual no reproductivo: explorando la conjunción y disyunción de los derechos sexuales y reproductivos. In: GRUSKIN, Sofía (ed.). *Derechos sexuales y reproductivos, aportes y diálogos contemporáneos*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán, 2001.



MULTICULTURALISMO E A INDISSOCIABILIDADE ENTRE OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA SOLIDARIEDADE SOCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Bianco Zalmora Garcia**
*Edvânia Fátima Fontes Godoy***

RESUMO

Por meio de uma revisita ao conceito moral e filosófico de dignidade da pessoa humana e de uma abordagem histórico-evolutiva até o contexto contemporâneo, onde a dignidade é reconhecida pelo próprio ordenamento jurídico como qualidade intrínseca da pessoa humana em sua realização existencial, inclusive no sentido de que não há dignidade sem o outro, é possível dizer que há uma reciprocidade indissociável entre os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social no Estado Democrático de Direito, na medida em que exercem a função de elementos constitutivos nucleares dos direitos fundamentais. A partir dessa perspectiva busca-se um diálogo multicultural euro-americano, perpassando-se por alguns aspectos pontuais da União Européia (questão lingüística na Espanha e laicidade da França) e da América Latina (indígenas e afrodescendentes), o que permite a constatação de que seja na Europa desenvolvida ou no subcontinente americano, a democracia e o multiculturalismo, enquanto instrumentos de concretização dos direitos fundamentais dos grupos minoritários são indispensáveis na proteção do patrimônio cultural da humanidade.

* Graduado em Filosofia pela Universidade de São Paulo e em Teologia pelo Instituto Superior de Filosofia e Teologia dos Frades Capuchinhos Paraná Santa Catarina. Mestre em Educação pela Universidade de São Paulo e Doutor em Educação - Filosofia da Educação pela Universidade de São Paulo. Atualmente é professor adjunto da Universidade Estadual de Londrina. Atua como docente no Departamento de Filosofia, no Mestrado em Direito Negocial e Mestrado em Serviço Social. No Mestrado em Direito desenvolve pesquisa e docência sobre Ética e Direito e Metodologia da Pesquisa Jurídica; no Mestrado em Serviço Social sobre Políticas públicas, esfera pública e democracia. Na área de Filosofia e Educação, desenvolve pesquisa sobre a Teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas e da teoria da ação dialógica de Paulo Freire com ênfase em ética e política, democracia, formação da cidadania e subjetividade ética, gestão e política educacional. Larga experiência na pesquisa e docência em lógica clássica (aristotélica) na Graduação em Filosofia, bem como em Metodologia da Pesquisa e do Ensino em Filosofia para cursos de graduação e especialização. Na Universidade Estadual de Londrina já atuou como diretor de ação pedagógica na Pró-reitoria de Graduação, coordenador pedagógico da COPESE Comissão Permanente de Seleção -Vestibular, coordenador do Colegiado do Curso de Filosofia, coordenador de Estágios do Departamento de Filosofia. Atualmente, coordenador do Curso de Especialização em Filosofia Política e Jurídica.

** Advogada, especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina e mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina, bolsista CAPES.

Palavras-chave

Dignidade da pessoa humana. Solidariedade social. Direitos fundamentais. Multiculturalismo e democracia.

ABSTRACT

Through to a revisit of moral philosophical concept concerning human dignity and also historical-evolutionary approach to the contemporary context, where dignity is recognized by its own judicial requirements as intrinsic quality of the human person in the existential realization, including in the sense that there is no dignity without the other, it is possible to state that there is a reciprocity between the inseparable principles of human dignity and social solidarity in the Democratic State of Law, in the way that impacts in a role of nuclear components of fundamental rights. From this perspective a Euro-American multicultural dialogue is achieved, passing for a few specific aspects of the European Union (language issue in Spain and France) and Latin America (indigenous and African descent), which allows the confirmation that in the developed Europe or American subcontinent, the democracy and multiculturalism, as a means of achieving the fundamental rights of minority groups are essential to protect the cultural heritage of humanity.

Keywords

Human dignity. Social solidarity. Fundamental rights. Multiculturalism and democracy.

INTRODUÇÃO

O conceito de dignidade da pessoa humana vem sendo historicamente alinhavado ao longo do pensamento ocidental, adquirindo vários matizes semânticos à medida que vai se desenvolvendo reflexivamente a autocompreensão dos seres humanos na tentativa de reconhecer o significado de sua própria humanidade e sua existência, em suas determinações históricas e socioculturais. Entretanto, importa destacar que a evolução do conceito de dignidade humana deve ser encarada sem qualquer apelo para uma linearidade progressiva, dado que tal conceito vem sendo elaborado no enfrentamento dos conflitos e revezes que vão se delineando ao longo da história ocidental, em suas determinações políticas, econômicas e sociais, que se refletem na Filosofia, no Direito, na Cultura e na Arte.

Sob esse aspecto, alguns marcos históricos de natureza filosófico-jurídica podem ser destacados na evolução do conceito: 1) marco greco-clássico: a compreensão ético-normativa da dignidade humana na sua relação com a *polis*. 2) marco helenista: a perda da referência da *polis* e a compreensão naturalística da dignidade humana. 3) o marco cristão católico e protestante em sua referência ao direito natural subsumido ao direito divino. 4) marco jusnaturalista e racionalista. 5) o marco kantiano. 6) o marco hegeliano. 7) o marco habermasiano.

Essa evolução leva à conclusão de que a função normativa e hermenêutica do conceito de dignidade é responsável pela relação intrínseca entre dignidade humana e direitos fundamentais, no sentido de princípio fundamental da ordem jurídica e democrática contemporânea.

Nesse viés, a dignidade pode ser vista como qualidade intrínseca da pessoa humana em sua realização existencial, portanto, irrenunciável e inalienável, o que implica na reciprocidade indissociável dos princípios de dignidade da

pessoa humana e da solidariedade social, visto que não há dignidade sem o outro em um Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, imperioso evidenciar que a idéia hodierna de multiculturalismo como forma de proteção dos grupos minoritários é igualmente indissociável da democracia e dos direitos fundamentais, aqui se compreendendo a essência da dignidade e da solidariedade como plataformas de preservação do patrimônio cultural da humanidade.

Nesse enfoque multicultural, importante à análise da União Européia enquanto manifestação de uma nova configuração mundial, onde convivem vinte e sete Estados, com línguas e religiões diversas, os quais conjuntamente, não obstante suas tensões, apresentam como pretensão programática o ideal comum de integração e desenvolvimento, tanto econômico quanto protetivo dos direitos fundamentais, tendo em vista a consolidação de uma ordem democrática.

Igualmente, no que tange à realidade latino-americana, merece atenção a sua condição multicultural. Entretanto, de modo diverso ao que ocorre no contexto da União Européia, a América Latina apresenta-se como reflexo de um legado histórico marcado por violações dos direitos humanos, altos níveis de discriminação e por democracias enfraquecidas por governos autoritários ou populistas, realidade que se acentua ante as desigualdades econômicas e sociais.

Enfim, tanto na União Européia quanto na América Latina, ressalvadas as peculiaridades e o nível de desenvolvimento de cada uma, a pergunta é: como buscar um maior equilíbrio entre os Estados com tantas divergências culturais sem prejuízo das minorias? É justamente esse o dever da democracia e dos direitos fundamentais.

1 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONCEPÇÃO FILOSÓFICA E MORAL

A partir da interlocução entre a Filosofia e o Direito compreende-se que o direito fundamental da pessoa humana – sua dignidade – encerra em seu conteúdo um feixe de valores e, por seu reconhecimento jurídico, envolve vários direitos de proteção derivada, sobretudo o direito à vida, ao bem-estar, à saúde, a essência cultural religiosa, entre outros.

Por sua vez, considerando o contexto social, político e econômico, a proteção da pessoa humana apresenta-se intimamente associada à promoção da justiça social, à participação e ao exercício das liberdades civis. Aliás, a própria compreensão de justiça se encontra vinculada intimamente ao que se compreende por dignidade humana como preceito constitucional.

Diante das incertezas e polêmicas atuais que desencadeiam a crise da autocompreensão humana, esta interlocução impõe a necessidade de uma abordagem multidisciplinar e interdisciplinar para dar conta da tarefa complexa de reconceituar a dignidade de todo ser humano em sua concretude existencial e histórica. Nesse aspecto, tendo por base a perspectiva habermasiana – desde

sua obra *O Futuro da Natureza Humana* - impõe-se estabelecer fundamentalmente a distinção, não obstante sua indissociabilidade, entre dignidade humana (a da pessoa humana) e a dignidade da vida humana.

Tem-se, pois, que a afirmação recorrente de que o princípio da dignidade humana antecede seu reconhecimento jurídico justifica-se pelas teses essencialistas e sacralizadoras que a compreende como inerente a existência humana. Contrariamente a tais teses, recoloca-se esta questão deslocando esta antecedência à vida humana, propriamente considerada.

Ora, a vida humana, como tal, antecede a construção dos contextos morais e jurídicos de interação intersubjetiva e, deste modo, implica a necessidade de uma concepção de dignidade própria, mais abrangente e menos específica que o termo definido como dignidade humana. Neste viés, impõe-se a diferenciação necessária entre dignidade da vida humana e a dignidade da pessoa humana para o delineamento de suas implicações éticas, morais e jurídicas.

Com efeito, por um lado, o impacto das biotecnologias e da engenharia genética desencadeia infindáveis desafios e polêmicas em torno da disponibilidade de recursos genéticos para fins de instrumentalização do corpo humano e alterações de suas qualidades originais. Por outro lado, a atual geração ainda se defronta com as marcas da violência que submetem milhares de vidas humanas, vítimas da miséria, da desnutrição e da fome. As injustiças e desigualdades sociais, que implicam variadas formas de exclusão e de exploração humana, aumentam sob a égide da globalização dos mercados.

Esta crise da autoconcepção humana exige a redefinição de parâmetros éticos (acerca do bem viver determinado pela pluralidade de formas de vida que coexistem numa determinada sociedade), morais (acerca da justiça, cujas questões implicam a coexistência destas diversas formas de vida na sociedade) e, conseqüentemente, jurídicos. Entretanto, dada a configuração contemporânea de uma moralidade pós-convencional, a tentativa de propor respostas pós-metafísicas às questões sobre a dignidade humana exige um posicionamento em relação às concepções substantivas decorrentes de teses relacionadas a uma compreensão essencialista de natureza humana ou àquelas formulações tradicionais de natureza religiosa e teológica.

De fato, a reflexão filosófica, restrita às questões de justiça e moral, sem que se detenha em discorrer sobre os conteúdos das diferentes formas particulares de vida ética, orienta-se tão-somente para as propriedades formais que caracterizam os processos procedimentais de tomada de decisão moral e jurídica, com base numa compreensão político-deliberativa de democracia.

Sob esse aspecto, destaca-se a perspectiva habermasiana de uma conceituação pós-metafísica (ou pós convencional) de dignidade da pessoa humana que marca a superação da concepção jusnaturalista e/ou essencialista.

Destarte, em Habermas não encontramos nenhuma tentativa de fundamentar uma teoria substantiva (essencialista) de natureza humana ou de dignidade humana. Afirmar - de modo *a priori* - que a natureza humana consiste em uma entidade fixada intrinsecamente como valor ou sacralizada em sua substantividade metafísica apresenta-se como uma tese contraditória com a estratégia argumentativa habermasiana frente ao atual cenário histórico e socioculturalmente contingente da moralidade.

Esta estratégia pressupõe a natureza humana entendida como a autocompreensão reflexiva e normativa de moralidade humana e, por este modo, consiste numa reafirmação das condições da moralidade moderna que vão se moldando à medida que se desvela a derrocada das pretensões universalizantes que caracterizaram, e continuam caracterizar, as respostas metafísicas às questões éticas e morais.

Em outras palavras, no âmbito de uma concepção de moralidade pós-metafísica, entende-se que o nexos constitutivo da autocompreensão dos seres humanos que envolve o entendimento da natureza (enquanto vida e existência humana) e sua correspondente dignidade apresenta um caráter eminentemente ético-normativo. Este nexos ético-normativo entre natureza humana e de sua dignidade emerge da própria flexibilidade da Modernidade que configura o conteúdo emancipatório de uma moralidade fundada na racionalidade, liberdade, autodeterminação e igualdade.

No contexto de sociedades pluralistas contemporâneas não se pode sustentar um conceito essencialista de dignidade humana, como por exemplo, o de “essência racional” do sujeito humano, tal como delineado em Kant, tampouco a sacralização substantiva das concepções religiosas ou correlatas. A ruptura com as bases jusnaturalistas ou sacralizantes de fundamentação da dignidade humana abre as portas para sua desontologização.

Conclui-se, deste modo, que o reconhecimento compartilhado relativo à condição humana apresenta-se como um construto, cuja precariedade e contingência decorrem de suas determinações históricas e sócio-culturais. Portanto, as questões jurídicas que envolvem este autoreconhecimento recíproco constituem-se em asserções de uma autocompreensão moral da própria espécie humana e de sua condição existencial e, por sua vez, reiteram a capacidade dos seres humanos de se reconhecerem mutuamente como sujeitos, autores e protagonistas, de suas próprias histórias de vida e, deste modo, como sujeitos autônomos.

Embora o conceito de dignidade da pessoa humana seja relativamente recente, podemos encontrar referências filosóficas ao longo da trajetória do pensamento no mundo ocidental. Entretanto, entende-se que a tentativa contemporânea de fundamentá-la encontra-se relacionada ao processo onto-filogenético de seu reconhecimento oriundo de uma herança histórica que configura a autocompreensão da espécie humana.

O impacto dos conflitos mundiais e da experiência trágica da barbárie levou à proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Como bem

destaca Hannah Arendt,¹ a “banalidade do mal” decorrente da experiência nazista provocou a busca do sentido humano, de sua própria dignidade. Esta questão se atualiza frente à violência urbana e aos conflitos relacionados à exploração humana e à sujeição das minorias ao preconceito e aos crimes de ódio.

O conceito de dignidade humana se amplia. Na virada do século XXI, diante do impasse da sobrevivência do planeta, incorpora ao conceito a sobrevivência da própria espécie humana e demanda uma ética fundada na corresponsabilidade pelo futuro. Implica a ampliação não apenas de uma concepção de ser humano mas dos vínculos intersubjetivos de solidariedade que devem constituir a humanidade enquanto uma comunidade planetária. Assim, o sentido humano e a solidariedade humana apresentam-se como dois aspectos indissociáveis na concepção de dignidade humana.

Compreende-se, portanto, que a humanidade vai redesenhando ou reinventando os parâmetros ético-normativos que configuram a idéia de dignidade humana e a partir dos quais se autocompreende, numa perspectiva emancipatória, especialmente em relação à liberdade e à igualdade. De fato, a idéia da dignidade como valor intrínseco da pessoa humana tem sido pensada e reconstruída ao longo da história, desde os filósofos da Antigüidade Clássica, passando pelos aportes dos pensadores da Idade Média, especialmente impregnados do pensamento cristão, cuja evolução histórica, nos períodos subsequentes, apontou a racionalidade inerente ao ser humano como parâmetro norteador. De certo modo a concepção dessacralizada de dignidade humana de Immanuel Kant faz culminar sua compreensão secularizada, calcada sobre a autonomia da vontade do ser humano, enquanto ser racional, como seu fundamento.

Apesar de considerar a influência marcante de Kant no pensamento contemporâneo ocidental há que se considerar o aporte filosófico de Hegel e, contemporaneamente, o aporte de Habermas. Cada qual contribuiu significativamente para ampliar a compreensão da dignidade da pessoa humana. Em Hegel ressalta-se o reconhecimento recíproco como fundamento da dignidade, notadamente no âmbito das instituições sociais da família, da sociedade civil e do Estado, enquanto em Habermas a ressignificação intersubjetiva da dignidade destaca sua dimensão comunicativa e seu substrato ético-discursivo.

Os estóicos podem ser considerados os precursores da compreensão cristã da dignidade humana. Proclamaram que o homem é coisa sagrada para outro homem (*homo res sacra homine*) porque todos os seres humanos são membros de um mesmo e grande corpo (*membra sumus corporis magni*). A dignidade, portanto, seria uma qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguiria dos demais.

Com o advento do Cristianismo, a idéia ganha um impulso significativo ao conceber o ser humano criado à imagem e semelhança de Deus. Violar a dignidade da criatura implicaria, em última análise, na violação da vontade do próprio Criador. Segundo Santo Agostinho, o ser humano, apesar de mutável, falível e destrutível, é concebido como portador da centelha divina, pois fora feito à

imagem e semelhança de Deus. Para Tomás de Aquino, todo ser humano é dotado de livre-arbítrio e de uma capacidade inata de captar racional e intuitivamente os ditames da ordem moral espelhada na ordem divina. O pensamento escolástico, entre os séculos XII e XIV, definiu a pessoa como uma substância individual, que existe como um todo indivisível e dotado de razão.

A Reforma Protestante, sobretudo com Lutero, aprofunda a fundamentação da visão humanista da dignidade humana. As relações entre Deus e homem foram substancialmente modificadas: Deus, como ser transcendente, apresenta-se como uma realidade que, perscrutando a Revelação pela leitura dos textos bíblicos, pode ser acessada e interpretada, sem quaisquer mediações, pelo sujeito humano, enquanto indivíduo que professa a fé, em contraposição ao determinismo do sujeito teológico medieval que somente poderia se afirmar como subalterno e dependente das interpretações exegéticas da Igreja católica.

Ao sustentar a interioridade e espontaneidade do sentimento religioso do ser humano em relação direta com Deus, a Reforma favoreceu a compreensão de emancipação do indivíduo em relação a toda ingerência de autoridade religiosa ou civil e, por sua vez, influenciou direta e decisivamente na valorização da individualidade humana como base do desenvolvimento de doutrinas jurídicas e políticas da Modernidade.

Ora, com a Modernidade, desde o humanismo renascentista, desenvolve-se uma compreensão laicizada da dignidade humana: de uma abordagem teológica, a dignidade como valor naturalmente intrínseco da pessoa humana passou a ser vista como centrada no sujeito humano compreendido em si como vontade racional, livre e autônoma. O humanismo resgata a máxima protagórica da sofística: “o homem é a medida de todas as coisas”. Valoriza-se o interesse pelo ser humano considerado em si mesmo. Neste contexto, observa-se, nos tratados de caráter ético, o tema sobre a dignidade do homem (*dignitas hominis*). Neles valoriza-se a liberdade do ser humano e lhe reconhece uma dignidade inerente à sua própria natureza.

No final do século XV, importa também destacar o pensamento de Picco Della Mirandola e de sua escola renascentista de inspiração platônica. Em *De hominis dignitate oratio* (Discurso sobre a Dignidade do Homem) desenvolveu o princípio da dignidade inerente ao ser humano sem recorrer a uma justificação teológica. Deste modo, sua obra foi considerada como um manifesto do espírito renascentista que se abriu as portas para o pensamento iluminista. A defesa da dignidade humana comporta a afirmação da liberdade inerente a todo ser humano. Segundo Picco Della Mirandola (apud BOMBASSARO, 2003), todo homem está condenado à liberdade e, por ela, condenado a fazer suas escolhas: “Não te fizemos celeste nem terreno, nem mortal nem imortal, a fim de que tu, árbitro e soberano artífice de ti mesmo, te plasmasses e te informasses, na forma que tivesses seguramente escolhido”.

O declínio do humanismo e o desenvolvimento da filosofia racionalista e

mecanicista alavancaram a constituição de um novo paradigma de cientificidade, plasmado desde a concepção de ciência galilaico-baconiana, de modo que o ser humano passa a ser visto como um fenômeno puramente natural. O racionalismo cartesiano privilegia a autoreferência da subjetividade epistêmica como condição de objetividade do conhecimento, ao afirmar o “poder de bem julgar e distinguir o verdadeiro do falso, que é propriamente o que se denomina o bom senso ou a razão”, presente natural e igualmente em todos os homens (DESCARTES, 1991, p. 29).

De acordo com Giorgi Solari (1946), o ser humano, no contexto do capitalismo nascente, não é mais valorizado por sua inclusão como parte privilegiada do Cosmos (concepção antiga, neoplatônica e aristotélica) ou por sua filiação divina, sua natureza espiritual e fim transcendente (concepção cristã), nem tampouco por sua dignidade enquanto ser criativo, singular e cultural (concepção humanista renascentista). O valor de sua dignidade reside em um direito abstrato assentado num valor formal que se traduz em norma jurídica de proteção da dignidade e de imposição de um dever ao Estado de respeitar e desenvolver as potencialidades da pessoa humana.

No século XVIII, a moralidade iluminista, por sua vez, rejeita a idéia de Revelação e da sujeição do indivíduo à lei divina. Defende a idéia da autonomia e da responsabilidade de cada um por seus atos deliberadamente movidos por suas escolhas racionais. Demarca-se a tese jusnaturalista, ao compreender que o indivíduo, por sua natureza, age segundo uma lei interior: a consciência moral de Rousseau ou o imperativo categórico da razão prática de Kant. A legitimidade do ato moral não decorre do seu agir em conformidade obediente às prescrições da Igreja, do Estado ou da comunidade em que vive, mas do exercício racional de sua liberdade, inerente à sua condição humana e que antecede a própria constituição do Estado.

Para Kant (1964, p. 92), apenas o ser humano, dotado de racionalidade, tem valor absoluto, isto é, como fim em si mesmo. Contrapondo-se ao homem, compreendem-se as coisas que existem como meio, portanto, de valor relativo, atribuído arbitrariamente, segundo as necessidades deste ou daquele ser racional. Essa diferenciação leva Kant à formulação da seguinte máxima como fundamento prático supremo: “Procede de maneira que trates a humanidade, tanto na tua pessoa, como na pessoa de todos os outros, sempre ao mesmo tempo como fim, e nunca como meio” (KANT, 1964, p. 92).

A dignidade, tal como se apreende na moral rousseauiana e kantiana, está subjacente no primeiro direito fundamental de todo ser humano, como determina o art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem (1948): “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir uns com os outros num espírito de fraternidade”.

Em síntese, o conceito de dignidade humana não pode ser esgotado

em um mero dispositivo legal, dado que por sua conotação humanística, envolve a idéia do pleno desenvolvimento do indivíduo, considerado por sua autonomia e liberdade, no contexto social organizado por instituições justas que salvaguardem efetivamente sua condição. Deste modo apresenta-se como elemento axiológico objetivo de caráter indisponível que, associado aos direitos invioláveis que lhe são inerentes, na solidariedade social, configura o fundamento último da ordem política democrática e da paz social.

A dignidade da pessoa humana, para além de uma mera idéia valorativa dentre um conjunto de princípios, expressa um dos fundamentos da ordem democrática. Como tal, representa uma condição moral, reconhecida juridicamente, que marca as relações entre sujeitos portadores de direitos e deveres, mutuamente imputáveis e circunscritos a um mesmo contexto normativo. A defesa da dignidade da pessoa tem por alvo a salvaguarda de sua humanidade.

Sua inserção em todas as Constituições atuais como princípio normativo fundante dota-o de um significado especialmente relevante: como princípio constitucional fundamental, inviolável e indisponível, apresentando-o, por sua função hermenêutica, como critério axiológico, normativo, vinculante e irrenunciável da práxis jurídico-interpretativa.

Com efeito, o princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive reconhecendo suas raízes nos ideais da Revolução Francesa, adquiriu contornos universalistas influenciando o constitucionalismo contemporâneo, desde a promulgação da Declaração Universal de Direitos do Homem que o concebeu em seu preâmbulo e o consagrou, na seqüência, no artigo 1º, proclamando que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DA ORDEM JURÍDICA

A idéia de dignidade da pessoa humana está na base do reconhecimento dos direitos humanos fundamentais. Só é sujeito de direitos a pessoa humana. De acordo com Antonio Junqueira de Azevedo (2002, p. 7-14) a pessoa humana é um bem e a dignidade o seu valor. Afirma que o princípio jurídico da dignidade fundamenta-se na pessoa humana e esta pressupõe, antes de mais nada, uma condição objetiva, a vida.

Por este modo, o autor entende que dignidade humana impõe um primeiro dever básico: o de reconhecer o preceito de intangibilidade da vida humana sem que se admita qualquer exceção e, como tal, assumi-lo como absoluto. Com base neste princípio da dignidade compreendem-se os bens jurídicos tutelados: vida, segurança, propriedade, liberdade e igualdade. Por sua vez, com base neste princípio compreendem-se todos os direitos e garantias fundamentais consagrados nas Constituições dos Estados Democráticos de Direito.

A dignidade humana, de um lado representa simultaneamente condição

moral e jurídica que marca as relações entre sujeitos portadores de direitos e deveres mutuamente imputáveis e que se reconhecem solidariamente como tais em um mesmo contexto normativo. Por outro, adquire seu sentido na contingência dos acordos estabelecidos frente às diferentes formas concretas de vida que marcam a sociedade pluralista contemporânea.

O ordenamento jurídico compreende a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana em sua realização existencial, irrenunciável e inalienável. Deste modo, vincula-se à sua compreensão como princípio ético-normativo baseado na autocompreensão do ser humano como fim em si mesmo e não na sua utilização como um meio. É no contexto de modernização complexa das sociedades contemporâneas que o conceito de dignidade humana, além de expressar a necessidade de uma ética da responsabilidade e da solidariedade, introduz um elemento de ordem e de harmonização no conflito das relações das comunidades humanas.

Em um Estado Democrático de Direito confere-se prevalência aos direitos humanos, erigindo a dignidade da pessoa humana à categoria de valor supremo e valor fundante de todo o ordenamento. Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 60) apresenta uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de 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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

De acordo com Norberto Bobbio (1992), distanciando-se de fundamentações metafísicas e sacralizadoras, os direitos humanos foram (e estão sendo) construídos historicamente, à medida que a autocompreensão de homens e mulheres com relação ao significado da espécie humana vai sendo moldada pelas lutas travadas para sua própria emancipação e pelas transformações das condições de vida que essas lutas causaram.

Entende-se, pois, que os direitos humanos fundamentais decorrem de um processo ontogenético e filogenético de aprendizado coletivo, historicamente determinado, que permite o reconhecimento do valor e da dignidade intrínseca de todo ser humano. Estes direitos, por sua vez, permitem explicitar o conteúdo ético-normativo da própria dignidade da qual emergem e, assim quando reconhecidos juridicamente, garantir sua efetividade e proteção.

A primeira Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, ocorre na França, em 1789, e explicita os direitos individuais com evidente perspectiva universalista: “todos os homens nascem livres” (art. 1º). Entretanto, Fábio Konder Comparato (2005, p. 114), destaca a anterioridade de algumas declarações norte

americanas. Dentre elas, a Declaração do Estado da Virgínia, de 1776, que proclamava em seu art. 1º que:

Todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar de seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

Historicamente, do século XVII ao XX, como conquista das revoluções liberais, todas as declarações dos direitos do homem vinham proclamando os direitos imprescritíveis da liberdade, da propriedade, da segurança e da resistência à opressão. Mas somente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de Dezembro de 1948, no contexto marcado pelo pós-guerra, que os direitos humanos são reafirmados e explicitados como valores e princípios com pretensões universais, caracterizados pela imprescritibilidade, a irrenunciabilidade, a inviolabilidade, universalidade, efetividade, interdependência e a complementaridade; e que, como tais, exigem que se sobreponham e determinem os fundamentos do ordenamento jurídico-constitucional das nações. Desde então ocupam um lugar à parte do Direito Internacional.

Em virtude do reconhecimento das condições históricas, especificamente ocidentais, que determinam, em cartas, convenções, declarações, pactos, entre outros, a explicitação da dignidade da pessoa humana como também frente a pluralismo cultural, o problema recai sobre a pretensa universalidade dos direitos humanos. O enfrentamento deste problema envolve atualmente algumas tentativas de resposta:

- (1) A jusnaturalista, que encontra seu fundamento no direito natural, parte do reconhecimento universal da humanidade como espécie peculiar, distinta de todas as outras vivas, o que implica uma natureza própria ao homem, idêntica em todos.
- (2) A positivista que encara que as disposições normativas que configuram o direito resultam de um acordo fático entre interesses em conflito no seio de certa sociedade humana. Nessa concepção, os direitos humanos não são considerados como inerentes a qualquer ser humano, mas concedidos e garantidos pelos órgãos do Estado.
- (3) A multiculturalista, foco de abordagem do presente trabalho, que compreende o conteúdo moral dos direitos humanos, em última instância, como referentes a concepções axiológicas de determinadas coletividades, cujas pretensões de normatividade universal se apresentam arbitrárias (SEMPRINI, 1999).
- (4) E, por fim, a intersubjetiva ou ético-discursiva, na perspectiva habermasiana, sem que se negue as particularidades culturais e históricas, apóia-se na possibilidade de um princípio moral universal e não-etnocêntrico que configure a legitimidade dos direitos

humanos, com base no reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade justificáveis acerca de argumentos morais. Este princípio deve assegurar, pela reflexividade que deve caracterizar o processo discursivo, que somente sejam aceitas como válidas as normas que exprimem uma vontade universal.

3 A GARANTIA DE EFETIVIDADE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Edilson Pereira de Farias (2000, p. 63-64) afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana:

Refere-se às exigências básicas ao ser humano no sentido de que ao homem concreto sejam oferecidos os recursos de que dispõe a sociedade para a manutenção de uma existência digna, bem como propiciadas as condições indispensáveis para o desenvolvimento de suas potencialidades. Assim, o princípio em causa protege várias dimensões da realidade humana, seja material ou espiritual. [...] A sua proteção envolve tanto um aspecto de garantia negativa no sentido de a pessoa não ser ofendida ou humilhada e quanto outro de afirmação do pleno desenvolvimento de cada indivíduo.

Ora, as garantias direcionadas à efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana vinculam o Estado, os indivíduos e a sociedade em geral. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (1998, p. 41), “a aceitação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana impõe, assim, a aceitação da sua capacidade de produzir efeitos jurídicos, através das modalidades de eficácia positiva, negativa, vedativa do retrocesso e hermenêutica”.

Na presente questão, cumpre destacar especialmente as modalidades que envolvem garantias positivas e negativas de efetividade jurídica.

Deste modo, considerando a perspectiva do garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli, orientada na busca de uma melhor adequação dos acontecimentos do mundo empírico às prescrições normativas oficiais, compreende-se que as garantias constitucionais apresentam-se divididas em duas formas: negativas e positivas.

Por um lado, as garantias negativas para efetividade jurídica do princípio constitucional impedem a produção de normas que lhe são contrárias. De acordo com Ricardo Maurício Freire Soares, a eficácia negativa, apontada por Ingo Wolfgang Sarlet, “confere à cidadania a prerrogativa de questionar a validade de todas as normas infraconstitucionais que ofendam o conteúdo de uma existência digna, ferindo o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana” (SOARES, 2011).

Por outro lado, evidencia o referido autor que as garantias positivas obrigam o legislador a promulgar uma legislação que dê efetividade jurídica a este princípio e os direitos correlatos. De acordo com Ricardo Maurício Freire Soares, a eficácia positiva, também apontada por Ingo Wolfgang Sarlet,

[...] consiste em reconhecer, ao eventual beneficiado pela norma jurídica de eficácia limitada, o direito subjetivo de produzir tais efeitos,

mediante a propositura da ação judicial competente, de modo que seja possível obter a prestação estatal, indispensável para assegurar uma existência digna. O Estado democrático está, portanto, obrigado a concretizar a dignidade da pessoa humana, ao elaborar normas e formular/implementar políticas públicas (SOARES, 2011).

Em seguida, comenta as outras duas modalidades de eficácia apresentadas por Ingo Wolfgang Sarlet:

A eficácia vedativa do retrocesso se afigura como uma derivação da eficácia negativa, segundo a qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser elididas pela supressão de normas jurídicas progressistas. A vedação ao processo permite, assim, que se possa impedir, pela via judicial, a revogação de normas infraconstitucionais que contemplem direitos fundamentais do cidadão, desde que não haja a previsão normativa do implemento de uma política pública equivalente, tanto do ponto de vista quantitativo, quanto da perspectiva qualitativa. A eficácia hermenêutica consiste na capacidade do princípio da dignidade humana de orientar a correta interpretação e aplicação das regras e demais princípios de um dado sistema jurídico, a fim de que o intérprete escolha, dentre as diversas opções hermenêuticas, aquela que melhor tutele a idéia de existência digna no caso concreto (SOARES, 2011).

Como se pode observar, a efetividade jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana impõe não apenas o dever estatal de respeito ou de abstenção (eficácia negativa), mas o de promover e implementar condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade dos indivíduos (eficácia positiva). Na concepção garantista de Ferrajoli a ausência de garantias positivas de efetividade destes direitos constitucionais implica na impossibilidade de se exigir do Estado o seu cumprimento.

4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

De início, reitera-se que o princípio da dignidade da pessoa humana possui uma função norteadora em toda interpretação constitucional e infraconstitucional que permite, por meio de determinadas regras, a subsunção do fato a norma.

Nesse sentido, a consecução dos objetivos de um Estado Democrático de Direito deve ser orientada para a solidariedade e justiça social, tendo como elemento norteador o princípio da dignidade humana. A observância e o respeito a este princípio fundante marca toda interpretação quer seja das normas da própria Constituição como também das normas infraconstitucionais.

O paradigma de interpretação constitucional, e por consequência, da jurisprudência, altera-se por força da compreensão do substrato valorativo presente no princípio da dignidade da pessoa humana e de sua orientação para a solidariedade e justiça social que se constituem como lugar hermenêutico. Esta é a perspectiva do que hoje se denomina de NEOCONSTITUCIONALISMO que

vincula o conjunto de normas constitucionais aos fatos e valores sociais e que, por esta razão, valoriza os novos paradigmas hermenêutico-jurídicos que possibilite romper com o determinismo das interpretações mecanicistas e literais.

De forma ainda mais ousada, cabe ressaltar a democratização da hermenêutica constitucional defendida por Peter Häberle (2002) para quem a interpretação das normas constitucionais e sua aplicabilidade não devem ser monopolizadas exclusivamente pelos juristas. A sociedade, em razão de seu poder constituinte, deve se envolver no processo hermenêutico-constitucional. Aliás, o substrato normativo que envolve a reciprocidade indissociável dos princípios da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade social que constitui as bases do Estado Democrático de Direito, impõe por coerência lógica esta democratização proposta por Häberle.

De qualquer forma, o que importa evidenciar é que, ao contrário da hermenêutica jurídica clássica, em que o fato sofria uma subsunção à norma literal, na nova hermenêutica constitucional é o conteúdo normativo dos valores e princípios constitucionais que permitem fundamentar a aplicação e interpretação da norma bem como concretizá-la em cada caso. De outro modo, de forma explícita ou implícita, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, todos os demais princípios constitucionais oferecem suporte hermenêutico a todo o ordenamento jurídico, desde a interpretação do conteúdo das normas constitucionais até alcançar sua efetividade nas decisões judiciais que configuram a jurisprudência.

5 MULTICULTURALISMO E DEMOCRACIA: A CONVIVÊNCIA COM AS MINORIAS – UMA ABORDAGEM EURO-AMERICANA

O contexto contemporâneo abarca ampliadas discussões sobre os direitos fundamentais, entre elas, a concretização desses direitos em relação aos grupos ditos minoritários. Se no passado a questão era tida por irrelevante, atualmente é objeto de preocupação para a comunidade mundial.

Sob esse aspecto, pretende-se uma abordagem euro-americana dos sistemas vigentes de proteção dos direitos fundamentais, enfocando-se a importância do multiculturalismo e da democracia como plataformas de efetividade desses direitos para os grupos minoritários. Para tanto, algumas considerações conceituais acerca do assunto são de extrema pertinência.

Para Paulo Vargas Groff e Rogério Pagel (2009, p. 52), o reconhecimento de grupos minoritários por meio da concretização de seus direitos fundamentais é um tema de grande destaque nas sociedades atuais pelo fato das denominadas minorias constituírem-se, na verdade, em maiorias.

Nessa conjuntura, merecem destaque as palavras de Eduardo Biachi Gomes (2008, p. 35) quanto ao termo multiculturalismo: “tem por finalidade examinar como as diversas culturas, sob a égide de uma mesma jurisdição, podem conviver em harmonia e, conseqüentemente, serem protegidas, ou preservadas no referido espaço”.

Tem-se, pois, que o multiculturalismo é um conceito amplo, que poderá mudar de um lugar para o outro. Algumas pessoas o encaram como uma filosofia antirracista; outras como um modo de reforma educacional; outras como proteção da diversidade cultural e dos direitos das minorias; outras, ainda, como sinônimo de pluralidade cultural. De qualquer modo, o que importa não é o modo de ver, mas sim, o modo de efetivá-lo como um fim social que está sempre em defesa de certos grupos (GROFF; PAGEL, 2009, p. 52).

Por sua vez, a democracia constitui o alicerce das políticas de inclusão multiculturais, pois somente através das formas de atuação democrática é que os indivíduos podem buscar seus direitos e concretizar suas reivindicações.

Nessa esteira, é sobremodo importante assinalar que o núcleo da democracia está envolto na idéia de soberania popular, no sentido de uma participação igualitária de todos os indivíduos independentemente da raça, cor, sexo, crença religiosa, enquanto o multiculturalismo busca tornar efetiva essa participação para todos os grupos de modo equânime, sejam eles minoritários ou não.

Corroborando com esse entendimento, salienta Marcelo Campos Galuppo (2002, p. 152-153) com enfoque na concepção habermasiana de igualdade e diferença no Estado Democrático de Direito, que é justamente na democracia que o Direito pode se desenvolver concretizando o seu dever de permitir a coexistência fraterna de diferentes projetos de vida, de modo a não ofender as exigências de justiça e segurança, indispensáveis à integração social. Mais adiante evidencia o autor que a democracia deve ser vista como uma “comunidade real de comunicação” na perspectiva ético-discursiva do que Habermas concebe contrafaticamente como “situação ideal de fala”, apontando, por conseguinte, que a sociedade e o sujeito não se constituem pela subjetividade ou objetividade, mas sim pela “intersubjetividade”.

Depreende-se, portanto, que o problema das sociedades contemporâneas e multiculturais está relacionado com o respeito aos direitos humanos e à inclusão social dos grupos “minoritários”, inclusão que só é possível a partir da idéia habermasiana que propõe a adoção de uma política de reconhecimento dos indivíduos pertencentes a esses grupos culturais no marco comum de uma democracia deliberativa e participativa. Com isso, pretende Habermas o estabelecimento de direitos coletivos para resguardar as aspirações de reconhecimento das identidades coletivas e as demandas de igualdade decorrentes das referidas minorias culturais (ARROYO, 2000, p. 204).

Superadas essas questões preliminares, cumpre assinalar que a região do continente europeu apresenta-se como a parte do mundo onde a proteção dos direitos fundamentais integra, de forma mais desenvolvida, as agendas políticas e governamentais, em decorrência da necessidade de tutela desses direitos em reação às históricas atrocidades de que foram vítimas suas populações durante a Segunda Guerra Mundial.

Entretanto, embora o continente europeu possua um sistema vigente e

avançado de proteção dos direitos fundamentais, evidenciam-se ainda inúmeros problemas relacionados à soberania, nacionalidade, cultura, religião, etnia, lingüística, entre outros.

Igualmente, na América Latina, tal como em outros países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos do ponto de vista político e econômico, a situação não é distinta. Após repetidos fracassos de modelos e projetos de desenvolvimento e pelos revezes autoritários ou populistas que enfraquecem estas democracias recentes, os problemas acima pontuados em relação ao continente europeu também vem se tornando, de forma cada vez mais acentuada, objeto de reflexão nas agendas governamentais.

Na verdade, nos dias atuais, as culturas, etnias e raças vêm sendo empurradas pela globalização das economias, envolvendo praticamente todas as nações, algumas como hegemônicas, outras como subordinadas, e outras ainda, como apêndices, e acarretando sérias conseqüências para os Estados e seus indivíduos (GOMES, 2008, p. 10).

Ainda no que tange a globalização, pode-se dizer que é um fenômeno que vem exigindo a eliminação das fronteiras geográficas, implicando expansão econômica, política, territorial e, principalmente, fundindo ou até mesmo destruindo identidades nacionais, haja vista a imposição de governos, modos de produção e mundialização da cultura.

Como demonstrado alhures, essa realidade impõe um diálogo entre democracia e multiculturalismo como forma de assegurar a efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais dele derivados, visto que com a evolução do processo de globalização surgem os movimentos migratórios, que geram mudanças nos valores culturais de uma determinada nação, a qual acaba confundindo seus valores culturais com o dos outros povos que passam a conviver dentro do mesmo espaço (GOMES, 2008, p. 15).

Nesse contexto é que surgem as diferenças, uma vez que os imigrantes, como ocorre na União Européia, por se tratarem de “minorias” em um determinado Estado, não podem exercer os seus direitos culturais, como o uso de seu idioma materno (Espanha) ou a prática de sua própria religião (França), em uma clara violação à democracia e aos direitos fundamentais, bem como do primado da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social.

Partindo então para uma abordagem euro-americana, a princípio tratando da União Européia, é importante destacar que esta representa mais do que um bloco econômico. Na verdade, configura-se como uma verdadeira unidade política, cujos Estados-Membros integram culturas, costumes, línguas e tradições distintas. Sem dúvida alguma a cultura é um dos principais elementos que impulsionam esse processo de integração, ao passo de que é inconcebível cogitar-se no ideal de uma unificação sem que se respeitem os valores culturais de cada povo, Estado e Nação (GOMES, 2008, p. 30).

Exemplo da tamanha importância que possui o respeito às diferenças no processo de integração europeu pode ser observado no Preâmbulo do Tratado de Lisboa:

INSPIRANDO-SE no patrimônio cultural, religioso e humanista da Europa, de que emanaram os valores universais que são os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, bem como a liberdade, a democracia, a igualdade e o Estado de Direito;

RECORDANDO a importância histórica do fim da divisão do continente europeu e a necessidade de criação de bases sólidas para a construção da futura Europa;

CONFIRMANDO o seu apego aos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do homem e liberdades fundamentais e do Estado de Direito;

CONFIRMANDO o seu apego aos direitos sociais fundamentais, tal como definidos na Carta Social Européia, assinada em Turim, em 18.10.1961, e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989;

DESEJANDO aprofundar a solidariedade entre os seus povos, respeitando a sua história, cultura e tradições.

Constata-se, pois, que um dos principais patrimônios da União Européia está representado pela sua diversidade cultural, religiosa e humanista, insculpida em valores universais e indivisíveis que servem de alicerce para o desenvolvimento de qualquer Estado Democrático de Direito.

Todavia, embora se vislumbre que a democracia apresenta-se como um valor essencial observado pela União Européia, algumas questões pontuais envolvendo conflitos multiculturais devem ser discutidas. Primeiramente, cumpre esclarecer que existem inúmeros focos de conflito na Europa, entretanto, abordar-se-á especialmente duas questões, a linguística e a religiosa envolvendo respectivamente a Espanha e a França.

Conforme Eduardo Bianchi Gomes (2008, p. 76-79), dentro da União Européia não existem mecanismos jurídicos que venham a proteger diretamente os idiomas minoritários, mesmo com o reconhecimento oficial da existência do multilinguismo. Ao todo existem vinte e três idiomas oficiais na União Européia, quais sejam: alemão, grego, estoniano, letão, holandês, eslovaco, esloveno, espanhol, francês, húngaro, irlandês, italiano, lituano, maltês, dinamarquês, polonês, português, sueco e theco. Por outro lado, estima-se que existam 59 idiomas e 40 milhões de cidadãos europeus falando uma língua não oficial, o que torna a questão das minorias linguísticas preocupante na União Européia, mesmo com todos os avanços democráticos já ressaltados.

Cumpre destacar, que no tocante ao direito dos cidadãos, podem estes se dirigir a qualquer instituição comunitária apenas fazendo o uso dos “idiomas oficiais” do bloco econômico, inclusive, com a opção de recebimento da resposta

no “idioma oficial” de sua escolha, o que para o Direito Comunitário europeu significa uma prerrogativa de exercício da cidadania comunitária.

Entretanto, quanto aos idiomas minoritários, “não oficiais”, é que surgem os maiores problemas, haja vista que sem o reconhecimento das referidas línguas não pode o cidadão comunitário, democraticamente, pronunciar-se perante o bloco econômico europeu no uso de seu idioma materno.

Caso específico é o da Espanha, onde o catalão é reconhecido como um idioma co-oficial, portanto minoritário para o Estado Espanhol, não sendo permitido que os atos comunitários sejam traduzidos diretamente para o referido idioma. Isso porque a Espanha é signatária de todos os tratados com a finalidade de proteção do direito das minorias e, inclusive, estabelece em seu art. 3º da Constituição de 1978 que:

Artículo 3

1. El castellano es La lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen El deber de conocerla y El derecho a usarla.
2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales em las respectivas comunidades autónomas de acuerdo com sus estatutos.
3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección.

Essa realidade demonstra a ausência de um efetivo exercício de cidadania, visto que de forma antidemocrática e sem observância e respeito aos direitos fundamentais, o cidadão catalão não possui a faculdade de se expressar no seu próprio idioma, que é justamente o meio de representação da sua identidade e cultura.

Minorias religiosas também constituem um assunto polêmico e importante na Europa, principalmente porque a gênese da civilização européia é judaico-cristã e baseada na cultura greco-romana (GOMES, 2008, p. 79).

Contudo, em relação à questão religiosa, o modelo que mais se desponta na União Européia é o do Estado laico francês, que parte de uma concepção de igualdade formal e de forma indiscriminada não permite o uso de símbolos religiosos nos espaços públicos por acreditar que tal política é uma forma de respeito a todas as religiões, culturas e crenças, o que para muitos representa até mesmo um sinal de intolerância.

Pondera Eduardo Biacchi Gomes (2008, p. 81), que o surgimento do Estado laico, política que prega a separação absoluta do Estado e da Igreja deriva da Revolução Francesa, em 1789, e da concepção do republicanismo. Nessas circunstâncias, a laicidade é tida pelo Estado francês como um elemento essencial e principal do pacto republicano, origem da existência de um Estado Democrático de Direito pautado na observância dos direitos fundamentais.

Logo adiante, aduz o autor que o Estado francês parte da premissa que, dentre os valores envolvidos em um Estado Democrático de Direito, devem

ser execrados aqueles princípios de outras culturas que na civilização ocidental não são admissíveis. Para o Estado francês, o uso do véu mulçumano pode representar mais do que uma manifestação religiosa, denotando a existência da idéia de submissão da mulher perante o homem, o que frontalmente transgride os direitos fundamentais e a democracia.

Tem-se, então, que no entendimento francês a laicidade, que se traduz em um princípio, deve ser conjugado com o princípio da igualdade e da não discriminação, justamente no sentido de preservação da liberdade religiosa e da cultura, como forma de aplicação do multiculturalismo, bem como de respeito à democracia e aos direitos fundamentais.

Levada a questão ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos (caso Layla Sahin VS. Turquia - datado de 10.11.2005), destacou o Tribunal a importância da adoção de medidas dirigidas a impedir movimentos com caráter fundamentalista religioso, que possam exercer uma pressão, no caso sobre aqueles estudantes que não praticam uma determinada religião ou não se identificam com determinados requisitos. Ou seja, a Corte Européia dos Direitos Humanos reconheceu a legalidade da ingerência estatal, entendendo que a finalidade precípua da política laica é a garantia de proteção do pluralismo religioso e cultural, bem como da democracia e dos direitos fundamentais.

Embora seja indispensável à preservação de determinados valores em uma sociedade multicultural, pluralista e democrática, verifica-se que a expansão da globalização traz consigo desafios que transcendem o entendimento de consolidação de um espaço democrático, como é o caso da laicidade no Estado francês, que divide opiniões, carregando consigo um grande desafio, o de compatibilizar os fatos com a preservação concreta dos valores democráticos e dos direitos fundamentais.

Como no continente europeu, os Estados Sul-Americanos, aqui entendidos os que englobam a América Latina, têm em suas agendas de negociações a implementação de políticas voltadas para uma integração não só econômica, como também política, social e cultural, de forma a inserir os indivíduos e contribuir para o real desenvolvimento dos Estados.

Na verdade, a constatação das profundas diferenças culturais, econômicas, sociais e estruturais sul-americanas não é algo recente, e nesse caso resulta da posição periférica e dependente desses países frente aos países centrais (GOMES, 2007, p. 262).

Pode-se dizer que o debate multicultural é intenso na América Latina tanto quanto na Europa, contudo, tem uma especificidade. O continente americano é construído com uma base multicultural muito forte, onde as relações étnicas têm sido uma constante durante toda a história, uma história triste e dolorosa, marcada pelas incontáveis violações aos indígenas e aos afrodescendentes, seja por meio de sua escravização ou de sua negação enquanto sujeitos de direito.

Conforme Juliet Hooker (2006, p. 89-94), a despeito das medidas

constitucionais e estatutárias que proíbem a discriminação racial na maioria dos países da região da América Latina, esta apresenta um alto grau de desigualdade racial e de discriminação contra populações afrodescendentes e indígenas. Somente nas décadas de 1980 e 1990 é que surgiram as abolições legais ao racismo e vários países latino-americanos implementaram reformas objetivando a realização da cidadania multicultural, tendo sido estabelecidos alguns direitos coletivos para os grupos indígenas. Entretanto, em relação aos afrodescendentes não ocorreu o mesmo.

Cabe destacar que entre os direitos coletivos obtidos com essas reformas incluem-se: o reconhecimento formal de subgrupos étnicos ou raciais específicos e da natureza multicultural das sociedades nacionais; o reconhecimento do direito consuetudinário como direito público oficial; o direito de propriedade coletiva (especialmente em relação a terra para os indígenas);² o status oficial para a língua de minorias em regiões em que estas predominam, bem como a garantia de educação bilíngüe.

A Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru e Venezuela na maioria dos casos estabeleceram normas protetivas a todos esses direitos coletivos na ordem constitucional.

Pode-se dizer que essas reformas de cidadania multicultural foram alavancadas como tentativa de reparar as atrocidades decorrentes do antigo racismo, todavia, vislumbram-se eloqüentes disparidades entre os grupos e os direitos coletivos contemplados pelas referidas reformas. Há de se dizer que, em praticamente todos os casos de reforma multicultural na América Latina, os grupos indígenas têm sido muito mais sucedidos na concretização de suas reivindicações do que os afrodescendentes. Isso porque os grupos indígenas, ao contrário dos afrodescendentes, são vistos como titulares e detentores de uma identidade cultural distinta.

Nessa linha de intelecção, alguns dados citados por Juliet Hooker merecem destaque. Dos quinze países latino americanos que aderiram a algum tipo de reforma multicultural, somente Brasil, Colômbia, Equador, Guatemala, Honduras e Nicarágua estenderam alguns direitos coletivos aos afrodescendentes. Mais grave do que isso é que em apenas três países da região, quais sejam, Honduras, Guatemala e Nicarágua, os indígenas e afrodescendentes possuem direitos coletivos equânimes. Comporta dizer que, nesse cenário, somente o Brasil e a Colômbia estão tentando elaborar meios legais diversos para combater o racismo.

É espantoso que indígenas e afrodescendentes, embora constituam uma porcentagem significativa da população total da América Latina, sofrem exclusão social e discriminação racial, entendidas como a impossibilidade desses grupos ditos minoritários de participarem plenamente das esferas social, política, cultural e econômica.

Segundo dados da comissão econômica para a América Latina e o Caribe (CEALC), cerca de oito por cento da população total da América Latina é formada de indígenas, enquanto, a afrodescendente alcança cerca de trinta por cento da população.

Mais adiante, Juliet Hooker chama atenção para o fato de que os dois grupos são atingidos pela pobreza, falta de acesso aos serviços sociais básicos, como saúde e educação, desemprego e discriminação no mercado de trabalho. Exemplo notório é o caso do Brasil, onde sessenta por cento dos afrodescendentes são pobres, o que é quase o dobro da taxa relativa aos brancos.

Nessa perspectiva, o debate multicultural na América Latina nos coloca diante dos indivíduos que, ao longo da história, foram e são até hoje massacrados, porém, souberam resistir e continuam afirmando suas identidades fortemente nessas sociedades, mesmo com tantas relações de poder assimétricas, de subordinação e exclusão.

Dadas as suas peculiaridades, o correto é que a América Latina continue buscando o seu próprio modelo de desenvolvimento multicultural, pautando-se, para tanto, no fortalecimento das instituições democráticas e valorização dos direitos fundamentais, a fim de reduzir essas execráveis desigualdades, ideal de qualquer modelo integracionista, seja ele cultural ou econômico (GOMES, 2007, p. 254).

Em síntese, seja no contexto da União Européia ou da América Latina, enquanto Estados norteados pelo ideal Democrático de Direito, o multiculturalismo, na concepção de diversidade cultural deve ser encarado como uma realidade a ser reconhecida conjuntamente com as desigualdades sociais, que afetam de forma mais acentuada e agressiva as minorias étnicas.

Neste sentido, as políticas públicas orientadas pelo princípio de dignidade humana e solidariedade social devem promover a efetividade dos direitos fundamentais destas minorias étnicas. Não se pode, porém, reduzir a diversidade cultural às minorias economicamente excluídas e que merecem uma atenção governamental. O fenômeno multicultural compreende um universo mais amplo onde se incluem minorias que não se podem compreender apenas pela exclusão econômica, mas que, por suas formas de vida, são tolhidas do pleno exercício de sua cidadania e que, por esta razão, implicam em conflitualidades sócio-culturais emergentes. Desse modo, verifica-se a similaridade entre as realidades européia e latino-americana, seja pela exclusão econômica associada às minorias étnicas, como também pela emergência de novas e múltiplas formas de conflitualidade social orientadas para a discussão pública de questões mais amplas do que as reivindicações tradicionais associadas à esfera da economia e do trabalho.

Estas envolvem a tematização de conteúdos reivindicativos que destacam a diversidade de interesses voltados para a qualidade de vida, o território, o meio ambiente, as identidades de gênero, a orientação sexual, as identidades culturais, étnicas e lingüísticas, a defesa dos direitos humanos, a cidadania,

dentre outros, irreduzíveis aos modelos ou categorias concebidas a respeito de uma suposta determinação da infraestrutura econômica.

Ou seja, tanto a União Européia como a América Latina enfrentam estas novas conflitualidades sociais que se manifestam, por exemplo, na formação de novos movimentos sociais, em particular, pacifistas, feministas, homossexuais, ecológicos, dentre outros. Estas conflitualidades emergentes não podem ser resolvidas através de correções sistêmicas nas estruturas econômicas e, tampouco, dos modelos e das estruturas político-administrativas tradicionais que, diante da crescente complexidade que envolve diferentes âmbitos sociais e culturais da modernidade tardia, perdem sua capacidade de articulação das demandas e expectativas dos distintos atores da sociedade.

O fortalecimento do Estado Democrático de Direito - das instituições e das efetivas práticas democráticas, de cidadania e soberania popular - com base no princípio de dignidade humana associado ao princípio de solidariedade social deve penetrar o tecido multicultural da sociedade compreendendo diversidade de relações e formas de vida, bem como das conflitualidades e pluralidade de interesses.

Corroborando com esse entendimento, é de se dizer que a Convenção da UNESCO de 1972 adverte em seu preâmbulo que a deterioração ou o desaparecimento de qualquer item do patrimônio cultural ou natural empobrece lamentavelmente a referência cultural de todas as nações do mundo, o que implica na necessidade de se estabelecer um sistema efetivo de proteção coletiva do patrimônio cultural e natural de notável valor universal.

Por conseguinte, a recente Convenção da UNESCO de 2005 foi precedida por sua Declaração Universal sobre Diversidade Cultural de 2001, a qual busca conceituar a diversidade cultural como patrimônio comum da humanidade, expressando seu desejo por uma maior solidariedade baseada no reconhecimento da diversidade cultural e de uma consciência da unidade que é a humanidade.

Constata-se, desse modo, que a cultura é um valor essencial, pois somente a partir do respeito às diferenças culturais entre os povos é que se pode vislumbrar uma integração pautada em valores compatíveis com a ordem democrática e os direitos fundamentais.

É nesse sentido que multiculturalismo se mostra indissociável dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social no Estado Democrático de Direito, no sentido de núcleo norteador dos direitos fundamentais. Aliás, cabíveis as palavras do sub-comandante Marcos (2001),³ que de forma bela evidencia que a alcançar a dignidade é um grande desafio para a atual humanidade:

A Dignidade exige que sejamos nós mesmos.
Mas a Dignidade não é somente que sejamos nós mesmos.
Para que haja Dignidade é necessário o outro.
E o outro só é outro na relação conosco.
A Dignidade é então um olhar.

Um olhar a nós mesmos que também se dirige ao outro olhando-se e olhando-nos.

A Dignidade é então reconhecimento e respeito.

Reconhecimento do que somos e respeito a isto que somos, sim, mas também reconhecimento do que é o outro e respeito ao que ele é.

A Dignidade então é ponte e olhar e reconhecimento e respeito.

Então a Dignidade é o amanhã.

Mas o amanhã não pode ser se não é para todos, para os que somos nós e para os que são outros.

A Dignidade é então uma casa que nos inclui e inclui o outro.

A Dignidade é então uma casa de um só andar, onde nós e o outro temos nosso próprio lugar, isto e não outra coisa é a vida, e a própria casa.

Então a Dignidade deveria ser o mundo, um mundo que tenha lugar para muitos mundos.

A Dignidade então ainda não é.

Então a Dignidade está por ser.

A Dignidade então é lutar para que a Dignidade seja finalmente o mundo.

Um mundo onde haja lugar para todos os mundos.

Então a Dignidade é e está por construir.

É um caminho a percorrer.

A Dignidade é o amanhã.

Enfim, seja no continente europeu ou na América latina, o que se verifica é que os direitos fundamentais e a democracia surgem como elementos essenciais para que ocorra a concreta proteção das minorias, derivada da necessária proteção à dignidade da pessoa humana, como expressão da justiça, no horizonte de sentido da solidariedade social.

Sendo assim, para preexistir um Estado Democrático de Direito é absolutamente indispensável que exista um maior número possível de indivíduos buscando o reconhecimento de seus direitos, bem como a inclusão social dos demais.

Tem-se, portanto, que tanto na União Européia quanto na América Latina, ressalvadas suas particularidades, a construção de um projeto democrático multicultural, fundado na garantia efetiva dos direitos fundamentais é imprescindível para a construção de um diálogo aberto, que permita prevalecer os ideais do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Verifica-se que o multiculturalismo, enquanto política social que visa à proteção da diversidade cultural e das minorias culturais que a compõem, é indissociável do princípio da dignidade humana e da solidariedade social, na medida em que é justamente da dignidade humana que derivam os direitos fundamentais. Em razão de sua concepção intersubjetiva, não se

pode compreender a dignidade da pessoa humana dissociada do outro enquanto alteridade, no contexto das interações constitutivas da solidariedade comunicativa que plasma a soberania popular e, pelo qual, se apresenta como fundamento da legitimidade democrática.

Nota-se que a dignidade da pessoa humana, para além de uma mera idéia valorativa dentre um conjunto de princípios, expressa um dos alicerces da ordem democrática. Nesse sentido, o multiculturalismo é igualmente indissociável do Estado Democrático de Direito, que tem como fim precípuo a proteção e concretização dos direitos fundamentais. Ou seja, somente através da democracia o Direito pode efetivamente cumprir o seu dever e possibilitar a coexistência solidária e pacífica entre os indivíduos, conciliando igualdade e diferença, o que é indispensável em uma política de integração social multicultural.

É nessa perspectiva que os direitos fundamentais, vinculados ao respeito inegociável à dignidade humana no horizonte de sentido da solidariedade social, devem pautar as relações euro-americanas, as quais, por este modo, além dos interesses econômicos envolvidos, impliquem no fortalecimento das democracias multiculturais.

Na verdade, o respeito à dignidade da pessoa humana associado ao implemento de mecanismos efetivos orientados para garantir a solidariedade e justiça social como base do Estado Democrático de Direito não podem prescindir de políticas públicas de inclusão e de outras formas de intervenção socioeconômicas que atendam a configuração multicultural das sociedades envolvidas neste intercâmbio.

Por fim, conclui-se que a tolerância – enquanto virtude eminentemente democrática, relacionada à solidariedade social e expressão do reconhecimento recíproco da dignidade da pessoa humana – constitui-se como requisito fundamental e condição *sine qua non* para a realização de quaisquer projetos de integração econômica, política e sociocultural entre os Estados democráticos. Ao reconhecer reflexivamente a humanidade como uma unidade, a tolerância democrática torna-se, por seu conteúdo ético-normativo, elemento chave para a observância e o fortalecimento da democracia e dos direitos fundamentais frente ao multiculturalismo. Somente a partir de sua efetivação que os membros cidadãos das diversas sociedades poderão aceitar comportamentos diferentes, vindos de outras culturas e assimilá-los como expressão legítima da dignidade humana e da solidariedade social.

REFERÊNCIAS

ARROYO, Juan Carlos Velasco. Del derecho legítimo a La política deliberativa. In: *La teoría discursiva del derecho: sistema jurídico y democracia em Habermas*. Madrid: Boletim oficial del Estado, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Caracterização Jurídica da Dignidade da Pessoa*

- Humana*. RTDC, v. 9, jan/mar 2002.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOMBASSARO, Luiz Carlos; PAVIANI, J.; ZUGNO, P. L. *As fontes do humanismo latino*. v. 1. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DESCARTES, René. *Discurso do Método*. 5ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.
- GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- GOMES, Eduardo Biacchi. *União Européia e Multiculturalismo: o Diálogo entre a Democracia e os Direitos Fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2008.
- GOMES, Eduardo Biacchi. *Assimetrias na América do Sul: viés de desenvolvimento a partir da democracia e direitos humanos. Integração Regional e Desenvolvimento*. Org. BARRAL, Weber; BACELLAR FILHO, Felipe. Santa Catarina: Boiteaux, 2007.
- GROFF, Paula Vargas; PAGEL, Rogério. *Multiculturalismo, Democracia e Reconhecimento*. Dourados: Videre, ano 1, n. 2., jul/dez 2009.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: A caminha de uma eugenia liberal?*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HOOKER, Juliet. *Inclusão indígena e exclusão dos afro-descendentes na América Latina*. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v.18, n.2, 2006.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Cia Nacional, 1964.
- RENÉ, Descartes. *Discurso do Método*. Brasília: UnB, 1985.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2001.
- SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Tradução de Laureano Pelegrin. Bauru: EDUSC, 1999.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Repensando um velho tema: a dignidade da pes-*

soa humana. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31841-36966-1-PB.pdf>, acesso em 25/07/2011.

SOLARI, Giorgi. *Filosofia Del Derecho Privado*. Buenos Aires: Depalma, 1946.

(Endnotes)

1 “Banalidade do mal” é uma expressão criada por Hannah Arendt (1906-1975), teórica política alemã, em seu livro “Eichmann em Jerusalém”, cujo subtítulo é “Informe sobre a Banalidade do Mal”. Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras; 1999.

2 Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146; e *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C No. 214

3 MARCOS (sub-comandante) La Marcha del color de la tierra. (comunicados, cartas y mensajes del Ejército Zapatista de la Liberación Nacional del 2000 al 2 de abril del 2001) México: Rizoma, 2001.



A NATUREZA NO DIREITO BRASILEIRO: COISA, SUJEITO OU NADA DISSO

*Antonio Herman Benjamin**

Resumo

No direito ambiental brasileiro, os últimos anos representaram profundas alterações com relação ao tratamento dado à natureza, que deixou de ser coisa para receber sentido relacional, de caráter ecossistêmico e feição intangível. Nesse contexto, o presente estudo, de caráter introdutório, pretende empreender, na perspectiva jurídica, uma reflexão preliminar sobre o(s) paradigma(s) éticos que informam e amparam a legislação de proteção da natureza. Para isso, levando-se em consideração que a discussão ocorre em três níveis distintos, quais sejam, o discurso filosófico, o discurso econômico e o discurso jurídico sobre a natureza, apresenta-se, as principais características dos três modelos ético-jurídicos básicos: antropocentrismo puro, antropocentrismo intergeracional e não-antropocentrismo, ressaltando-se que não se tratam de vertentes excludentes entre si, bem como que nem toda corrente não antropocêntrica titulariza direitos à natureza, sem olvidar, ainda, a força que este pensamento vem ganhando no campo doutrinário. Conclui-se, ao final, que, a rigor, ao se reconhecer valor intrínseco à natureza termina-se, como regra, por tutelar os humanos que dela tendo em vista que, dada a interconexão e interdependência da nossa biosfera, o dano à natureza, quase sempre, volta-se contra o próprio homem, assombrando-o e, não raro, prejudicando-o de modo inevitável.

Palavras-chave

Proteção à natureza. Ética ambiental. Paradigmas jurídicos. Indissociabilidade.

Abstract

In the Brazilian environmental law, the past few years accounted for profound changes in relation to the treatment of nature, which is no longer a thing, receiving a relational sense, intangible and ecosystemic. In this context, the present study of introductory character, aims to undertake in a legal perspective, a preliminary reflection on the ethical paradigm(s) that inform and bolster the nature protection legislation. To do so, taking into consideration that the discussion occurs at three levels, namely, the philosophical discourse, the economic discourse and the legal discourse about nature, it presents the main features of the three basic ethical-legal models: pure anthropocentrism, intergenerational anthropocentrism and non-anthropocentrism, emphasizing that these are not mutually exclusive standards, and that not all non-anthropocentric doctrines defend rights to nature, without forgetting to highlight the force that this thought is gaining in

* Membro do Ministério Público de São Paulo e professor-visitante de Direito Ambiental Comparado nas Faculdades de Direito das Universidades do Texas e Illinois. Membro da Comissão de Direito Ambiental da UICN e ex-presidente do Instituto "O Direito por um Planeta Verde"; relator-geral da Comissão de Juristas da Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente.

doctrinal field. It was concluded, in the end, that the concerns about the nature and the human being are actually indivisible, considering that, given the interconnection of our biosphere, any damage to nature almost always turns against man himself, haunting him and, not infrequently, damaging it inevitably.

Keywords

Nature protection. Environmental ethics. Legal paradigms. Inseparability.

1. A RODA DA HISTÓRIA

Como tudo na vida, os nossos valores e percepções mudam, sem trégua, com o passar do tempo. Ainda na década de 60, Garrett Hardin, em seu estudo clássico publicado a revista *Science*¹, já alertava que pouca ou nenhuma repreensão traria contra si o caçador das pradarias que, há apenas cento e cinquenta anos atrás, matasse um bisão norte-americano com o único intuito de usar sua língua na próxima refeição, abandonando o resto do animal às aves de rapina. Dificilmente, pelos padrões da época, receberia o título de perdulário ou esbanjador. Hoje, quando restam apenas alguns milhares desses animais majestosos, ninguém deixaria de criticar e condenar sua conduta².

Transformam-se os valores e percepções sociais, transforma-se, mais cedo ou mais tarde, o quadro jurídico que rege a comunidade – foi assim com a escravidão, foi assim com os direitos da mulher. Nessa linha, o Direito brasileiro, nos últimos trinta anos, revisitou e modificou profundamente o tratamento dado à natureza³. Saímos de uma situação insustentável, onde os elementos do meio ambiente eram coisas e só coisas, vistas isoladamente e condenadas, irrestritamente, à apropriação privada, para uma outra, em melhor sintonia com o pensamento contemporâneo e o estado do conhecimento científico, baseada na valorização não apenas dos fragmentos ou elementos da natureza, mas do *todo* e de suas *relações* recíprocas⁴; um *todo* que deve ser “ecologicamente equilibrado”, visto, por um lado, como “essencial à sadia qualidade de vida”, e, por outro, como “bem de uso comum do povo”⁵. Numa palavra, o legislador não só *autonomizou* (= deselementalizou) o meio ambiente, como ainda o *descoisificou*, atribuindo-lhe, sentido *relacional*, de caráter ecossistêmico e feição intangível. Um avanço verdadeiramente extraordinário.

¹ O texto original foi publicado em *Science*, vol. 162, 1968, pp. 1243-1248.

² Cf. Garrett Hardin, *The Tragedy of the Commons*, in Robert Dorfman and Nancy S. Dorfman (editors), *Economics of the Environment. Selected Readings*, 3rd edition, New York, W. W. Norton & Company, 1993, p. 12.

³ Sobre a evolução do Direito Ambiental brasileiro, cf. Antônio Herman Benjamin, *Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro*, in Antônio Herman Benjamin (organizador), *A Proteção Jurídica das Florestas Tropicais*, vol. I, São Paulo, Instituto “O Direito por um Planeta Verde” e Procuradoria-Geral de Justiça de São Paulo, 1999, pp. 77-78.

⁴ Cite-se, aqui, o conceito legal de *meio ambiente* que, nos termos da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/8), inclui “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” (art. 3º, inciso I, grifo nosso).

⁵ Constituição Federal, art. 225, *caput*.

O Direito clássico, pós-Revolução Francesa, listava a natureza e seus componentes na categoria de *coisa* ou *bem* (ou, para usar uma expressão econômica em moda, *commodity*), quando não os vendo como simples *res nullius* ou *res communes*⁶. Coisa para ser utilizada e, eventualmente, até destruída, ao bel-prazer daquele que contasse com sua posse ou propriedade. Coisa a serviço direto da pessoa – individualmente considerada –, sem outro atributo que não fosse o de se prestar a satisfazer os desejos humanos, mesmo os mais mesquinhos e egoístas.

Nesse paradigma jurídico tradicional, os *seres vivos* (não humanos) não recebem tratamento muito diverso de outros bens, como os minerais; são todos “elementos do patrimônio”⁷, expressão de riqueza e poder do *homo economicus* (indivíduo econômico racional). Em vista disso, ainda hoje, na maioria dos países, tais seres vivos estão incluídos na classificação geral de “recursos naturais”, apesar de, pela sua capacidade de reprodução, serem – especialmente as espécies migratórias – muito diferentes de recursos minerais não-renováveis e estáticos, como o petróleo, ouro e ferro. Consequência disso tudo, à fauna e à flora reserva-se a posição de recursos “mineráveis”, tal qual uma pedreira ou um depósito de carvão⁸.

Aqui e lá fora, tudo isso mudou e ninguém contestará tal avaliação. Cabe, por isso, e não apenas a título de curiosidade acadêmica, indagar sobre as bases éticas que orientam o modelo normativo atual de proteção da natureza no ordenamento brasileiro. No presente estudo, de caráter introdutório, pretendemos empreender, na perspectiva jurídica, uma reflexão preliminar – até hoje não consolidada entre nós⁹ – sobre o(s) paradigma(s) éticos que informam e amparam a legislação de proteção da natureza.

A rigor, por trás de todas as manifestações ecológicas e dessa inequívoca (r)evolução conceitual, principiológica e instrumental, paira um sem número de interrogações éticas, que precisam ser bem-compreendidas e respondidas, antes de darmos início à difícil tarefa de aplicar a norma ambiental posta.

Questionamentos estruturais esses que se põem em três níveis, distintos

⁶ Na fórmula consagrada pelo Livro II, do Código Civil francês de 1804, dedicado às “coisas e diferentes modificações da propriedade”, denomina-se “coisa – em direito romano *res* – a tudo o que tem uma qualquer existência, a tudo o que existe na natureza. As coisas susceptíveis de apropriação são *bens*, quer estejam ou não na propriedade actual duma pessoa; certas coisas, tal como o ar e o mar, não podem, em geral ser apropriadas, pois *apropriação* implica ideia de *propriedade*” (John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, 3ª edição, tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 633, grifos no original).

⁷ Philippe Malaurie, *Introduction Générale*, Paris, Éditions Cujas, 1991, p. 62.

⁸ Patricia W. Birnie e Alan E. Boyle, *International Law and the Environment*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 421.

⁹ Entre as exceções, com ênfase no tratamento jurídico dos animais, cf. Edna Cardozo Dias, *A Tutela Jurídica dos Animais*, Belo Horizonte, Mandamentos, 2000; Laerte Fernando Levai, *Direito dos Animais: O Direito Deles e o Nosso Direito sobre Eles*, Campos do Jordão, Editora Mantiqueira, 1998; Tamara Bauab Levai, *Vítimas da Ciência: Limites Éticos da Experimentação Animal*, Campos do Jordão, Editora Mantiqueira, 2001.

No âmbito ético mais geral, com uma visão não-antropocêntrica, cf. José Renato Nalini, *Ética Ambiental*, Campinas, Millenium Editora, 2001.

mas reciprocamente relacionados: o *discurso filosófico*, o *discurso econômico* e o *discurso jurídico* sobre a natureza.

É, pois, mais do que oportuno começar a passar em cuidadosa revista – sob o prisma ético – os vários modelos legais de salvaguarda da natureza adotados pelo Brasil, do Código Florestal (1965) à Lei de Proteção à Fauna (1967), da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (1981) à Lei dos Crimes contra o Meio Ambiente (1998) e à nova Lei do SNUC – Sistema Nacional de Unidades de Conservação (2000).

Meu propósito, aqui, contudo, será bem mais modesto, na medida em que adotarei uma técnica de análise duplamente reducionista.

Primeiro, não farei incursões tópicas ou temáticas, isto é, cuidarei genericamente da matéria, no contexto mais amplo possível da proteção jurídica do meio ambiente, sem deter-me, a não ser de modo circunstancial, nos vários domínios que hoje a compõem. Em vez de tratar de cada um dos textos normativos que amparam, especificamente, o meio ambiente, limitar-me-ei a uma apreciação mais abrangente, na forma de vóo panorâmico.

Segundo, levando em conta a realidade do Direito brasileiro (e a própria experiência comparada), simplificarei minha abordagem, classificando tais textos e dispositivos normativos em *três modelos* ético-jurídicos básicos. Deixarei de fora, portanto, todas as categorias intermediárias e sub-categorias – tons e variações de um mesmo tema, por assim dizer -, organizando a totalidade do quadro normativo nacional na forma de tripé axiológico:

- antropocentrismo puro
- antropocentrismo intergeracional
- não-antropocentrismo

É o que veremos a seguir.

2. O DISCURSO FILOSÓFICO SOBRE A NATUREZA

Numa palavra, a Ética fundamenta e suplementa, a um só tempo, as leis¹⁰. Nem tudo que integra o ordenamento é ético (p. ex., a escravidão¹¹) e nem tudo que está fora dele é irrelevante, como parâmetro de conduta a ser seguido pela sociedade.

No que tange à forma como enxergam o meio ambiente, as regras jurídicas tradicionais seguem essa linha: integram o sistema legal, mas representam, em muitos casos, uma postura ética ultrapassada e constituída sob o império de visões cientificamente desmentidas (a infinitude dos recursos naturais, a inegostável e permanente capacidade de auto-regeneração da Terra, a incompatibilidade entre um adequado cuidado com a natureza e a geração de emprego e riqueza).

¹⁰ J. Baird Callicott, *Earth's Insights: A Survey of Ecological Ethics from the Mediterranean Basin to the Australian Outback*, Berkeley, University of California Press, 1994, p. 2.

¹¹ Nesse ponto, é ilustrativa a simetria valorativa que, por vezes, se observa entre animais domésticos e escravidão; na visão popular, o "animal doméstico é considerado o mais fiel escravo do homem" (Tamara Bauab Levai, *Ob. Cit.*, p. 16).

A *Ética Ambiental* (= Ecofilosofia ou Filosofia Ambiental), embora recente e em pleno processo de formação, está na gênese de todo o esforço regulatório, nacional e internacional, de proteção do meio ambiente. E não poderia ser diferente. Como alerta Nalini, que adota uma postura não-antropocêntrica, “Somente a ética poderia resgatar a natureza, refém da arrogância humana. Ela é a ferramenta para substituir o deformado *antropocentrismo* num saudável *biocentrismo*”¹².

Inicialmente, temos que entender que um dos componentes da nossa condição humana é exatamente essa qualidade única de sermos capazes de nos atribuir responsabilidades, às vezes unilateralmente, inclusive em favor dos não-humanos. A rigor, como indivíduos éticos, não nos custa muito esforço aceitar que a natureza vai além da realidade humana, do seu microcosmo; aliás, ela “existiu antes dos seres humanos e pode existir sem os seres humanos”¹³.

No campo da Filosofia Ambiental – mas com inevitáveis reflexos no Direito –, o estudioso logo percebe que impera uma ampla indefinição conceitual e principiológica, que acaba por prejudicar a implementação do próprio sistema normativo.

Podemos muito bem examinar as normas ambientais pelo que elas formalmente contêm, isto é, seus dispositivos que regem os particulares e o Estado. Essa técnica, contudo, não deixa de ser insuficiente: a explicação profunda das regras jurídicas exige outros tipos de questionamento teórico¹⁴, tanto mais no terreno da regulação do meio ambiente. Na nossa disciplina, engana-se, portanto, quem imaginar ser o discurso ético uma questão destituída de relevância jurídica ou prática, pois sua validade maior está exatamente em nos dar a chave para a compreensão das finalidades primordiais do Direito Ambiental¹⁵.

Em verdade, à boa aplicação do texto legal é essencial não só conhecer a estrutura formal dos comandos normativos, mas também apreender seus fundamentos mais elementares, de caráter axiológico. Como muito bem afirma Dominique Jacquemin, “a realidade ecológica é suscetível de apreciações bem diversas e de interesses plurais”¹⁶, o que, compreensivelmente, determina o aparecimento de orientações multifacetárias no pensamento jurídico-filosófico contemporâneo.

Antes de prosseguir, cabe, contudo, a ressalva de que, como decorrência de sua novidade, a Ecofilosofia ainda está, já dissemos, no amanhecer de sua formação; não surpreende que seja vista como “matéria caótica” e em “plena expansão”¹⁷. Qualquer simplificação, como a que fazemos, só é possível e justificável em estudo que prima pela finalidade didática¹⁸.

¹² José Renato Nalini, *Ob. Cit.*, p. 3.

¹³ Alexandre Kiss and Dinah Shelton, *Manual of European Environmental Law*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1997, p. 36.

¹⁴ Jacques Ghestin et Gilles Goubeaux, *Traité de Droit Civil: Introduction Générale*, 3e. édition, Paris, LGDJ, 1990, p. 5.

¹⁵ Alexandre Kiss, *Droit International de L'Environnement*, Paris, Pedone, 1989, p. 15.

¹⁶ Dominique Jacquemin, *Écologie, Éthique et Création: de la Mode Verte à L'Éthique Écologique*, Louvain-la-Neuve et Montréal, Artel-Fides, 1994, p. 28.

¹⁷ Sergio Bartolommei, *Etica e Ambiente*, Milano, Guerini e Associati, 1989, p. 24.

¹⁸ Cf. Michael E. Zimmerman, *General Introduction*, in Michael E. Zimmerman (editor), *Environmental*

De outra parte, é de mister recordar que em vão buscaremos na filosofia clássica uma análise da natureza na condição própria de objeto moral. Nos tratados de ética encontramos de tudo - o estudo do conhecimento, da consciência, da lei, da virtude, da felicidade, da religião, do trabalho, do sexo, dos valores, do prazer. Mas nada que, com o mesmo vulto, cuide de uma "Ética da Natureza". Muito ao contrário, nem a natureza, nem a ação humana sobre o meio ambiente eram tidas como merecedoras de consideração moral, estando muito mais no campo das coisas tidas, do ponto de vista ético, como axiologicamente neutras. Até recentemente, o nosso conhecimento filosófico baseava-se no precedente socrático de que somente os assuntos concernentes ao homem possuem dimensão moral. Nossa civilização ocidental está impregnada do platonismo espiritualizante, que "demonizou" a natureza, relegando-a a uma condição menor, de colônia a conquistar e de depósito inesgotável de bens a explorar. Foi sob essas bases filosóficas que se constituiu a visão equivocada de que o desenvolvimento (melhor, crescimento) econômico só seria viável sobre os escombros dos ecossistemas, uma Natureza carente de direitos e incompetente para gerar deveres. Não espanta, pois, que ao *homo technicus* e ao *homo economicus* a natureza só interesse como objeto apropriável e gerador de riquezas¹⁹.

No que se refere ao confronto antropocentrismo x não-antropocentrismo, é bom não perder de vista que, na perspectiva do Direito positivo brasileiro, estamos diante mais de *modelos* (ou paradigmas) éticos do que propriamente de *estágios* em sequência temporal, conquanto observamos incursões não-antropocêntricas ainda na década de 30, do Século XX²⁰, muito antes da era do ambientalismo.

Ademais, essas três vertentes do pensameto filosófico-ambiental e da formulação jurídica de proteção da natureza não são excludentes. Podem informar – e, como regra, informam – simultaneamente um mesmo período

Philosophy: From Animal Rights to Radical Ecology, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1993, pp. VI – IX. No Brasil, veja-se: Antonio Carlos Diegues, *O Mito Moderno da Natureza Intocada*, São Paulo, Hucitec, 1996; Leonardo Boff, *Ecologia: Grito da Terra, Grito dos Pobres*, São Paulo, Editora Ática, 1996..

¹⁹ José M. G. Gómez-Heras, *El problema de una ética del 'medio ambiente'*, in José M. G. Gómez-Heras (coordinador), *Ética del Medio Ambiente: Problema, Perspectivas, História*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 17-18.

²⁰ O melhor exemplo – ainda em vigor - é o Decreto n. 24.645, de 10.7.34, do então chefe do Governo Provisório, Getúlio Vargas, estabelecendo "medidas de proteção aos animais", tanto na esfera civil, como penal. Segundo o Decreto (que tinha força de lei ordinária), "Os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, seus substitutos legais e pelos membros da Sociedade Protetora de Animais" (art. 1º, par. 3º). Não só. Nos termos legais, "Todos os animais existentes no País são tutelados do Estado." (art. 1º). E tal regime tinha campo de aplicação muito vasto, aplicando-se a animais domésticos e selvagens. "A palavra animal, da presente Lei, compreende todo ser irracional, quadrúpede ou bípede, doméstico ou selvagem, exceto os daninhos." (art. 17). Finalmente, o Decreto define 31 condutas de "maus tratos" (art. 3º), sendo a primeira "praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal". O Presidente Collor de Mello, numa só penada, revogou, via Decreto, dezenas de atos regulamentares, promulgados pelos governos anteriores, entre os quais incluiu o Decreto n. 24.645/34. Sucede que, na época em que foi editado, o Decreto n. 24.645/34 tinha força de lei. Logo, só lei aprovada pelo Congresso Nacional poderia revogá-lo. Está em vigor, portanto.

histórico²¹ e até mesmo um mesmo texto normativo (como é o caso da Constituição Federal de 1988), com dispositivos filiados à correntes diversas.

O paradigma não-antropocêntrico, ao contrário do que imaginam alguns, mantém a validade e a plenitude dos objetivos antropocêntricos do Direito Ambiental: a tutela da saúde humana, das paisagens com apelo turístico, e do valor econômico de uso direto dos recursos da natureza. Mas vai além disso, aceitando que a natureza é dotada de *valor inerente*, que independe de qualquer apreciação utilitarista de caráter homocêntrico. O reposicionamento, poranto, opera no plano do balanceamento axiológico dos objetivos ambientais e não no seu rol casuístico.

2.1 Antropocentrismo puro: o homem como centro e medida de todas as coisas

Os primeiros esforços de tutela jurídica do meio ambiente foram estritamente antropocêntricos. Antropocentrismo “é a crença na existência de uma linha divisória, clara e moralmente relevante, entre a humanidade e o resto da natureza; que o ser humano é a principal ou única fonte de valor e significado no mundo e que a natureza-não-humana aí está com o único propósito de servir aos homens”²².

Há, na base do pensamento antropocêntrico, uma uma percepção cosmológica muito própria e estreita, conectada ao “chauvinismo de uma espécie”, ao utilitarismo, que remonta a Jeremy Bentham, e ao liberalismo de Locke, este e aquele pregando o individualismo e o atomismo social.

2.2 Antropocentrismo mitigado ou reformado

Ninguém duvida que nossas atividades de hoje - esgotamento das reservas de petróleo, destruição das florestas tropicais e dos recursos marinhos, costeiros ou não, contaminação do lençol freático e das águas de superfície, desaparecimento de espécies - repercutirão no futuro, ou seja, no tipo, qualidade, quantidade e acessibilidade dos recursos que as gerações vindouras terão à sua disposição; o hoje, pois, determina a estrutura econômica, as oportunidades recreativas, as opções ambientais e até as preferências do amanhã.

São preocupações dessa ordem que levam a um abrandamento do antropocentrismo tradicional, originando aquilo que chamamos *antropocentrismo mitigado* ou *reformado*, que ora se curva perante as gerações futuras (= antropocentrismo intergeracional), ora incorpora um sentimento de bondade no relacionamento com os animais, principalmente os domésticos (= antropocentrismo do bem-estar dos animais).

²¹ Neste ponto, cabe lembrar, mais uma vez, o Decreto n. 24.645, de 10.7.34, de evidente (e surpreendente!) orientação biocêntrica, promulgado na mesma década do nosso primeiro Código Florestal, extremamente antropocêntrico.

²² Robyn Eckersley, *Environmentalism and Political Theory: Toward an Ecocentric Approach*, New York, State University of New York Press, 1992, p. 51.

2.2.1 Antropocentrismo intergeracional²³

O *antropocentrismo intergeracional* (= das *gerações futuras*) é uma forma *temporalmente ampliada* da visão antropocêntrica clássica, já que enfatiza obrigações do presente para com os seres humanos do futuro²⁴. Como fundamento ético para a tutela jurídica do meio ambiente, é, atualmente, o paradigma dominante nos principais países²⁵.

No caso das *gerações futuras*, temos uma novo quadro ético, construído sobre a *ética da solidariedade*, que se manifesta em vários níveis, no individual e no coletivo, no presente (equidade ou solidariedade intrageracional) e no futuro (equidade ou solidariedade intergeracional)²⁶.

No contexto do antropocentrismo reformado, fala-se em *antropocentrismo-extrínseco* (utilitarista) e *antropocentrismo-intrínseco* (que admite conferir um estatuto de “sujeito moral” ao meio ambiente, negando-se, contudo, a nele reconhecer valor intrínseco ou mesmo possibilidade de titulação de direitos)²⁷.

No plano dos fundamentos que buscam moralmente justificar a proteção do meio ambiente, a estratégia das *gerações futuras* está a meio caminho entre o *antropocentrismo radical* (o ser humano como centro do universo e senhor de tudo o que nele há) e o não-antropocentrismo (biocentrismo ou ecocentrismo)²⁸.

Apesar dessa sua feição de *noção-compromisso*, à solidariedade intergeracional não se pode negar uma vinculação fundamentalmente homocêntrica, na medida em que orienta a proteção do ambiente em função das necessidades e interesses do ser humano, só que do futuro²⁹.

²³ Sobre este ponto, cf. Antônio Herman Benjamin, *Objetivos do Direito Ambiental*, in Antônio Herman Benjamin e José Carlos Meloni Sicoli (organizadores), *O Futuro do Controle da Poluição e da Implementação Ambiental*, São Paulo, Instituto “O Direito por um Planeta Verde” e Procuradoria Geral de Justiça de São Paulo, 2001, pp. 60-62.

²⁴ Para uma crítica da teoria de direitos das *gerações futuras*, cf. Mark Sagoff, *The Economy of the Earth*, New York, Cambridge University Press, 1992, p. 60 e segs..

²⁵ Mas há aqueles que ainda contestam a possibilidade de se conferir direitos às *gerações futuras*. Pessoas que não existem não têm direitos: no máximo, “terão interesses, no devido momento” (The Economist, *The ethics gap*, December 2nd 2000, p. 78).

Na mesma linha, alguns defendem que apenas quando constituírem direitos simultâneos das *gerações presentes*, é que se poderia falar em “direitos” das *gerações futuras* (John Lee, *The underlying legal theory to support a well-defined human right to a healthy environment as a principle of Customary International Law*, 25 Columbia Journal of Environmental Law, 2000, p. 325). Essa posição transforma a existência de um direito à *geração presente* em condição para o reconhecimento de direitos às *gerações futuras*. Na realidade, expurga de qualquer sentido, a expressão “*gerações futuras*” usada pela Constituição Federal brasileira, dentre outros documentos legislativos, aqui e lá fora.

²⁶ Dominique Jacquemin, *Ob. Cit.*, p. 133.

²⁷ Cf. André Chartrand, *Balises pour une éthique de l'environnement et du développement durable*, in José A. Prades et alii (coordenadores), *Gestion de L'Environnement, Étique et Société*, Québec, Fides, 1992, p. 133.

²⁸ Para uma crítica, na perspectiva biocêntrica, da concepção da equidade intergeracional, cf. Christopher D. Stone, *Earth and Other Ethics. The Case for Moral Pluralism*, New York, Harper & Row, 1987, pp. 84/89.

²⁹ Christopher D. Stone, *Earth ... cit.*, p. 91.

A bem da verdade, não são propriamente excludentes, mas complementares, a tutela das gerações futuras e o reconhecimento de que os seres da natureza, animados e inanimados, merecem um *status* próprio, inclusive jurídico – não necessariamente na forma de *sujeito de direito*; conformação normativa esta que vá além da coisificação, própria do Direito Privado tradicional, que enxerga a natureza e seus componentes como simples *res* e objeto de direitos, já notamos.

Vale dizer, mesmo que, no contexto da geração atual, não valorizemos adequada e suficientemente o meio ambiente ou seus elementos (como algo que ultrapasse a noção de *res*), ainda assim haveríamos de protegê-los, porque as gerações futuras podem vir a estimá-lo de modo diverso do nosso (= menos antropocentricamente), inclusive conferindo-lhes a posição de sujeito de direitos. Por esse enfoque, o papel do Direito Ambiental seria o de assegurar às gerações futuras a *opção* de poder reorganizar (ou redimensionar) seu sistema ético-jurídico, retificando a *coisificação* da natureza, o que seria impossível ou inútil sem a conservação, pelas gerações anteriores, da própria natureza e de seus atributos preponderantes.

Do ponto de vista da geração atual, pode não valer a pena proteger uma determinada espécie ameaçada de extinção, seja por não enxergarmos nenhum atributo determinante que justificasse o esforço, seja pelos eventuais sacrifícios exigidos, em especial os econômicos. Mas se incorporamos a dimensão do futuro - o desejo (ou mesmo, a necessidade) de deixar como herança tal espécie para as gerações que nos sucederão -, a decisão em favor da preservação ganha muito mais força e legitimidade.

Como se percebe, o modelo das gerações futuras dá, no nosso sistema legal, mais peso à equação da proteção do meio ambiente, pois enseja que os interesses dos não-nascidos, os nossos descendentes, sejam somados aos do presente, obrigando-nos a refazer nossos cálculos³⁰.

Em síntese, no plano ambiental, a solidariedade intergeracional, fundada em argumentos éticos que apontam na direção da *justiça entre as várias gerações*, tem, pelo menos, dois elementos básicos: a) conservação da natureza para as gerações futuras, visando assegurar a perpetuação da espécie humana com b) os mesmos ou superiores padrões de qualidade de vida hoje encontráveis. Inclui, segundo a lição de Edith Brown Weiss³¹, um conjunto de obrigações e direitos planetários, que nos conduzem à:

- *conservação de opções* (manutenção da diversidade biológica e cultural)
- *conservação da qualidade* (manutenção da ambientabilidade ou habitabilidade do planeta)

³⁰ Christopher D. Stone, *Earth ... cit.*, p. 85.

³¹ Edith Brown Weiss, *Global environmental change and international law: The introductory framework*, in Edith Brown Weiss (editor), *Environmental Change and International Law. New Challenges and Dimensions*, Tokyo, United Nations University Press, 1992, p. 19; Edith Brown Weiss, *Justice pour les Générations Futures*, Paris, Sang de la Terre, 1993.

- *conservação do acesso* (garantia de direitos equitativos e não discriminatórios no uso do legado planetário)

Para alguns, a solidariedade entre gerações traduz-se numa espécie de “contrato social intergeracional”, que “garante ao futuro as mesmas *oportunidades* que foram abertas ao passado”³².

Um dos pilares da noção de *sustentabilidade* é exatamente a solidariedade intergeracional. Já observamos que a preocupação com as gerações futuras (transgeracionalidade) amplia *temporalmente* os braços do Direito Ambiental³³. Logo, a solidariedade (ou equidade), tradicionalmente utilizada no âmbito das relações intrageracionais (entre sujeitos de uma mesma época), agora se põe, de modo muito mais desafiador para o jurista, no relacionamento entre gerações diversas³⁴.

O tema da solidariedade ou equidade intergeracional é, realmente, complexo; são dificuldades teóricas decorrentes da novidade do tema e da nossa ignorância do que está por vir, nomeadamente quando projetamos um futuro muito remoto ou distante. Nada sabemos, só nos cabendo fazer conjecturas, sobre a) *quem* habitará o planeta num futuro muito além dos dias de hoje, b) as *consequências* remotas que nossas ações atuais provocarão nesses habitantes incertos, e, c) os tipos de *preferências* adotadas por tais gerações³⁵.

2.2.2 Antropocentrismo do Bem-Estar dos Animais

O antropocentrismo mitigado não se esgota no discurso intergeracional. Há outras formas de, sem apego ao paradigma homocêntrico puro e sem cair no não-antropocentrismo, proteger-se a natureza, em especial os animais. Assim, por exemplo, alguns consideram antropocêntrica mitigada – mas sem ser intergeracional - a corrente da Ética do *Bem-Estar dos Animais* (*Animal Welfare*), que, mesmo contentando-se com a *summa divisio* humanos x não-humanos, advoga um tratamento mais “humanitário” para os outros seres vivos, com relevo para os animais domesticados e de estimação.

Nessa corrente, aceita-se, de uma maneira geral e conforme as circunstâncias, a possibilidade de eliminação de animais, desde que estes sejam tratados da forma mais *humana* possível. Ou seja, inexistiria qualquer interesse animal que não possa sucumbir em função de benefícios de vulto para os seres humanos.

As várias versões da Teoria do Bem-Estar dos Animais normalmente demandam algum tipo de balanceamento de valores e utilidades³⁶; além disso aceitam que os animais, apesar de dotados de sensibilidade e percepção, não

³² R. Kerry Turner *et alii*, *Environmental Economics: An Elementary Introduction*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1993, p. 32, grifo no original.

³³ Peider Könz, *Law and global environmental management: Some open issues*, in Edith Brown Weiss (editor), *Environmental Change ... cit.*, p. 160.

³⁴ David W. Pearce and Jeremy J. Warford, *World Without End. Economics, Environment, and Sustainable Development*, Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 65.

³⁵ Christopher D. Stone, *Earth ... cit.*, p. 39.

³⁶ Gary L. Francione, *Animals, Property, and the Law*, Philadelphia, Temple University Press, 1995, pp. 6-7.

merecem o respeito e consideração que oferecemos aos seres humanos; são *objeto* e, por isso mesmo, passíveis de dominialidade privada³⁷.

2.3 Não-antropocentrismo: o ser humano como parte da natureza

Por “não-antropocentrismo”, queremos significar todas as correntes que criticam ou rejeitam por insuficiência a doutrina antropocêntrica (inclusive o antropocentrismo mitigado). É uma visão do mundo informada por um modelo ecológico de *interrelacionameto interno*, **um rico sistema de circulação permanente entre o “eu” e o mundo exterior, e que advoga ser a natureza mais complexa do que a conhecemos e, possivelmente, mais complexa do que poderemos saber (Teoria do Caos).**

No não-antropocentrismo inexistiria, assim, qualquer linha rígida de separação entre o vivo e o inanimado, entre o humano e o não-humano, com isso contestando a hierarquia bíblica *anjo-homem-besta*.

Uma das principais marcas do não-antropocentrismo é a sintonia e consistência com a Ciência moderna. Diz-se que o caráter único e a superioridade moral dos humanos decorrem da nossa habilidade para pensar, falar e fazer ferramentas. Ora, alguns seres humanos não falam (mudos); outros vivem em estado vegetativo (portadores de deficiência mental); nem por isso propomos que eles sejam tidos como menos humanos.

A principal consequência da adoção do pensamento não-antropocêntrico seria um modelo técnico-jurídico muito mais protetório da Terra e dos seus múltiplos sistemas.

Nessa vasta e heterogênea família, incluímos o *biocentrismo*³⁸ e o *ecocentrismo* (ou *holismo*³⁹). Algumas dessas tendências são comumente associadas

³⁷ Gary L. Francione, *Rain Without Thunder: The Ideology of the Animal Rights Movement*, Philadelphia, Temple University Press, 1996, p. 8.

³⁸ Nos termos da *Ética da Reverência pela Vida*, exposta inicialmente pelo prêmio Nobel Albert Schweitzer, e alicerçada na idéia de que o imperativo ético central é não agredir a vida, nas suas múltiplas formas.

³⁹ Para os holistas (e são várias as correntes entre eles), seres vivos e ecossistemas merecem igual respeito, e só podem ser tratados conjuntamente. Nesse grupo, temos não só a *Ética da Terra* (*Land Ethic*), apresentada por Aldo Leopold (“que transforma o papel do *Homo Sapiens*, de conquistador da comunidade da terra a seu membro e cidadão integral”), como também a *Ecologia Profunda* (também denominada “ecologia transpessoal” ou “naturalismo ecológico”, neste último caso já que faz uma opção geocêntrica, cf. José M. G. Gómez-Heras, *art. cit.*, p. 26).

A Ecologia Profunda – de grande influência em todo o mundo e que tem em George Sessions um dos seus mais ativos advogados – foi originalmente proposta pelo filósofo norueguês Arne Naess, que atribuiu “valor intrínseco” à biodiversidade.

Sobre a *Ecologia Profunda*, cf. Arne Naess, *Ecosofia: Ecologia, Società e Stili di Vita*, Como, Red Edizioni, 1994; Mariachiara Tallacchini, *Ob. Cit.*, pp. 106-136; François Ost, *La Nature Hors la Loi: L'Écologie à l'Épreuve du Droit*, Paris, Éditions La Découverte, 1995, pp. 147-204.

Outra manifestação do pensamento holístico é o *gaianismo*: A Terra – Gaia – funcionado como se fora um enorme sistema “vivo” ou “super-organismo”, na fórmula proposta pelo cientista britânico James Lovelock. A hipótese científica de Gaia “procura explicar a sobrevivência dos seres vivos na

aos movimentos de contracultura, incluindo ainda a teoria dos “direitos dos animais” (“animal liberation”⁴⁰), tendo Peter Singer⁴¹ à sua frente, o *ecofeminismo*⁴², a *ecologia social* e a cosmologia animística dos povos indígenas. Todas essas correntes propõem uma alteração ontológica na nossa visão da natureza e do nosso relacionamento com ela⁴³.

As correntes que rejeitam o antropocentrismo não são misantrópicas, isto é, anti-homem. O que elas combatem é o chauvinismo humano, a ficção insistente - negada pela Ciência - de enxergar os seres humanos como entidades apartadas da natureza. Esta e aqueles podem viver e prosperar em um mesmo planeta que, não há como fugir, partilham.

Um dos mais importantes aspectos do pensamento não-antropocêntrico, isto é, a possibilidade de se reconhecer *direitos* a entidades não-humanas, será analisado a seguir, em outro ponto do presente estudo.

2.4 Conservação e preservação

De certa maneira pairando sobre essas três famílias – antropocentrismo, antropocentrismo mitigado e não-antropocentrismo -, estão duas escolas de proteção da natureza: a *conservação* e a *preservação*. Aquela, preferida pelos antropocêntricos puros ou mitigados; esta, favorecida pelos não-antropocêntricos.

A maioria dos conservacionistas vê os ecossistemas e outras espécies como recursos – é o enfoque próprio do *homo economicus*. Recursos que demandam regras para sua exploração, mas ainda assim recursos. Para essa corrente, a preocupação principal não é exatamente a proteção de espécies ou ecossistemas *per se*, mas o seu uso adequado (= uso-inteligente⁴⁴ ou, em linguagem mais atual, sustentável). Na exata medida em que *todos* os componentes da natureza precisam ser utilizados é que se justifica o cuidado ao usá-los, para que não faltem⁴⁵.

Já os preservacionistas, convictos, inclusive com evidências científicas, de que a interferência humana, em certos casos, está em confronto direto com a proteção eficaz do meio ambiente, pretendem manter grandes áreas naturais

Terra por bilhões de anos tratando a vida e o meio ambiente global como duas partes de um mesmo sistema”, sistema este que se auto-regula e conserta (R. Kerry Turner *et alii*, *Ob. Cit.*, p. 33).

⁴⁰ Não confundir com o “animal welfare”, que, atrás observamos, tem cunho antropocêntrico.

⁴¹ Cf. Peter Singer, *Animal Liberation*, New York, Avon Books, 1990; para uma crítica do sistema de “direitos” dos animais, cf. Ted Benton, *Natural Relations: Ecology, Animal Rights & Social Justice*, London, Verso, 1993.

⁴² Segundo os ecofeministas, a dominação da natureza é apenas uma das muitas manifestações da opressão machista.

⁴³ Analisando o ecocentrismo e a ecologia profunda, cf. George Sessions (editor), *Deep Ecology for the 21st Century: Readings on the Philosophy and Practice of the New Environmentalism*, Boston & London, Shambhala, 1995.

⁴⁴ Robyn Eckersley, *Ob. Cit.*, p. 39.

⁴⁵ Cf. Bryan G. Norton, *Toward Unity among Environmentalists*, New York, Oxford University Press, 1991, pp. 6-7.

fora do *uso econômico direto* (permitido, contudo, o uso econômico indireto, como nos Parques Nacionais), com isso assegurando-se a integridade desses *habitats*. Buscam, em um mundo onde pouco sobrou da natureza “intocável”, a manutenção de um mínimo do *status quo* ecológico o mais original possível, admitindo-se, quando muito, a recuperação (e não transformação!) dos fragmentos degradados. Historicamente, na sua origem, está uma postura de *reverência* perante a natureza, na forma de apreciação das belezas naturais e do espaços virgens ou selvagens.

Enquanto a conservação dos recursos pressupõe manutenção da natureza *para* o desenvolvimento, a preservação indica manutenção da natureza *do* desenvolvimento⁴⁶. Hoje, conservação e preservação encurtaram o oceano que as apartavam, sob o guarda-chuva integrador da garantia já não mais de um recurso individualizado, mas da biodiversidade como um todo.

O certo é que, em todo o mundo, os vários ordenamentos jurídicos adotam um conjunto de instrumentos de tutela ambiental que mescla objetivos de conservação (como a Reserva Legal, a Reserva de Desenvolvimento Sustentável e a APA – Área de Proteção Ambiental) com outros, mais rígidos, de preservação (como as APPs – Áreas de Proteção Ambiental, Reservas Biológicas e Estações Ecológicas). Uns mais antropocêntricos (Florestas Nacionais, p. ex.), outros de índole claramente ecocêntrica (Estações Ecológicas ou Reservas Biológicas, p. ex.).

3. O DISCURSO ECONÔMICO SOBRE A NATUREZA

Há aqueles que, na proteção do meio ambiente, preferem enfatizar o enfoque do *homo economicus*. Para essa corrente de pensamento, integrada, como não poderia deixar de ser, fundamentalmente por economistas, “Tudo o que fazemos, e toda a organização da sociedade moderna, tem, goste-se ou não disso, uma orientação econômica. Assim, se queremos preservar nossas florestas e ecossistemas ainda inteiros, é preciso, antes de tudo, tornar isso economicamente interessante”. Nessa linha de raciocínio, os economistas apresentam uma formulação própria, atribuindo à natureza quatro modalidades de *valores* principais⁴⁷:

- valor de uso econômico direto⁴⁸
- valor de uso indireto⁴⁹

⁴⁶ Robyn Eckersley, *Ob. Cit.*, p. 39.

⁴⁷ Para uma abordagem desses valores, no contexto da proteção da biodiversidade, cf. Antônio Herman Benjamin, Introdução à Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação, in Antônio Herman Benjamin (coordenador), *Direito Ambiental das Áreas Protegidas: O Regime Jurídico das Unidades de Conservação*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, pp. 278-280.

⁴⁸ Como, v.g., alimentos, biomassa, madeira.

⁴⁹ Por “valor econômico indireto” entende-se aquele que é manifestado através de serviços, em vez de produtos. Na hipótese, o melhor exemplo são os benefícios estético-recreativos e os serviços ecológicos proporcionados pela natureza.

- *valor de opção*⁵⁰
- *valor existencial*⁵¹.

Segundo os economistas, esses valores podem ser organizados em duas grandes categorias: valores instrumentais (ou de uso) e valores intrínsecos (existenciais ou de não-uso).

Valor instrumental “refere-se à capacidade de algo, quando usado, de satisfazer um desejo ou preferência” de alguém; diversamente, valor intrínseco “é visto pelos filósofos ecológicos como sendo inerente a algo”, manifestando-se ácida divergência teórica sobre o que é capaz de possuir valor intrínseco: objetos conscientes e inconscientes, objetos animados ou inanimados.

Os valores instrumentais podem ser divididos entre valor direto, valor indireto e valor de opção. O valor de existência relaciona-se com a apreciação que não seja nem de uso presente, nem de uso de opção. Na sociedade, a manifestação de valor existencial é incontestável. Basta verificar-se o grande número de pessoas que contribuem financeiramente, ou com trabalho voluntário, para as ONGs dedicadas à proteção da natureza⁵². Ou, como já observava Bruce Ackerman, ainda nos anos 70, “é certo que, mesmo aqueles que nunca planejaram visitá-lo sentir-se-iam mais pobres após saberem que um sítio de valor especial, como o Grand Canyon, foi substancialmente degradado”⁵³.

Os valores de uso econômico direto ou indireto são fundamentais no discurso antropocêntrico tradicional. O valor de opção conduz ao antropocentrismo das gerações futuras. Já as correntes não-antropocêntricas bebem na fonte dos valores existenciais.

Passíveis de monetarização (são atributos econômicos, afinal de contas), essas quatro categorias de valores ensejam, em sede de responsabilidade civil,

⁵⁰ O *valor de opção* refere-se à importância que as pessoas atribuem a um futuro tranquilo, repleto de oportunidades e opções. Funciona como uma espécie de seguro de vida a garantir aos nossos descendentes o acesso a benefícios vindouros oriundos da biodiversidade, hoje sub-apreciada (Rudolf S. de Groot, *Environmental functions and economic value of natural ecosystems*, in Ann Mari Jansson *et alii* (editors), *Investing in Natural Capital: The Ecological Economics Approach to Sustainability*, Washington, Island Press, 1994, p. 156). É a conservação da biodiversidade pensando na sua provável, embora ainda incerta, importância no amanhã, em particular no campo da medicina e agricultura, através do uso de informações genéticas ou bioquímicas em novas descobertas científicas.

⁵¹ Como já dissemos, para muitos a natureza, mais que utilidade econômica ou recreativa, tem valor estritamente *existencial*: a sua existência *per se* já é razão de sobra para protegê-la, à parte de qualquer outra contribuição, direta ou indireta, aos seres humanos (= benefícios instrumentais) que possa dar. Tal tipo de avaliação refere-se aos valores intangíveis, intrínsecos e éticos atribuídos à natureza. Proteger a biodiversidade, nessa perspectiva, é uma questão de princípio (cf. Rudolf S. de Groot, *art. cit.*, p. 156; William P. Cunningham and Barbara Woodworth Saigo, *Environmental Science: a Global Concern*, 5th edition, Boston, WCB/McGraw-Hill, 1999, p. 275).

⁵² David Pearce and Jeremy J. Warford, *World Without End: Economics, Environment and Sustainable Development*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 100 e 102.

⁵³ Bruce A. Ackerman *et alii*, *The Uncertain Search for Environmental Quality*, New York, The Free Press, 1974, p. 142.

valorização no campo do dano ambiental, fazendo parte do *quantum debeatur*.

4. O DISCURSO JURÍDICO SOBRE A NATUREZA: DA NATUREZA-COISA À NATUREZA-SUJEITO

O Direito, seja no terreno internacional, seja no campo das legislações nacionais, vem se afastando, cada vez mais, do antropocentrismo puro, sendo mesmo correto afirmar-se que o paradigma atualmente predominante é o do antropocentrismo intergeracional, com crescentes bolsões de não-antropocentrismo⁵⁴, aqui e aí⁵⁵.

Para fins didáticos, poderíamos, no campo jurídico, representar os paradigmas do antropocentrismo (puro ou mitigado) e do não-antropocentrismo em um linha reta, delimitada, nas pontas, por dois pontos finais, constituídos por duas visões jurídicas antagônicas da natureza: a *natureza-objeto* e a *natureza-sujeito*; uma, profundamente utilitarista e antropocêntrica, baseada na separação (e oposição) rígida homem-natureza; outra, mais aberta, propondo uma releitura da relação ser humano-mundo natural, estimulando-se, para tanto, uma reorganização dogmática no campo da Teoria Geral do Direito, que termina por afetar as noções usuais (e estreitas) de *direito* e *interesse*⁵⁶. Como já referido, entre um e outro pólo extremado, há todo um universo de cores ético-jurídicas, que pendem ora para um, ora para outro horizonte.

4.1 A natureza-objeto

A *natureza-objeto* apoia-se numa visão dualista do mundo.

Em um campo (que uns poderiam chamar de “campo de concentração” auto-imposto, tal seu rigor excludente e isolacionista) está a humanidade, os seres humanos como únicos sujeitos de direitos e obrigações.

No lado oposto, encontra-se a natureza, reduzida à condição única de objeto, posta à disposição de todos, passível de apropriação, de manejo e, como dissemos, até de destruição irreversível, pura e simples.

4.2 A natureza-sujeito

Já a *natureza-sujeito* funda-se em um certo monismo normativo, onde as posições jurídicas do ser humano e dos componentes naturais não operam por exclusão, estando, ao revés, em posição de simetria. Cabe recordar, neste ponto,

⁵⁴ Citemos, como exemplos do pensamento não-antropocêntrico, reconhecendo um certo valor intrínseco à natureza, a Convenção Européia para Conservação da Fauna e *Habitats* Naturais (1979), a Carta Mundial da Natureza (1982), e a Convenção da Biodiversidade (1992).

⁵⁵ Tratando dessa evolução, na perspectiva do Direito, cf. Susan Emmenegger e Axel Tschentscher, *Taking nature's rights seriously: the long way to biocentrism in Environmental Law*, in *The Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 6, 1994, pp. 545-592..

⁵⁶ Mariachiara Tallacchini, *Diritto per la Natura: Ecologia e Filosofia del Diritto*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1996, pp. 93-94.

que nem todas as correntes não-antropocêntricas enxergam a natureza (ou, mais restritivamente, seus componentes) como titular de direitos⁵⁷. Há, pois, aqueles que, embora rejeitando o antropocentrismo (inclusive o mitigado, das gerações futuras), adotam outros mecanismos não-antropocêntricos, diversos do discurso de *direitos*.

Sem serem os pioneiros no tema, os professores e filósofos Tom Regan (americano) e Peter Singer (australiano) são vistos como os mais influentes teóricos modernos do biocentrismo limitado, um estando aquém (Singer) e outro (Regan) adotando a noção de *direitos dos animais*⁵⁸.

Outros, como Lawrence Tribe (o grande constitucionalista americano) e Christopher Stone, são mais ambiciosos, perfilhando um modelo de direitos que abraça não só os seres humanos, mas igualmente os seres abióticos e até mesmo a natureza como um todo. É disso que trataremos, com maior ênfase, em seguida.

4.3 Pode a natureza ter direitos?

Nos últimos anos, vem ganhando força a tese de que um dos objetivos do Direito Ambiental é a proteção da biodiversidade (fauna, flora e ecossistemas), sob uma diferente perspectiva: a natureza como titular de valor jurídico *per se* ou próprio, vale dizer, exigindo, por força de profundos argumentos éticos e ecológicos, proteção independentemente de sua utilidade econômico-sanitária direta para o homem.

De Platão a Santo Agostinho, passando por São Francisco de Assis, os filósofos vêm asseverando que a natureza tem desígnios e objetivos não relacionados com as finalidades humanas. Coube a John Locke confirmar que todos os homens são titulares de direitos: os biocentristas estenderam tal tese a outras formas de vida; e, indo mais longe, Aldo Leopold desenhou o modelo dos ecossistemas como titulares de direitos.

De acordo com essa visão, o *homo sapiens* abandona sua postura de conquistador e degradador irresistível e assume seu papel de membro pleno e cidadão de uma comunidade ampliada, a Natureza. Tal inovador paradigma, posteriormente, é sofisticado por Arne Naess, no campo filosófico, e por Christopher Stone e Lawrence Tribe, no terreno jurídico.

Já não causa tanto furor, pois, a proposição de que à se pode conferir direitos, tema que, contudo, pela sua feição de certo revolucionária e extremamente recente, ainda localiza-se nas fronteiras da Ética com o Direito. A

⁵⁷ Para uma ampla análise dos “direitos da natureza”, cf. Roderick Frazier Nash, *The Right of Nature: A History of Environmental Ethics*, The University of Wisconsin Press, Madison, 1989; tratando dos “direitos dos animais”, cf. Tom Regan, *Introduction*, in Tom Regan (editor), *Earthbound: New Introductory Essays in Environmental Ethics*, New York, Random House, 1984, pp. 3-37.

⁵⁸ Cf. o texto clássico Tom Regan, *The Case for Animal Rights*, University of California Press, Berkeley and Los Angeles, 1983.

perspectiva dos “direitos da natureza”⁵⁹ propõe indagações várias e complexas, muitas das quais ainda não estamos preparados para responder: quem ou o que, na natureza, é titular desses direitos? Os organismos individualmente, ou as espécies e, mais além, os ecossistemas também? Só os componentes bióticos, ou os abióticos igualmente? Qual o conteúdo e limites desses direitos? Seriam eles iguais para todas as espécies e organismos, em outras palavras, teriam todos os seres um mesmo valor (uma espécie de igualitarismo biótico)? Ou, diversamente, uma certa gradação seria permissível? Como se relacionariam tais direitos com aqueles de que são titulares os seres humanos? O que deveria ser incluída numa eventual “Carta de Direitos da Natureza”?⁶⁰

Não seria nada desprezível o impacto dessa nova visão no terreno jurídico – repita-se, não necessariamente estruturada na fórmula de “direitos”. Uma das principais consequências da afirmação de que o meio ambiente deve ser protegido *per se* opera no terreno da responsabilidade civil, onde a noção de “dano ambiental” (dano ao ambiente em si mesmo⁶¹) passa a ser dissociada da idéia de prejuízo (pessoal ou econômico) ao indivíduo.

Finalmente, é oportuno corrigir um mal-entendido que, com frequência, aparece na doutrina menos informada ou entre aqueles que querem liberdade plena para degradar o meio ambiente e submeter os animais a sacrifícios desnecessários. O reconhecimento de direitos aos animais – ou mesmo à natureza – não leva ao resultado absurdo de propor que seres humanos e animais tenham os *mesmos* ou *equivalentes* direitos. Nem Regan, nem outros teóricos de sua corrente, defendem direitos *absolutos* ou *iguais* para os animais. Os direitos de não-humanos não são menos flexíveis que os direitos humanos⁶². O que eles propõem é uma mudança de paradigma na dogmática jurídica. Só isso; e já seria muito.

CONCLUSÃO

Hoje, poucos negariam que a natureza é a nossa Casa. A partir disso, estamos a um passo para aceitar que não somos uma entidade à parte dos ecossistemas que nos cercam, mas apenas um fragmento entre muitos, e cuja saúde depende da saúde do todo⁶³.

Em conclusão, é mister notar que, na perspectiva do Direito, antropocentrismo e não-antropocentrismo não são, até certo ponto, fatalmente

⁵⁹ A expressão “direitos da natureza” não é aceita pacificamente entre filósofos e juristas. Há os que a rejeitam, por ser ampla demais, incluindo os elementos abióticos, como os rios, o mar, as montanhas, os mangues, as belezas naturais, etc. “Rigorosamente, não se pode falar em ‘direitos da natureza’, na medida em que os elementos abióticos são dotados de simples valor instrumental, faltando-lhes qualquer valoração intrínseca, não podendo, por isso mesmo, serem titulares de direitos” (James A. Nash, *The case for biotic rights*, in *Yale Journal of International Law*, vol. 18, 1993, p. 242).

⁶⁰ Cf. James A. Nash, *art. cit.*, p. 236.

⁶¹ Augusto M. Morello y Gabriel Stiglitz, *Ob. cit.*, p. 97.

⁶² Gary L. Francione, *Ob. Cit.*, p. 10.

⁶³ Eric T. Freyfogle, *Should we green the bill?*, in *University of Illinois Law Review*, vol. 1992, p. 162-163.

excludentes, podendo atuar de forma complementar entre si.

Se é verdade que nem toda a proteção ambiental é explicável pela perspectiva do resguardo utilitarista do ser humano (tome-se, p. ex., a proibição legal de crueldade contra animais, vedação esta que já é bem antiga em certos países, inclusive no Brasil), por outro lado, ao se reconhecer valor intrínseco à natureza termina-se, como regra, por tutelar os humanos que dela dependem.

A rigor, essas duas preocupações – com a natureza e com o ser humano – são, na realidade, indivisíveis. O controle da poluição é necessário à proteção da saúde humana, mas é igualmente essencial à tutela do meio ambiente, em si considerado, pois os mesmo poluentes nocivos ao ser humano, também afetam a vida em terra e no mar. Além disso, a interconexão e interdependência da nossa biosfera atinge nosso quintal, quando degradamos as outras partes do ecossistema. O dano à natureza, quase sempre, volta-se contra o próprio ser humano, assombrando-o e, não raro, prejudicando-o de modo inevitável⁶⁴.

⁶⁴ Frank P. Grad, *Environmental Law*, third edition, New York, Matthew Bender, 1985, p. 2.



PLANEJAMENTO URBANO E PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO NA GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS

*Janáína Rigo Santin**
*Thaís Dalla Corte***

RESUMO

A urbanização desordenada e crescente tem causado, cada vez mais, a degradação dos recursos hídricos. É através da prevenção que maiores danos ambientais, em destaque, danos à qualidade da água potável, serão evitados. Deve-se garantir à população o acesso à água para que a qualidade de vida tanto desta quanto das futuras gerações seja respeitada. Para tanto, a sociedade e o Estado possuem responsabilidade compartilhada. A sustentabilidade hídrica será alcançada se o planejamento das cidades for racionalizado a partir do meio ambiente natural, e não o contrário. Dessa forma, os municípios devem editar Planos Diretores com políticas que integrem o desenvolvimento das cidades aos recursos hídricos. Assim, a pesquisa visa analisar o princípio da prevenção e o planejamento urbano frente à degradação dos recursos hídricos nos municípios em busca de um meio ambiente equilibrado.

Palavras - Chave

Equilíbrio ambiental. Planejamento urbano. Prevenção. Recursos hídricos.

ABSTRACT

A disordered and growing urbanization have caused and increasingly, the water resources degradation. It is through prevention that greater environmental damage, highlighted, damage to drinking water quality are avoided. will be avoided. It should be assured to the population the access to water so that the quality of life in this and future generations will be respected. So, the society and the Estate own a shared responsibility. Water sustainability will be reached if the cities' planning is thought from the natural environment. For all that, the municipal district must edit Master Plans with politics that integrate the urban development and the water resources. In this context, the research aims to analyze the prevention principle and the urban planning against the degradation of the water resources in the cities in search of a balanced environment.

Keywords

Environmental balance. Urban planning. Prevention. Water resources.

* Pós-Doutoranda em Direito pela Universidade de Lisboa, sob a orientação do Dr. Vasco Pereira da Silva, bolsista CAPES processo n. 5199.09.3. Doutora em Direito pela UFPR, Mestre em Direito pela UFSC, Advogada, Professora da Faculdade de Direito e do Mestrado em História da Universidade de Passo Fundo-RS. E-mail: janainars@upf.br

** Acadêmica do VII semestre do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo e bolsista PIBIC/CNPq. Nº. do processo: 107169/2005-3. E-mail: tha_dallacorte@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

A relação entre gestão das águas e do solo é tema contemporâneo como área de preocupação das Ciências Jurídicas. Sabe-se que a água é fundamental para a dinâmica da vida. É um recurso natural, renovável, limitado e necessário. A maior parte da superfície terrestre do planeta é composta de água, bem como se encontra em todos os setores da vida, seja na constituição física do corpo humano ou na sua manutenção, através de usos para higiene, entre outros, e até mesmo na produção de alimentos, bens e serviços utilizados cotidianamente e necessários para a sobrevivência humana.

Durante muitos anos os recursos hídricos foram tutelados no ordenamento jurídico brasileiro como ilimitados, utilizados de forma predatória, conforme os interesses econômicos de cada época, devido a sua aparência de grande disponibilidade. As cidades e a população brasileira cresceram muito, o que exigiu um maior consumo de água doce. Os recursos hídricos foram incorporados pelo meio ambiente construído, o que ocasionou em grande parte das vezes sua poluição e a contaminação, prejudicando a qualidade da água potável e reduzindo o volume disponível. Entretanto, a água na Terra é praticamente a mesma há milhares de anos, e sua distribuição é irregular, bem como os seus usos são múltiplos e em grande escala.¹

A crise da água não se refere apenas à sua quantidade, mas também à sua qualidade. Em relação à quantidade o modelo de utilização dos recursos hídricos adotado pela população é o predatório. Usa-se e consome-se água sem consciência em todos os setores, tanto indústria quanto agricultura, pecuária, serviços e também individualmente, no consumo diário e familiar. Conseqüentemente, a sua disponibilidade é reduzida pelos mesmos fatores referidos. Assim, constata-se que as características disponibilidade e quantidade são diretamente proporcionais. Ao tempo em que se prejudica uma, atinge-se a outra e vice-versa.²

Em tese, a água existente no planeta Terra é suficiente para atender as presentes e as futuras gerações. Para tanto, os recursos hídricos devem ser utilizados conforme as disposições da Organização Mundial da Saúde (OMS): 80 litros de água por pessoa ao dia. Porém, não é isso o que se observa, em âmbito mundial. O Brasil, por exemplo, encontra-se distante dessa meta. A média de consumo brasileira é, aproximadamente, 150 litros/habitante/dia.³

O Brasil possui uma grande disponibilidade de recursos hídricos (não se deve esquecer, entretanto, a existência da distribuição irregular das águas dentro

¹ GUIMARÃES, Luis Ricardo. *Desafios jurídicos na proteção do Sistema Aquífero Guarani*. São Paulo: LTr, 2007. p. 16.

² PINTO, Elizabeth Machado. A Gestão de Recursos Hídricos e as Interferências do Sistema Urbano: Município de Queimados-RJ. *Revista da Universidade Rural de Seropédica*, Rio de Janeiro: EDUR, n. 1, v. 29, 2007. p. 126.

³ GUIMARÃES, Luis Ricardo. *Desafios...* op. cit., p. 15.

do território nacional). Contudo, essa realidade não é uma máxima entre todos os países do mundo, pois muitos já sofrem com falta crônica de água. Em conformidade com Guimarães⁴, “a maioria dos um bilhão e cem milhões de pessoas, sem acesso à água potável, utiliza 5 litros de água por habitante/dia [...]”.

Para que a escassez dos recursos hídricos seja controlada, faz-se necessário analisar a crise da água de forma mais profunda em seus dois principais fatores: qualidade e quantidade (como já mencionados). A crise qualitativa se refere à poluição dos recursos hídricos. Portanto, para sua prevenção as águas devem ser utilizadas de forma racional. Logo, qualquer meio ou ação que as degrade ou desperdice deve ser sumariamente refutados.⁵

Por sua vez, a crise quantitativa decorre da falta de qualidade dos recursos hídricos. Pode ser definida como toda água que, apesar de existente, não se encontra em condições de potabilidade para consumo. Logo, a não coexistência de ambos os fatores (como se fossem um binômio: qualidade-quantidade) ocasiona dificuldade ao acesso à água. Assim, o homem deve-se conscientizar que quando degrada o meio ambiente está prejudicando diretamente a si próprio.⁶

A falta de água potável e saneamento básico têm conseqüências na vida da população – principalmente na área da saúde. Como destaca Guimarães⁷, segundo informações do Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento (PNUD):

[...] a cada ano, um milhão e oitocentas mil crianças menores de 5 anos morrem de diarreia e de outras doenças provocadas por água suja e más condições de saneamento, sendo a segunda maior causadora de mortes de crianças em todo o mundo. A diarreia mata mais do que tuberculose e malária, seis vezes mais do que conflitos armados e, entre crianças, cinco vezes mais que a AIDS.

Ou seja, em decorrência da falta de investimentos e infra-estrutura, bem como pela inconsciência da população, a poluição das águas acarreta o aumento dos gastos do poder público com doenças causadas pelo consumo de água inadequada. As cidades, pela falta de planejamento urbano, são as maiores responsáveis pela poluição dos recursos hídricos. Nesse contexto:

Ainda que só 0,1% do esgoto de origem doméstica seja constituído de impurezas de natureza física, química e biológica, e o restante seja água, o contato com esses efluentes e a sua ingestão é responsável por cerca de 80% das doenças e 65% das internações hospitalares. Atualmente, apenas 10% do total de esgotos produzido recebem algum tipo de tratamento, os outros 90% são despejados “in natura” nos solos, rios, córregos e nascentes, constituindo-se na maior fonte de degradação do meio ambiente e de proliferação de doenças.⁸

⁴ GUIMARÃES, Luis Ricardo. *Desafios....* op. cit., p. 14.

⁵ PINTO, Elizabeth Machado. *A Gestão....* op.cit., p. 125-126.

⁶ Idem. *Ibidem*.

⁷ GUIMARÃES, Luis Ricardo. *Desafios...* op. cit., p. 15.

⁸ AMBIENTEBRASIL. *Saneamento ambiental*. Disponível em: <<http://ambientes.ambientebrasil>.

Assim, intenta-se demonstrar a necessária relação entre planejamento urbano e gestão das águas, através do Plano Diretor, a fim de que o equilíbrio ambiental urbano seja alcançado. A sustentabilidade hídrica não será efetivada se as cidades se desenvolverem sem proteger e gerenciar os recursos hídricos

2. O PLANEJAMENTO URBANO E A GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS

O Brasil teve um processo de urbanização precoce e desestruturado. As cidades não se encontravam preparadas para receber, em um curto espaço de tempo, a grande demanda populacional que se deslocou do campo para as cidades devido ao êxodo rural, mecanização das lavouras, más condições de vida, entre outras causas. Entre 1960 e 1996 “a população urbana aumenta de 31 milhões para 137 milhões, ou seja, as cidades recebem 106 milhões de novos moradores no período”.⁹

A rápida urbanização trouxe consigo graves problemas. Provocou uma total desorganização social. Houve falta de habitações, desemprego, carência de saneamento básico, poluição de recursos hídricos, modificação nas utilizações do solo, entre outros. A falta de leis e políticas públicas de infra-estrutura que regulamentassem a matéria urbanística fez com que esses problemas se agravassem, causando sérios transtornos para a coletividade.

Na legislação brasileira, as águas passaram a ganhar posição de destaque, como bem público que deve ser gerenciado e preservado de forma participativa e descentralizado, somente com o advento da Constituição Federal de 1988.¹⁰ Foi com a promulgação da Constituição de 1988, atendendo ao clamor social, que o constituinte brasileiro dedicou um capítulo específico à Política Urbana. Entretanto, estes dispositivos constitucionais ficaram condicionados à edição de uma lei federal, que estabelecesse diretrizes gerais. Esta lei só foi editada em 2001, denominada Estatuto da Cidade (Lei 10. 257/01). Ou seja, foram mais de 12 anos de espera e maiores danos ambientais nas cidades brasileiras, já que as ocupações em lugares inadequados, a impermeabilização do solo, a falta de investimentos em saneamento, entre tantos outros, que afetam diretamente a disponibilidade de recursos hídricos, continuaram a mercê de uma regulamentação por muito tempo.

Ainda, para que em âmbito municipal haja a aplicação das variadas disposições do Estatuto da Cidade (que é uma lei federal geral, a qual necessita da regulamentação em âmbito local, sob pena de ferir-se o artigo 30 da Magna Carta), faz-se necessária à edição de um Plano Diretor. Esse é o instrumento responsável por reger a política de desenvolvimento e expansão urbana, com uma

com.br/agua/saneamento/saneamento_ambiental.html>. Acesso em: 15 set. 2010.

⁹ BRASIL. Estatuto da Cidade: Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais da política urbana. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001. p. 23.

¹⁰ HENKES, Silvana Lúcia. *Histórico legal e institucional dos recursos hídricos no Brasil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4146&p=1>>. Acesso em: 07 jun. 2010.

ocupação adequada e ordenada do solo compatível com o equilíbrio ambiental urbano (artigo 182 da Magna Carta). Deve-se destacar que o Plano Diretor é um instrumento de gestão dos solos e não, especificamente, de gestão de águas.

Todavia, se não existir um planejamento urbano que atenda a população, com sistema de esgoto e saneamento, drenagem, coleta de lixo, ocupações regulares, entre outros, não haverá sustentabilidade hídrica. Os corpos de água – na falta de infra-estrutura, normatização e investimentos – acabam sendo destinatários diretos da poluição. Isso ocorre por escolhas mal acertadas tanto dos privados quanto do setor público (este por faltar com seu dever de prevenir a degradação ambiental), ao entender que, por não haver onde desembocar os resíduos utiliza-se da saída mais simples (leia-se de menor custo), a contaminação da água de superficial e também, por vezes, subterrânea. Portanto, faz-se necessária uma relação entre planejamento urbano e gestão das águas a fim de que um equilíbrio ambiental seja alcançado. Nesse contexto:

O desenvolvimento das cidades sem um correto planejamento ambiental resulta em prejuízos significativos para a sociedade. Uma das conseqüências do crescimento urbano foi o acréscimo da poluição doméstica e industrial, criando condições ambientais inadequadas e propiciando o desenvolvimento de doenças, poluição do ar e sonora, aumento da temperatura, contaminação da água subterrânea, entre outros problemas.¹¹

O Plano Diretor merece destaque como instrumento de planejamento e controle da gestão das águas, pois permite que cada município, ao editá-lo, observe as suas especificidades, permitindo ainda que as entidades ambientalistas da sociedade civil, bem como todos os cidadãos, tenham um papel mais ativo na prevenção de agressões ao meio ambiente, agindo de forma integrada com o Poder Público no planejamento sustentável do crescimento de sua cidade. Essas características são extremamente importantes, a fim de que a sustentabilidade hídrica seja efetivada, pois permitem, por incidir em âmbito local, uma maior rapidez e eficiência nas tomadas de decisões, uma vez que o ser humano tende a modificar o seu comportamento quando os problemas o atingem diretamente.¹²

Entretanto, no Brasil, essa ainda é uma realidade distante. É comum – até mesmo por causa da deficiência da rede de esgotos e saneamento básico – a preferência da população em despejar diretamente em rios e córregos seu lixo e impurezas, ao invés de realizar o correto descarte, reciclagem ou tratamento. Logo, tais águas serão posteriormente utilizadas para consumo humano e, portanto, passarão por um oneroso processo de purificação. Ora, pois, essa é uma prática inviável, que deve ser urgentemente modificada através de maiores

¹¹ AMBIENTEBRASIL. *Águas urbanas – Introdução*. Disponível em: <http://ambientes.ambientebrasil.com.br/agua/aguas_urbanas/aguas_urbanas_-_introducao.html>. Acesso em: 15 set. 2010.

¹² CARVALHO, Francisco Parente de. *O Município e a Gestão Dos Recursos Hídricos*. Disponível em: <<http://www.ecoterrabrasil.com.br/home/index.php?pg=temas&tipo=temas&ccd=953>>. Acesso em: 03 abr. 2010.

investimentos em planejamento urbano. Ao invés de se prevenir a poluição dos recursos hídricos, pelo contrário, degrada-se e, após, maiores gastos são necessários para a purificação e posterior utilização das águas prejudicadas pelas próprias condutas humanas. Nesse sentido:

De fato, a situação da poluição dos rios e lagos no Brasil é, de modo geral, muito grave. Rios, reservatórios, praias e baías nas proximidades das maiores áreas urbanas do Brasil encontram-se poluídos em decorrência do destino inadequado dado a esgotos, efluentes industriais e resíduos sólidos. Grandes rios, e mesmo pequenos córregos, que atravessam as aglomerações no Brasil são, muitas vezes, usados como evacuadores de águas servidas e depósitos de lixo. Além de problemas de poluição e de proliferação de vetores, por ocasião de chuvas intensas, esses cursos de água costumam transbordar, ampliando os problemas sanitários [urbanísticos] e ambientais.¹³

O direito à vida encontra-se consagrado no ordenamento jurídico brasileiro como um direito fundamental. Para que tal afirmação seja verificada, basta uma análise do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, a acessibilidade à água é fundamental à uma vida digna. Como bem destaca Viegas¹⁴, “ter acesso à água potável e em quantidade suficiente não é uma questão de escolha, mas uma necessidade”. A falta de água dificulta (e, muitas vezes, põe fim) a continuidade da vida. Por isso, a água potável assegura à população um nível mínimo de existência, compatível com a dignidade humana, conforme o que dispõe o art. 1º, inc. III, da Carta Magna.

Diante do exposto, para que um meio ambiente equilibrado seja alcançado é de suma importância que a degradação dos recursos hídricos seja evitada através da prevenção. E para tanto o papel desempenhado pelos Planos Diretores Municipais no processo de compatibilização do crescimento econômico da cidade com a sustentabilidade ambiental (em especial dos recursos hídricos), é de suma importância. Somente assim, o acesso à água potável e a dignidade da pessoa, tanto desta quanto das futuras gerações, serão garantidos. Ou seja, gerenciar os recursos hídricos dentro do espaço em que se encontram de forma integrada ao meio ambiente e ao interesse local, a fim de que danos ambientais sejam prevenidos.

3. O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A DEGRADAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NOS MUNICÍPIOS

Para que a qualidade ambiental torne-se realidade, o planejamento urbano deve ser pensado a partir do meio natural. Ou seja, as construções humanas devem se adaptar ao ambiente, e não o inverso. O homem modifica o meio em que vive

¹³ GALINDO, Evania Freires; FURTADO, Maria de Fátima R. de G. *Gestão Urbana & Gestão de Recursos Hídricos: Uma Articulação Imprescindível para a Sustentabilidade*. Disponível em: <<http://www.unizar.es/fnca/america/docu/1913.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

¹⁴ VIEGAS, Eduardo Coral. *Visão jurídica da água*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005. p. 131.

para satisfazer as suas necessidades. Entretanto, o modelo utilizado é predatório e insustentável. Cada vez mais, produzem-se maiores danos ambientais. É nesse contexto que as medidas preventivas assumem posição de destaque.

A prevenção é um dos princípios basilares do Direito Ambiental. É aplicável aos impactos ambientais já conhecidos. Há autores que não fazem distinção entre o princípio da precaução e o da prevenção. Outros entendem que são “irmãos da mesma família”, ou então “dois lados de uma mesma moeda”¹⁵. Apesar das similitudes e dos mesmos objetivos, essa pesquisa os diferencia, mas é importante ressaltar que ambos são essenciais para a efetivação do equilíbrio ambiental.¹⁶ O presente estudo analisa a prevenção, pois se volta à degradação dos recursos hídricos superficiais nas cidades em decorrência da falta de planejamento urbano.

Como bem destaca Leite:

Comparando-se o princípio da precaução com o da atuação preventiva, observa-se que o segundo exige que os perigos comprovados sejam eliminados. Já o princípio da precaução determina que a ação para eliminar possíveis impactos danosos ao ambiente

¹⁵ BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 171. Apesar das similitudes entre os dois conceitos, pode-se diferenciá-los quando se aborda a gestão de riscos. Para o autor, “pode-se deduzir que a atuação preventiva é um mecanismo para a gestão dos riscos, voltado, especificamente, para inibir os riscos concretos ou potenciais, sendo esses visíveis e previsíveis pelo conhecimento humano. Por seu turno, o princípio da precaução opera no primeiro momento dessa função antecipatória, inibitória e cautelar, em face do risco abstrato, que pode ser considerado risco de dano, pois muitas vezes é de difícil visualização e previsão. (...) é possível afirmar que ambos os princípios atuam na gestão antecipatória, inibitória e cautelar dos riscos, sendo ambos similares no gênero. Contudo, a atuação preventiva é mais ampla e genérica; já a precaução, mais específica e conecta com o momento inicial do exame do risco.” BENJAMIN, Antônio Herman. *Direito...* op. cit., p. 171-172.

¹⁶ Dentre os autores que, apesar de admitir o dissenso na doutrina, concordam com a diferenciação entre ambos os princípios está Carla Amado Gomes. Ao analisar o princípio da precaução e as providências cautelares no direito português, assim posiciona-se a autora. “Sem embargo da desconfiança que nos merece a lógica da precaução como princípio autônomo relativamente à prevenção, certo é que a dinâmica de antecipação do risco subjacente à precaução enquanto prevenção alargada serve de forma particularmente adequada à protecção de bens de grande fragilidade como os bens ambientais naturais ou a saúde das pessoas. O acréscimo aduzido pelo patamar da prevenção alargada/precaução é uma questão de grau, não de natureza: em vez de se admitir a actividade potencialmente lesiva (ou travar sua concretização) apenas quando se configuram perigos – ocorrência de lesões concretamente aferível a partir de juízos de probabilidade com assento em dados empíricos estatisticamente atestados ou teorias científicas geradoras de um largo consenso entre especialistas -, antecipa-se o momento preventivo para a configuração de uma dúvida fundamentada sobre a possibilidade (risco: na medida em que o nexo de causalidade não está empírica ou cientificamente comprovado) de a actividade vir a gerar danos de gravidade considerável. Tendo em mente a fragilidade dos bens em jogo quando se fala em precaução, a premência da sua tutela em face de agressões iminentes e a dúvida que pode pairar sobre os efeitos destas, a utilidade das providências cautelares impõe-se.” GOMES, Carla Amado. *As Providências Cautelares e o “Princípio da Precaução”*: ecos da jurisprudência. In: GOMES, Carla Amado. *Textos Dispersos de Direito do Ambiente e matérias relacionadas*. v. II. Lisboa: AAFDL, 2008. p. 129-130.

seja tomada antes de um nexa causal ter sido estabelecido com evidência científica absoluta.¹⁷

A degradação ambiental, na maioria dos casos, é irreparável, pois atinge direitos difusos. Os danos causados ao meio ambiente provocam efeitos na qualidade de vida da população, na saúde e, até mesmo, nos seus interesses, sendo caracterizados por ser, em regra, impossível o retorno do meio ao *status quo ante*. É nesse contexto de difícil e incerta reparação dos danos que a prevenção destaca-se como a melhor e, em muitos casos, a única solução possível.¹⁸ É a partir do exposto que decorre a necessidade do planejamento urbano adequar-se ao referido princípio: a busca de um desenvolvimento sustentável, conforme o que dispõe a Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade).

Nesse enfoque, segundo o Princípio da Prevenção, devem-se adotar medidas de planejamento urbano que reduzam e eliminem as causas da degradação dos recursos hídricos. Para tanto, a educação ambiental e as atuações governamentais e particulares, através de políticas públicas locais de saneamento básico e tantas outras, são imprescindíveis. Não há como ocorrer prevenção sem conhecimento prévio do bem que se pretende proteger. Informações, dados e pesquisa sobre intervenções que já ocorreram no ambiente são fundamentais com o objetivo de que se estabeleçam diretrizes para as práticas de prevenção de danos ambientais.¹⁹

É nesse sentido que Machado organiza em cinco itens a aplicação do princípio da prevenção:

1º) identificação e inventário das espécies animais e vegetais de um território, quanto à conservação da natureza e identificação das fontes contaminantes das águas do mar, quanto ao controle da poluição; 2º) identificação e inventário dos ecossistemas, com a elaboração de um mapa ecológico; 3º) planejamentos ambiental e econômico integrados; 4º) ordenamento territorial ambiental para a valorização das áreas de acordo com a sua aptidão; e 5º) Estudo de Impacto Ambiental.²⁰

Somente dessa forma os bens e interesses tutelados pelo Direito Ambiental e Administrativo serão preservados, pois, na maioria dos casos, não se consegue reparar cabalmente a degradação, sendo a prevenção a melhor solução. Por exemplo, a poluição dos recursos hídricos por falta de infra-estrutura urbana, além de comprometer o acesso à água potável para as futuras gerações, pode causar a extinção de espécies animais ou vegetais da localidade. Nesse sentido, a atuação preventiva é consubstanciada na frase: "É melhor prevenir do que remediar".²¹

¹⁷ LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.47.

¹⁸ LEITE, José Rubens Morato. *Dano...* op. cit., p. 93-94.

¹⁹ REIS, Jair Teixeira dos. *Educação Ambiental*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2462>. Acesso em: 19 jun. 2010.

²⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de Direito Ambiental*. São Paulo, Malheiros Editores, 1994. p. 36.

²¹ REIS, Jair Teixeira dos. *Educação...* op. cit.

O Princípio da Prevenção é encontrado no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 2º, incs. IV e IX da Lei 6.938/81 (embora não explícito), que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, bem como no artigo 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988. O que se busca através da prevenção é evitar que o dano ocorra, removendo e, até mesmo, impedindo a sua reiteração. No planejamento urbano, ao se tratar de desenvolvimento urbano sustentável, para esta e para as futuras gerações, entende-se que a prevenção assume posição de destaque, pois de forma simples pode-se considerar o planejamento como ação anterior que visa evitar (leia-se prevenir) danos através de projetos, objetivos, metas, meios e recursos.

Assim, faz-se necessária a atuação dos órgãos estatais e também da sociedade, principalmente através da conscientização, a fim de que os bens sejam adequadamente protegidos.²² Todavia, o Brasil ainda possui um longo caminho pela frente na concretização do princípio da prevenção, pois os municípios surgiram de forma desestruturada, sem políticas de desenvolvimento integradas e sem a participação da população. Somente a partir da edição da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e a formulação dos Planos Diretores Municipais em conformidade com suas diretrizes básicas que dizem respeito ao cumprimento da função social da cidade e do desenvolvimento sustentável, é que tal situação começa a se modificar.

Segundo Pinto²³, as “cidades são, certamente, as construções humanas de maior impacto na superfície terrestre”. A urbanização desordenada e crescente tem causado, cada vez mais, a degradação do meio natural, tendo em vista as ocupações irregulares e incompatíveis com a capacidade do meio, bem como a utilização, de forma predatória e insustentável dos recursos hídricos.

A maior parte da população brasileira está concentrada em cidades. Segundo Brasil (2001, p. 07), mais de 80% da população brasileira e das atividades econômicas encontra-se nas áreas urbanas. Em conseqüência, as cidades possuem, também, a maioria dos problemas impactantes sobre o meio ambiente, decorrentes da crescente densidade populacional que aumenta a “demanda por água e alimento, e impulsiona o [seu] uso em diversas atividades industriais e agrícolas”. Convém destacar que os recursos hídricos sofrem duplo impacto, devido à “intensificação do uso e aumento da poluição”.²⁴

Nesse contexto, a prevenção assume um caráter de responsabilidade compartilhada entre sociedade civil e sociedade política. A prevenção depende da consciência de cada um e do Estado, pois se previne por já haver conhecimento das conseqüências de determinada conduta e, portanto, há como o homem escolher assumir ou não os riscos concretos da atividade. Ou seja, a prevenção é uma forma de antecipar-se aos danos. Canotilho, ao analisar as tarefas preventivas

²² REIS, Jair Teixeira dos. *Educação...* op. cit.

²³ PINTO, Elizabeth Machado. *A Gestão...* op. cit., p. 126.

²⁴ GALINDO, Evania Freires; FURTADO, Maria de Fátima R. de G. *Gestão...* op. cit.

do Estado destaca que a política de planejamento do ambiente: “ [...] deve ser conformada de modo a evitar agressões ambientais, impondo-se: 1) a adoção de medidas preventivo-antecipatórias em vez de medidas repressivo-mediadoras; 2) o controle da poluição na fonte, ou seja, na origem (espacial e temporal)”.²⁵

Já, analisando as tarefas preventivas dos particulares, destaca-se a necessidade de participação da sociedade em busca de uma gestão integrada e participativa. Ou seja, a comunidade precisa superar a posição de apatia e conformidade na espera pelas ações do poder público, mas deve agir como ator social que é, fiscalizando, controlando, elaborando e participando do processo de construção de sua cidade. Para tanto, o Estatuto da Cidade positiva muitos mecanismos que dão este poder de acesso e de participação do cidadão no processo de formação das tutelas jurídico-políticas municipais. Nesse sentido cita-se o artigo 40 e seguintes, que falam do Plano Diretor Participativo, e o artigo 44, que fala da Gestão Orçamentária Participativa, pois não se pode planejar uma cidade sem recursos.

Logo, tanto para o instrumento básico de planejamento urbano, que é o Plano Diretor, quanto para os instrumentos financeiros e orçamentários do município (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual) exige-se a promoção de audiências públicas com ampla participação da cidadania e das entidades comunitárias interessadas. Trata-se de um novo paradigma de gestão público, pautado na comunhão de esforços entre a sociedade política e a sociedade civil no processo de elaboração das peças legislativas responsáveis pelo desenvolvimento sustentável de sua cidade.

Nas palavras de José Rubens Morato Leite,

a tarefa de atuar preventivamente deve ser vista como uma responsabilidade compartilhada, exigindo a atuação de todos os setores da sociedade, cabendo ao Estado criar instrumentos normativos e política ambiental preventiva, conforme já pontuado. Outrossim, cabe a todos os cidadãos o dever de participar, de forma pró-ativa, influir nas políticas ambientais, evitar comportamentos nocivos ao ambiente e aditar outras medidas preventivas, visando a não prejudicar o direito ao ambiente saudável.²⁶

O Plano Diretor é o instrumento responsável pelo desenvolvimento e expansão do município, estabelecendo princípios, diretrizes e normas preventivas que devem regular, além da utilização adequada do solo, sua relação com os recursos hídricos. Essa ordenação deve se dar de forma estratégica e com a participação da população. Somente dessa maneira se coibirá a degradação das fontes de água, bem como diminuirão os problemas de poluição e destruição decorrentes do crescente e desordenado processo de urbanização e da sua utilização irracional.²⁷

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito público do ambiente*. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1995. p. 40.

²⁶ LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 173.

²⁷ BRASIL. Estatuto da Cidade: Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece diretrizes gerais

Ou seja, os cidadãos possuem o direito de participar na criação, execução e fiscalização das políticas e diretrizes previstas no Plano Diretor (e aqui se incita também a pensar se não teriam o dever de participar, eis que é dever desta geração prevenir e impedir que os recursos sejam esgotados para as futuras gerações). A participação da população e das associações representativas dos vários segmentos da comunidade, através das audiências públicas e debates, são fundamentais nesse novo modelo democrático. Sem a conscientização e participação da sociedade as medidas preventivas são destituídas de eficácia.

Os municípios, pelo descaso com o planejamento urbano, são os maiores responsáveis pela poluição dos recursos hídricos. O Plano Diretor permite que cada cidade observe as suas especificidades na sua formulação e edição, visando a um crescimento econômico capaz de respeitar o meio ambiente e que proporcione justiça social a todos os habitantes da cidade.

Entretanto, poucas são as regulamentações preventivas sobre águas encontradas nos Planos Diretores. Grande parte dos gestores públicos, bem como da população, ainda não se conscientizou para a importância e a possível escassez das águas para as gerações futuras, e esse descaso está refletido em grande parte nos Planos Diretores brasileiros. Assim, a sociedade e o Poder Público passam a ser corresponsáveis pela política ineficiente de gestão integrada das águas em âmbito local.

Como bem destaca Leite²⁸, “há que se repensar e se aplicar imediatamente um modelo de desenvolvimento que leve em consideração as gerações futuras e uma política que tenha como base a preservação dos recursos naturais a longo prazo”. Para tanto, medidas preventivas fazem-se urgentes, a fim de que o equilíbrio ambiental seja alcançado e a dignidade da pessoa humana respeitada. Maior atenção deve ser dada às políticas e condutas que tenham por objetivo antecipar e eliminar os riscos concretos de atentados ao meio ambiente.

É através da participação da população que os Planos Diretores Municipais são formulados (pelo menos deveria ser, conforme impõe a Lei 10.251/2001). O município deveria aplicar as regras previstas pelo Estatuto da Cidade na sua elaboração, em especial seu artigo 40 parágrafo 4, que é claro ao dizer que os municípios *garantirão, tanto no processo de elaboração do Plano Diretor Municipal quanto na sua fiscalização, a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos sociais*. Para tanto, devem promover audiências públicas e debates no processo de elaboração do Plano Diretor e posteriores revisões, bem como acesso e publicidade quanto a documentos e informações produzidos.

Esse é um ponto de destaque na Lei 10.257/01, pois permite que o município considere as suas características e peculiaridades ao formular o seu Plano Diretor, ouvindo os seus cidadãos sobre o que é melhor para o desenvolvimento justo e sustentável daquela cidade. O Plano Diretor deve articular o uso e ocupação do solo com a gestão dos recursos hídricos, através de um planejamento

da política urbana. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

²⁸ LEITE, José Rubens Morato. *Dano...* op. cit., p. 25.

participativo, em busca do desenvolvimento local socialmente justo, ambientalmente equilibrado e economicamente viável, visando garantir qualidade de vida para a população. Entretanto, caso não haja normas preventivas, tal objetivo encontrar-se-á ineficaz.

Para um planeamento urbano efetivo, como destaca Galindo e Furtado²⁹, é necessária “a compreensão do processo social de construção e gestão do espaço, [...] suas dimensões sociais, políticas e simbólicas. Uma gestão integrada que, além dos elementos naturais, também considere o conhecimento e a experiência da população local”. Para essa compreensão é imprescindível a participação dos cidadãos, pois não é possível ao gestor público ser onipresente e onipotente, saber todos os problemas de toda a cidade, as particularidades, peculiaridades e problemas de cada bairro ou região em especial.³⁰

²⁹ GALINDO, Evania Freires; FURTADO, Maria de Fátima R. de G. *Gestão...* op. cit.

³⁰ A obrigatoriedade de participação da população no planeamento da gestão dos recursos hídricos está prevista no direito europeu, a partir da Diretiva Quadro da Água, em seu artigo 14. Trata-se de uma exigência da legislação europeia que os Estados membros promovam a participação dos privados nos procedimentos de elaboração, revisão e atualização dos planos de bacia hidrográfica. Esta diretiva distingue dois níveis de participação, conforme análise de Joana Mendes: por um lado, os Estados Membros “estão obrigados a assegurar a consulta pública de uma série de documentos preparativos da elaboração dos planos, incluindo, numa fase tardia do procedimento, os respectivos projectos, de forma a garantir *ao público* (que inclui os utilizadores da água) a possibilidade de *apresentar observações*. Por outro lado, os Estados membros devem *incentivar a participação activa das partes interessadas* na execução da Directiva e, em particular, nos procedimentos relativos aos planos de bacia. A primeira é uma obrigação de resultado, a segunda uma obrigação de meios. As formas de participação exigidas – ou restrita a consulta pública ou requerendo um nível mais exigente de envolvimento no procedimento – variam assim em função de os potenciais participantes serem membros do público ou partes interessadas, ou seja, consoante a pessoa em causa possa ser de alguma forma afectada pelas escolhas dos planos ou não. Em qualquer dos casos, o acesso à informação tem de ser garantido pelas entidades competentes: estas têm de disponibilizar os documentos relativos às diferentes fases do procedimento de elaboração do plano, nos termos do primeiro parágrafo do n. 1 do artigo 14, quer outros documentos e informação utilizada no desenvolvimento do projecto do plano, nos termos do segundo parágrafo do n. 1 do artigo 14. A distinção entre as duas formas de participação não é necessariamente evidente. No fundo, parece distinguir-se entre uma forma de participação passiva, por um lado, em que as entidades públicas estão obrigadas a disponibilizar informação bem como a garantir a possibilidade de o público em geral apresentar observações escritas, sem que isso implique necessariamente uma alteração do conteúdo do plano. De qualquer forma, os resultados da consulta devem ser publicados no próprio plano, indicando, quando for esse o caso, as alterações do plano que resultaram da consulta; além disso, nos termos gerais, as escolhas do planos devem ser motivadas. Por outro lado, participação activa requer que a Administração Pública organize verdadeiros fóruns de discussão e pressupõe que estes debates possam ter como resultado a alteração do projecto inicial do plano, tendo em conta as possibilidades surgidas pelos participantes.” Já no direito português, a autora salienta a previsão de participação dos interessados na elaboração dos planos hídricos prevista no artigo 6 do RJIGT e pela Lei n. 83/95, de 31 de agosto. Está positivado no artigo 26 da Lei da Água (Lei 58/2005, de 29 de dezembro), a participação intra-administrativa, que é a participação dos interessados na atividade administrativa de planeamento, bem como a participação procedimental, que tem lugar através do processo de discussão pública, também denominada de participação orgânica, a qual se refere à representação dos utilizadores em órgãos consultivos de gestão das águas. Já o direito de informação está previsto na Lei n. 19/2006, de 12 de junho. MENTES, Joana. Direito Administrativo da Água. In: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro. *Tratado de Direito Administrativo*

Logo, para que a ocupação do solo ocorra de forma equilibrada, prevenindo a degradação dos recursos hídricos, fazem-se necessárias mudanças comportamentais, disseminação de educação preventiva ambiental e urbanística, políticas públicas que garantam a adaptação da cidade às mudanças climáticas, programas sanitários que alarguem o acesso público à água e ao saneamento básico. Caso não ocorra um planejamento urbano que atenda a população, com a expansão do sistema público de tratamento de esgotos, drenagem, coleta de lixo, bem como o controle das ocupações irregulares, em áreas de risco ambiental e à saúde da população, a degradação dos recursos hídricos se prolongará e maiores danos ambientais serão vivenciados.

4. CONCLUSÃO

O planejamento urbano deve ter como premissa maior as questões ambientais e dos recursos hídricos, a fim de que a sustentabilidade seja alcançada para esta e para as futuras gerações. Apesar de o sistema legal brasileiro possuir instrumentos suficientes à participação popular no processo de formulação das tutelas jurídico-políticas ambientais, em especial no meio ambiente urbano, de nada adianta se não houver a conscientização da população da importância do seu direito, e também dever, de participar. Os meios para a solução dos problemas ambientais passam por medidas preventivas, através de maiores investimentos nas políticas urbanas e de educação ambiental para a manutenção dos recursos hídricos.

Nesse contexto, o princípio da prevenção norteia a gestão ambiental, pois se caracteriza por ordenar e orientar a ocupação e utilização do solo e dos recursos naturais de forma sustentável, antecipando os riscos de determinada conduta. As degradações causadas ao meio ambiente são compensáveis, mas, em regra, irreparáveis. Por isso, a prevenção tem como objetivo eliminar os riscos concretos de dano ambiental, a partir da consciência da população e de atuações da administração pública. Para tanto, por ser aplicado a impactos já conhecidos, faz-se necessário estudos prévios das intervenções que já ocorreram no meio, a fim de que políticas preventivas sejam elaboradas com vistas a impedir degradações futuras.

Com a crescente demanda da água e o aumento da população urbana, principalmente nas periferias das metrópoles, faz-se necessário informar e educar a sociedade sobre a importância do uso racional e da conservação da água. O atual processo de urbanização desordenado fez com que a população se instalasse em lugares inadequados e irregulares, muitas vezes de risco como áreas de nascentes de rios, mananciais, entre outros. As conseqüências de tais atos podem ser verificadas diariamente nas zonas urbanas, através dos danos ambientais causados, por exemplo, por problemas pelo despejo de dejetos industriais, lixo, enchentes, esgoto doméstico em rios, córregos e fontes etc.

Especial. V. II. Coimbra: Almedina, 2009. p. 95-96.

Portanto, o crescimento desordenado do meio ambiente urbano compromete os recursos naturais necessários à vida, lesando direitos dos cidadãos e a sua dignidade. A utilização e o descuido com os corpos da água têm como consequência cidades não sustentáveis e desequilibradas ambientalmente, ferindo preceitos constitucionais e as legislações que regulamentam o assunto, tornando os bens naturais, que já são limitados, em escassos e, até mesmo, no futuro, inexistentes.

Diante do exposto, fica evidente a necessária relação entre planejamento urbano e a gestão das águas, através do Plano Diretor, pois somente assim o equilíbrio ambiental urbano será alcançado. O Plano Diretor ganha destaque na regulamentação dos recursos hídricos, pois permite que cada município observe as suas especificidades na sua formulação e edição como, também, faz com que o cidadão possua um papel mais ativo, participando de forma direta e integrada com o Poder Público em busca da sustentabilidade e prevenindo danos ambientais.

Somente haverá uma boa qualidade de vida para a população e a sua dignidade será respeitada se existir um meio ambiente equilibrado. Longo ainda é o caminho que o Brasil precisa trilhar, através das medidas preventivas e de planejamento urbano. Porém, com a participação de todos é possível reverter o quadro atual, com a diminuição dos danos ambientais e, até mesmo, a sua eliminação. Busca-se a compatibilidade entre desenvolvimento econômico e equilíbrio ambiental nas cidades brasileiras. Para tanto, não se deve esquecer o papel fundamental do cidadão nessa situação, pois é ao mesmo tempo o sujeito ativo e o destinatário direto das suas condutas atentatórias ao meio ambiente. Logo, a união de esforços no planejamento urbano entre sociedade civil e sociedade política, com vistas à prevenção, é essencial para que a sustentabilidade hídrica seja alcançada.

5. REFERÊNCIAS

AMBIENTEBRASIL. *Saneamento ambiental*. Disponível em: <http://ambientes.ambientebrasil.com.br/agua/saneamento/saneamento_ambiental.html>. Acesso em: 15 set. 2010.

AMBIENTEBRASIL. *Águas urbanas – Introdução*. Disponível em: <http://ambientes.ambientebrasil.com.br/agua/aguas_urbanas/aguas_urbanas_-_introducao.html>. Acesso em: 15 set. 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57-130.

BRASIL. Constituição, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Disponível em: <www.soleis.adv.br/leispornome.htm>. Acesso em: 09 set. 2010.

BRASIL, Estatuto da cidade. *Estatuto da Cidade: Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001*,

que estabelece diretrizes gerais da política urbana. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

BRASIL. *Lei Federal nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 17 nov. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito público do ambiente*. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1995.

CARVALHO, Francisco Parente de. *O Município e a Gestão Dos Recursos Hídricos*. Disponível em: <<http://www.ecoterrabrasil.com.br/home/index.php?pg=temas&tipo=temas&cd=953>>. Acesso em: 03 abr. 2010.

GOMES, Carla Amado. As Providências Cautelares e o “Princípio da Precaução”: ecos da jurisprudência. In: GOMES, Carla Amado. *Textos Dispersos de Direito do Ambiente e matérias relacionadas*. v. II. Lisboa: AAFDL, p.123-160, 2008.

HENKES, Silvana Lúcia. *Histórico legal e institucional dos recursos hídricos no Brasil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4146&p=1>>. Acesso em: 07 jun. 2010.

LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial*. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 130-204.

MENTES, Joana. Direito Administrativo da Água. In: OTERO, Paulo; GONÇALVES, Pedro. *Tratado de Direito Administrativo Especial*. V. II. Coimbra: Almedina, 2009. p. 95-96.

GALINDO, Evania Freires; FURTADO, Maria de Fátima R. de G. *Gestão Urbana & Gestão de Recursos Hídricos: Uma Articulação Imprescindível para a Sustentabilidade*. Disponível em: <<http://www.unizar.es/fnca/america/docu/1913.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2010.

GUIMARÃES, Luis Ricardo. *Desafios jurídicos na proteção do Sistema Aquífero Guarani*. São Paulo: LTr, 2007.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Estudos de Direito Ambiental*. São Paulo, Malheiros Editores, 1994.

PINTO, Elizabeth Machado. A Gestão de Recursos Hídricos e as Interferências do Sistema Urbano: Município de Queimados-RJ. *Revista da Universidade Rural de Seropédica*, Rio de Janeiro: EDUR, n. 1, v. 29, p. 125-131, 2007.

REIS, Jair Teixeira dos. *Educação Ambiental*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2462>. Acesso em: 19 jun. 2010.

SANTOS, Antônio Silveira Ribeiro dos. *Município e a Gestão Hídrica*. Disponível

em: <<http://www.ultimaarcadenoe.com/artigo56.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2010.

VIEGAS, Eduardo Coral. *Visão jurídica da água*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.



UMA COMPREENSÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DOS DIREITOS SOCIAIS NO MARCO DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UM ESTUDO A PARTIR DA PERSPECTIVA DO STF SOBRE OS DIREITOS À SAÚDE E À EDUCAÇÃO

*José Emílio Medauar Ommati**

*Vanessa Genícia Duarte***

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o atual posicionamento do STF quanto à concretização dos direitos fundamentais de acesso à saúde e à educação, dentro do marco teórico-jurídico do Estado Democrático de Direito. Para tanto, procede-se a uma rediscussão acerca dos direitos sociais e da falsa compreensão de que teriam caráter necessariamente prestacional, dependente da alocação de recursos. A seguir, propõe uma revisão da clássica doutrina acerca dos diferentes graus de aplicabilidade das normas constitucionais, que as dividia em normas de eficácia plena, contida e limitada, e sua substituição por uma metodologia de aplicação que se harmonize com a nova hermenêutica constitucional e o primado dos princípios. Ao cabo, avaliam-se duas decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal quanto à implementação dos direitos sociais, analisando-se tanto o mérito quanto as respectivas fundamentações, que veiculam um tratamento igual para situações notoriamente distintas.

Palavras-chave

Direitos sociais. Direito à saúde e à educação. Estado Democrático de Direito. Jurisprudência do STF.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the current positioning of the STF on the realization of the fundamental rights of access to health and education, within the legal-theoretical framework of Democratic State of law. To do so, it proceeds to a new discussion about social rights and the false understanding that they would have necessarily provisional character, dependent on

* Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG; Professor de Teoria do Estado, Teoria da Constituição, Hermenêutica e Argumentação Jurídica e Direito Administrativo I da PUC Minas – Campus Serro – MG.

** Acadêmica do 5º período do curso de Direito da PUC Minas – Campus Serro – MG. Bolsista pesquisadora do programa FIP da PUC Minas durante o ano de 2008.

resource allocation. Then, it proposes a revision of the classic doctrine about the multiple degrees of applicability of constitutional norms, that divided them into standards of full, contained and limited efficacy, and its replacement by an implementation methodology in harmonization with the new constitutional hermeneutics and the primacy of the principles. After all, it assesses two paradigmatic illustrations of Supreme Court (STF) decisions regarding to the implementation of social rights, analyzing both the merits and the grounds on which they are based, which convey equal treatment to situations notoriously distinct.

Key-words

social rights; the right of access to health and education; rule of Law; STF precedents.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi fruto de um projeto de pesquisa desenvolvido por nós durante o ano de 2008 junto à PUC Minas – Campus Serro, em Minas Gerais, no Programa de Incentivo à Pesquisa – FIP, e pretendeu discutir o alcance e sentido dos direitos sociais na Constituição de 1988, que estabeleceu entre nós o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Assim, pretendemos desenvolver e responder a seguinte questão: Como devem ser entendidos os direitos sociais em um Estado Democrático de Direito?

Para tanto, foi necessário que discutíssemos a idéia de geração de direitos, ainda hoje muito presente em nossa doutrina, para que pudéssemos questionar a validade da idéia de que os direitos sociais seriam direitos prestacionais, o que inviabilizaria sua aplicação em face da carência de recursos. Isso fizemos na primeira parte do presente trabalho.

A seguir, na segunda parte, apresentou-se para nós de curial importância a discussão da teoria da aplicabilidade das normas constitucionais, proposta pela primeira vez por José Afonso da Silva dentre nós. De acordo com essa teoria, que ainda encontra aceitação na doutrina e jurisprudência dominantes em nosso país, as normas constitucionais seriam divididas em normas de eficácia plena, contida e limitada. Como percebemos, essa teoria tem grande relação com a efetividade dos direitos sociais, na medida em que os considera normas de eficácia limitada e, portanto, com baixa densidade normativa, é dizer, os direitos sociais teriam apenas a função de revogar ou não recepcionar normas incompatíveis com eles. Com base na perspectiva deontológica do Direito, e entendendo o ordenamento jurídico como uma questão de princípios, demonstramos que a classificação das normas constitucionais em normas de eficácia plena, contida e limitada, se representou um avanço quando foi pensada e divulgada entre nós por José Afonso da Silva, hoje não pode mais ser defendida, na medida em que ainda se encontra presa a uma concepção que aproxima texto e norma, além de reduzir sobremaneira a eficácia dos direitos sociais.

Por fim, na terceira e última parte do presente trabalho, reconstruímos os direitos sociais a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, trabalhando as noções de mínimo existencial, reserva do possível, para que pudéssemos entender qual o papel dos Tribunais na implementação e defesa

desses direitos fundamentais. O pano de fundo dessa discussão foram duas decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal versando sobre direitos sociais. A primeira, sobre direito à saúde, demonstra que o Supremo Tribunal Federal acertou quanto ao teor da decisão, errando quanto à fundamentação, na medida em que equipara normas a valores. Já na segunda decisão, sobre direito à educação, o Supremo Tribunal Federal usa da mesma argumentação utilizada na primeira decisão para julgar um caso que apenas era idêntico quanto à categoria do direito(direito social), mas que era completamente diferente no que respeita à própria reconstrução do caso realizada pelas partes. E o que é mais interessante: o mesmo relator usa da mesma argumentação para julgamento de casos completamente distintos, demonstrando que a técnica de decisão utilizada pelo Supremo Tribunal Federal(a ponderação de valores) não é adequada para a construção de decisões consistentes e, portanto, legítimas.

Pudemos, assim, perceber que os Tribunais em um Estado Democrático de Direito devem viabilizar o debate democrático sobre as políticas públicas de direitos sociais, não podendo se substituir à cidadania na implementação dos direitos sociais, sob pena de não respeitarem os princípios da separação dos poderes e da previsão orçamentária previstos na Constituição de 1988. É o que veremos melhor a seguir.

1. UM BREVE HISTÓRICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 A historicidade dos direitos fundamentais e a idéia de “Gerações de direitos”

Os direitos fundamentais são o fruto de construções históricas que se consolidaram basicamente a partir da modernidade. E só na era moderna, eles ganharam tal conceituação. Existiam idéias de dignidade, de igualdade ou liberdade, mas não formuladas como direitos, tal como é hoje (AMARAL, 2001:50).

Os direitos fundamentais surgem com o nascimento da Constituição formal e rígida e o fechamento operacional do Direito. Como mostra José Adércio Leite Sampaio:

“O sentido de direitos humanos ou fundamentais tem certamente suas fontes em processos históricos muito longínquos no tempo. Todavia, somente com as mudanças sociais, econômicas e políticas no trânsito da Idade Média para a idade Moderna é que assumem tais direitos significados mais precisos.” (SAMPAIO, 2004:141)

Para que os direitos fundamentais pudessem ganhar o sentido que lhes são atribuído hoje, destacaram-se três matrizes de desenvolvimento: a liberdade religiosa, as garantias processuais e o direito de propriedade, assumindo ainda três modelos, três formas de interpretação baseadas nas especificidades históricas da afirmação de três Estados-Nações: Inglaterra, Estados Unidos da América e França (SAMPAIO, 2004:149). Como assevera Gustavo Amaral:

“Os direitos fundamentais vão surgindo primeiro para afirmar a liberdade de fé, depois para questionar os fundamentos do poder absoluto, seja em seu próprio exercício, seja em sua relação com os cidadãos e, também, pela humanização do Direito penal e processual penal. Com o triunfo das revoluções liberais na França e nos Estados Unidos e a influência em outros países, os direitos fundamentais foram reconhecidos em textos constitucionais.” (AMARAL, 2001:50)

Norberto Bobbio, em seu célebre livro “A era dos direitos”, defende a historicidade dos direitos do homem dizendo que os direitos não nascem todos de uma vez, mas quando devem ou podem nascer (BOBBIO, 2004:26). Assim, ele afirma:

“Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 2004:25)

Na mesma obra, Bobbio, afirmando a historicidade dos direitos, advoga a tese histórica de gerações, uma classificação baseada nas fases de reconhecimento dos direitos apresentada pelo francês Karel Vasak ao Instituto Internacional de Direitos do Homem em 1979, dividida, inicialmente, por este autor, em três gerações: a primeira, surgida com as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, valorizava o direito à liberdade; a segunda, decorrente dos movimentos sociais democratas e da Revolução Russa, dava ênfase à igualdade; e a terceira geração, resultado das duras experiências passadas pela humanidade durante a Segunda Guerra Mundial, refletindo o valor da fraternidade. (SAMPAIO, 2004:259).

Bobbio, acrescentando a idéia de que novos carecimentos nascem com novas exigências, expõe a classificação:

“As primeiras, correspondem aos direitos de liberdade, ou um não-agir do Estado; os segundos, aos direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os maléficos de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie” (BOBBIO, 2004:26)

Dessa forma, na chamada primeira geração de direitos, teríamos direitos que se fundam numa separação entre Estado e sociedade, que permeia o contratualismo individualista dos séculos XVIII e XIX (SAMPAIO, 2001:260). Seriam os direitos civis ou liberdades individuais que assegurariam a autonomia individual e que implicariam numa abstenção do Estado para o desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo isolado, somando ainda os direitos políticos, de participação política ou liberdades políticas, que seriam direitos de inspiração democrática cujo núcleo se encontra no direito de votar e ser votado, entendidos

como indispensáveis para o desenvolvimento das liberdades individuais (SAMPAIO, 2001:261).

Os direitos de segunda geração se apresentariam como direitos sociais, econômicos e culturais, direitos de base social resultante da superação do individualismo possessivo, decorrente das transformações sócio-econômicas do final do Século XIX e início do Século XX, e da demanda por condições sociais dignas. Assim, esses direitos seriam internamente divididos em direitos sociais necessários à participação plena da vida da sociedade (SAMPAIO, 2001:262), em direitos econômicos destinados a garantir um nível mínimo de vida e em direitos culturais destinados a possibilitar a participação de todos nas riquezas espirituais comunitárias.

Os direitos de terceira geração associados por Karel Vasak ao valor da fraternidade, são por muitos autores definidos como direitos dos povos ou direitos de solidariedade. Nas palavras de José Adércio Leite Sampaio:

"A fraternidade embandeirada pela nova geração inspirou adicionalmente a idéia de que somos todos habitantes de um mesmo e frágil mundo a exigir um conceito universal com vistas a manter as condições de habitabilidade planetária para as presentes e futuras gerações" (SAMPAIO, 2001:293)

Uma quarta geração de direitos ainda se encontra em processo de formação de consenso entre os estudiosos; para uns, seria o direito ao meio ambiente equilibrado para as gerações futuras, ou o direito de efetiva participação cidadã, ou ainda, direito à comunicação ou direitos virtuais; outros ainda consideram como a geração de direitos das mulheres, e outros preferem, ainda, ver essa geração de direitos como pertencente a todos os grupos sociais vulneráveis¹.

Há, ainda, tênue manifestação doutrinária sobre uma suposta quinta geração de direitos, que se apresenta com inúmeras concepções e interpretações, como direitos vindos de uma resposta à dominação biofísica, direitos ao patrimônio genético e à proteção contra o abuso de técnicas de clonagem².

Mas o que se pretende com a exposição dessa tese geracional é mostrar que tal classificação é interessante em termos didáticos, mas deve ser vista e compreendida com as devidas ressalvas. É preciso perceber que toda tentativa de delimitação e inclusão gera, conseqüentemente, uma exclusão. Do mesmo modo, é de fundamental importância atentar para o fato de que tal classificação leva ao entendimento de que toda a história dos direitos fundamentais significou nada mais que um somatório de direitos, frutos de gerações estanques. É o que será exposto a seguir:

¹ Sobre as diferentes delimitações dos direitos de quarta geração, bem como as diversas críticas feitas a essa e a terceira e suposta quinta geração, ver: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

² José Adércio apresenta brilhantemente a discussão sobre uma quinta geração de direitos em: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

1.2 Crítica à perspectiva histórica de gerações de direitos

Tendo em vista que os direitos fundamentais são, por definição, direitos históricos, percebe-se que a classificação geracional é, em parte, feliz, por afirmar a historicidade de tais direitos, mas, como frisado anteriormente deve ser vista com ressalvas. São várias as críticas feitas a tal classificação: a primeira que se pode expor é a da suposta existência de uma hierarquia entre os direitos, que se encontrariam apenas somados de maneira histórico-cronológica.

A classificação de direitos fundamentais é artificial ao pressupor uma distinção ontológica de direitos, o que não existe. É apenas uma distinção interpretativa ou lógico-argumentativa. Um direito difuso, por exemplo, pode se apresentar tanto como um direito social, quanto um direito individual. Nesse sentido, exemplifica Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

“O direito à liberdade de expressão, p. ex. num caso concreto, pode ser considerado conforme a argumentação adequada, empreendida pelas partes e devidamente apreciada pelo juiz, como direito individual, coletivo, social e até mesmo difuso, a legitimar quer um meio processual individual, quer o coletivo, para a sua garantia jurisdicional. Daí se poder protegê-lo quando se tolhe ou se ameaça tolher a palavra de alguém; ou a participação de uma associação representativa de uma coletividade; ou quando se afirma que a educação é pressuposto do ter o que dizer; ou quando se discute o impacto na comunidade da violência ou da pornografia na televisão ou na internet; ou ainda a existência ou não do monopólio dos meios de comunicação.”
(CATTONI DE OLIVEIRA, 2004:214)

Dessa forma, percebe-se que tal classificação peca em tentar determinar quais direitos pertenceriam a quais gerações. Não existem modelos estanques, distintos. Nos dizeres de Heloísa Helena Nascimento Rocha:

“(…) direitos são por natureza indeterminados, e os paradigmas jurídicos, enquanto redutores de complexidade, são fundamentais para o entendimento dos direitos, de uma perspectiva reflexiva e argumentativa. A compreensão dos direitos fundamentais deve ser discursiva e não a partir de modelos rígidos que estabeleçam previamente sua natureza como princípio ou regra, ou direito individual, social, coletivo ou difuso;”
(ROCHA, 2004:253)

Pretende-se aqui afastar o entendimento de que a cada geração de direitos teríamos apenas um acréscimo, um mero acúmulo ou alargamento de direitos. Na verdade, esses direitos se encontram redefinidos a cada novo paradigma jurídico: o direito de propriedade, por exemplo, classificado como direito de primeira geração, conquistado no paradigma jurídico do Estado Liberal, foi completamente redefinido no paradigma do Estado Social. A cada novo paradigma haveria necessidade de se redefinir, compatibilizar o sentido de um direito em relação aos dos outros e vice e versa (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004:201).

A noção paradigmática do Direito nos leva à contestação da tese geracional dos direitos fundamentais, vez que não significa o estabelecimento de modelos fixos de interpretação, mas implica numa reflexão acerca da relação entre os direitos fundamentais sucessivamente conquistados. Assim, conclui Heloísa Helena Nascimento Rocha:

“Portanto, a compreensão paradigmática do Direito nos leva a superar o entendimento das gerações de direitos fundamentais. Nesse sentido é possível perceber nos paradigmas jurídicos de maior sucesso – Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito – que esta pré-compreensão compartilhada faz com que os velhos direitos conquistados sejam reinterpretados, abrindo-se para novas possibilidades de aplicação.” (ROCHA, 2004:233)

A cada nova geração temos não só a conquista de mais direitos, mas também a redefinição dos conquistados anteriormente, à luz do novo paradigma em que se insere. Essa concepção geracional acaba sendo, sobretudo, perigosa, pois, na medida em que se concebe a realização dos direitos de modo progressivo, acaba por se legitimar prioridades. Nesse prisma, seriam os direitos de primeira geração mais fáceis de serem implementados em detrimento dos de segunda geração. Por exemplo, enquanto os primeiros seriam direitos com maior efetividade, os segundos seriam apenas normas programáticas a serem realizadas de maneira proporcionalmente progressiva – direitos eminentemente prestacionais e que, por isso, implicam uma realização graduável, que acaba por enfraquecer a sua normatividade. Discorrendo sobre essa questão, temos as palavras de George Marmelstein Lima:

“Outro equívoco grave da teoria [das gerações] é considerar que os direitos de primeira geração são direitos negativos, não onerosos, enquanto os direitos de segunda geração são direitos a prestações. Essa visão, certamente influenciada pela classificação dos direitos por status, desenvolvida por Jellinek, considera, em síntese, que os direitos civis e políticos (direitos de liberdade) teriam o status negativo, pois implicariam em um não agir (omissão) por parte do Estado; os direitos sociais e econômicos (direitos de igualdade), por sua vez, teriam um status positivo, já que a sua implementação necessitaria de um agir (ação) por parte do Estado, mediante o gasto de verbas públicas.” (LIMA, 2003)

É sobre esta concepção, de que os direitos sociais são apenas direitos prestacionais, que trataremos no próximo tópico, tentando refutar tal tese ao mostrar que, tanto no grupo dos direitos sociais quanto no dos chamados “direitos negativos”, temos demanda tanto por uma abstenção quanto por uma ação do Estado.

1.3 Os direitos sociais como direitos prestacionais e o nascimento dos direitos difusos

Os direitos fundamentais sociais nascem no chamado paradigma jurídico-político do Estado Social, em fins do século XIX e início do século XX, sendo

sua subjetivação definida com mais clareza na Constituição do México em 1917 e de Weimar em 1919, tendo também como destaque a Declaração de Direitos Russa de 1918 com inspiração socialista. No Brasil, esse processo tem maior determinação na Constituição de 1934.

Pelo fato da maioria desses direitos implicarem a promoção do Estado, por demandarem um *facere* por parte deste, foram reconhecidos como direitos prestacionais que, por isso, se diferenciavam das garantias e liberdades individuais, existindo uma espécie de “antinomia” entre esses dois grupos de direitos, uma espécie de concorrência. Nesse sentido, temos a concepção de Bobbio:

“Todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas. São antinômicos no sentido que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros. Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos.” (BOBBIO, 2004:41)

O autor deixa claro em sua obra que “liberdades” e “poderes” são incompatíveis e que, portanto, as sociedades seriam mais livres, na medida em que menos justas e, mais justas, na medida em que menos livres (BOBBIO, 2004:62). Bobbio deixa claro também, que os direitos sociais, enquanto poderes, necessitam, ao contrário dos direitos individuais, não de uma limitação do poder do Estado, mas da ampliação destes poderes (BOBBIO, 2004:87).

Esses direitos já nascem com a concepção de “direitos positivos”, de direitos a serem concedidos pelo Estado, o que levam muitos a identificar uma diferença estrutural entre os direitos sociais e os direitos individuais, direitos a serem concedidos a uma coletividade em detrimento de direitos de proteção do indivíduo.

Vimos anteriormente que a cada novo paradigma temos, não só um aumento de direitos, mas também uma reformulação dos já conquistados. Assim como os direitos sociais com a postura materializante do Paradigma do Estado Social vieram a reformular os direitos individuais, serão eles também reformulados com o advento do paradigma do Estado Democrático de Direito e o nascimento dos direitos difusos.

Os direitos difusos surgem no Estado Democrático de Direito, na esfera de uma sociedade hipercomplexa. Ultrapassam a visão individualista, superando a dicotomia entre o público e o privado, caracterizando-se pela indeterminabilidade de seus sujeitos, trazendo um caráter procedimentalista de participação cidadã nas decisões estatais, de abertura para discussão e participação nos canais de decisão (OMMATI, 2004:86). A esfera pública deixa

de ser a estatal e passa a ter uma relação de equi-primordialidade com a esfera privada. Destacam-se as palavras de José Emílio Medauar Ommati:

“Nesse sentido, igualdade, liberdade e propriedade devem ser vistos em seus aspectos procedimentais: significa dizer que igualdade, liberdade e propriedade apenas adquirem um sentido específico em um caso concreto. São direitos que se viabilizam para a busca de mais direitos e de melhor qualidade.

A questão da igualdade, e apenas para citarmos um único exemplo, transforma-se da igualdade simplesmente formal para uma igualdade que se assegura reconhecendo-se as diferenças. É claro que a igualdade formal ainda é importante e deve ser mantida, mas o princípio da igualdade não se esgota apenas na igualdade formal.” (OMMATI, 2004:85)

Apresentados os impactos do nascimento dos direitos difusos e uma breve explicação do que vieram a reformular nos direitos sociais, passa-se, agora, à crítica, desde já perceptível, de se conceber os direitos sociais como direitos prestacionais apenas – como concessões do Estado –, levando-se em consideração que tal concepção surgiu num paradigma que terminou por criar “clientes do Estado”: uma massa acrítica e acostumada a prestações sem qualidade, cujas subjetividades e diferenças próprias do ser humano foram anuladas por um ideal utilitarista.

1.4 Crítica à perspectiva dos direitos sociais como direitos prestacionais apenas

Como apontado acima, é costume diferenciar os direitos sociais dos direitos individuais baseando-se na idéia de que os primeiros necessitariam de uma ação estatal, um agir, enquanto os segundos careceriam de mera abstenção deste: um se localizando na esfera pública, o outro na esfera privada. Tais entendimentos, advindos das características paradigmáticas de seus nascimentos, encontram-se, como já mencionado, redefinidos com o surgimento do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, de novos direitos (direitos difusos).

Mas, no entanto, o que se percebe, é que esse entendimento primeiro, que concebe os direitos sociais como direitos prestacionais apenas, ainda existe na doutrina brasileira. Por necessitarem de concretização legislativa e de políticas públicas, esses direitos acabam por ter sua eficácia reduzida, em nome de seu custo e da escassez de recursos, alegando-se que os direitos individuais, ao contrário, não possuem custos de concretização e, como conseqüência, seriam sempre eficazes, já que não dependem de regulamentação e podem ser exercidos individualmente.

Vimos também, que a distinção entre os direitos, não é uma distinção estrutural, mas lógico-argumentativa: o que irá definir se um direito é social ou individual são as circunstâncias do caso, os argumentos das partes. Os direitos passaram, no Estado Democrático de Direito, a ser considerados uma estrutura de princípios jurídicos aplicados *prima facie*, e desde já, é bom que se compreenda que a diferenciação desses princípios constitucionais surge essencialmente como um problema de interpretação constitucional (QUEIROZ, 2006:7).

Uma das críticas mais expressivas sobre a distinção extremada entre direitos “negativos” e “positivos” está na obra dos norte-americanos Stephen Holmes e Cass R. Sustein: *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, onde mostram os gastos dos Estados Unidos com direitos individuais, direitos negativos, concluindo que todos os direitos têm custos porque todos pressupõem o custeio de uma estrutura de fiscalização para implementá-los (AMARAL, 2001:73). Todos os direitos possuem custos e, portanto, distingui-los com base nesse critério seria no mínimo ingênuo.

A partir daqui, fica claro que os direitos sociais não são apenas direitos prestacionais, assim como os individuais não implicam apenas abstenção. Ora, os direitos individuais possuem custos e requerem ações estatais, bem como existem direitos sociais cuja eficácia não depende intrinsecamente de uma conduta estatal relacionada (AMARAL, 2001:81).

Observam-se os exemplos de Gustavo Amaral, sobre os direitos individuais necessitando de ação estatal:

“O direito de ir e vir e o direito de propriedade nos grandes centros urbanos são ameaçados não pela ação do Estado, mas por sua omissão, elemento decisivo na violência urbana. Os direitos à privacidade e à honra, de igual sorte, são mais ameaçados pela imprensa e por banco de dados privados do que por um “grande irmão” estatal.” (AMARAL, 2001:72).

O Autor também evidencia que os direitos de greve e de sindicalização – direitos sociais – demonstram a insuficiência da distinção entre direitos positivos e negativos, por não demandarem qualquer conduta estatal *intrinsecamente* relacionada (AMARAL, 2001:81).

Não se nega que os direitos sociais carecem de atuação estatal e disponibilização de recursos, pelo contrário, pretende-se refutar a tese de que estes são prestacionais apenas e que, por isso, são inviabilizados hoje. Os direitos sociais precisam de políticas públicas, e aí, tem-se a intensificação do problema, já que, também as liberdades e garantias individuais necessitam da disponibilidade destes. Os recursos que se apresentam proporcionalmente às necessidades humanas, escassos, tornam-se ainda mais escassos.

Não se concebe hoje, no marco do Paradigma do Estado Democrático de Direito, a compreensão dos direitos sociais como direitos prestacionais apenas, outros direitos já surgiram remodelando-os. Não se trata mais de favores do Estado, mas de discussão do alcance, efeitos e repercussões das políticas públicas por seus próprios destinatários, (OMMATI, 2005:478) que não são clientes do Estado, mas cidadãos dotados de igualdade, aqui entendida como igual consideração e respeito.

Mas, para chegarmos a essa conclusão, antes é de fundamental importância passar pela classificação das normas constitucionais proposta por José Afonso da Silva e como essa classificação acaba por tornar os direitos sociais reféns da boa vontade do Estado, na medida em que os mesmos são vistos apenas como princípios programáticos e, portanto, apenas com aplicabilidade revogadora.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A APLICABILIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

2.1 A teoria da aplicabilidade das normas constitucionais de José Afonso da Silva

José Afonso da Silva editou pela primeira vez em 1967 uma obra chamada “Aplicabilidade das Normas Constitucionais” na qual, influenciado pela teoria do italiano Vezio Crisaffuli, propunha-se a estudar a aplicabilidade das normas constitucionais, concebendo aplicabilidade, no seu sentido jurídico, como qualidade da norma que tem possibilidade de ser aplicada, que tem capacidade de produzir efeitos jurídicos, deixando bem claro que não se cogitava saber se ela produzia efetivamente esses efeitos (SILVA, 2001:12)³. Tal teoria veio então a substituir a teoria das normas constitucionais de Thomas M. Cooley que classificava as normas em “*self-executing*” (auto-aplicáveis ou auto-executáveis) e “*not self-executing*” (não auto-aplicáveis ou não auto-executáveis). Assim descreve o próprio José Afonso da Silva a referida teoria:

“15. Segundo a mencionada doutrina, normas constitucionais self-executing (ou self-enforcing, ou self-acting; auto-executáveis, auto aplicáveis, bastantes em si) são as desde logo aplicáveis, por que revestidas de plena eficácia jurídica, por regularem diretamente as matérias, situações ou comportamentos de que cogitam, enquanto normas constitucionais not self-executing ou not self-enforcing ou not self-acting; não auto executáveis, não auto aplicáveis, não bastantes em si) são as de aplicabilidade dependentes de leis ordinárias.” (SILVA, 2001, p.74)

Logo após José Afonso faz a crítica a tal teoria:

“A classificação pura e simples das normas constitucionais em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis não corresponde, com efeito à realidade das coisas e às exigências da ciência jurídica, nem às necessidades práticas de aplicação das constituições, pois sugere a existência, nestas, de normas ineficazes e destituídas de imperatividade, como bem demonstra o conceito de Cooley, quando fala em regras “sem estabelecer normas por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei”.” (SILVA, 2001:75)

E conclui a crítica:

“Cada norma constitucional é sempre executável por si mesma até onde possa, até onde seja suscetível de execução. O problema situa-se justamente, na determinação desse limite, na verificação de quais os efeitos parciais e possíveis de cada uma.” (SILVA, 2001:76)

O que José Afonso da Silva quis dizer é que o problema não é da aplicabilidade das normas em si, toda norma seria aplicável na sua concepção, o problema seria de eficácia, um problema de grau, de níveis de aplicação. Todas as normas constitucionais seriam dotadas de eficácia jurídica e imediatamente aplicáveis no limite dessa eficácia, e,

³ Para o autor a produção efetiva dos efeitos estaria na perspectiva sociológica, da sociologia jurídica e o seu tema se situava no campo da ciência jurídica.

portanto, dever-se-ia ter por superada a clássica teoria norte-americana que distinguia as normas constitucionais em auto-aplicáveis e não auto-aplicáveis (SILVA, 2001:261).

Consequentemente ele faz uma classificação triádica das normas em normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida, e, normas constitucionais de eficácia limitada:

“VII – As normas constitucionais de eficácia plena são as que receberam do constituinte normatividade suficiente a sua incidência imediata. Situam-se predominantemente entre os elementos orgânicos da constituição. Não necessitam de providência normativa ulterior para sua aplicação. Criam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo desde logo exigíveis.

IX – As normas constitucionais de eficácia contida também receberam do constituinte normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam. Mas prevêem meios normativos (leis, conceitos genéricos etc.) não destinados a desenvolver sua aplicabilidade, mas ao contrário, permitindo limitações à sua eficácia e aplicabilidade. Situam-se especialmente entre os elementos limitativos da constituição. Criam situações subjetivas de vantagem, caracterizados como direitos subjetivos positivos.

X – As normas de eficácia limitada, em geral, não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação, o qual deixou ao legislador ordinário a tarefa de completar a regulamentação da matéria nelas traçada em princípio ou esquema. As de princípio institutivo encontram-se principalmente na parte orgânica da constituição, enquanto as de princípio programático compõem os elementos sócio-ideológicos que caracterizam as cartas magnas contemporâneas. Todas elas possuem eficácia ab-rogativa da legislação precedente incompatível e criam situações subjetivas simples e de interesse legítimo, bem como direito subjetivo negativo. Todas, enfim, geram situações subjetivas de vínculo.” (SILVA, 2001:262)

O mencionado autor concebe as Constituições contemporâneas como documentos jurídicos de *compromisso* entre o liberalismo capitalista e o intervencionismo (SILVA, 2001:135) e que definem fins e programas de ação futura, no sentido de uma orientação social democrática. Assim, teríamos normas constitucionais que em vez de regular direta e imediatamente determinados interesses, traçariam princípios⁴ para serem cumpridos pelos órgãos estatais como programas das respectivas atividades, é nessa classificação que se enquadrariam os direitos sociais, por mencionarem lei integradora (SILVA, 2001:151), enquanto os direitos fundamentais democráticos e individuais seriam em regra de eficácia contida e aplicabilidade imediata. Pela classificação do autor, as normas programáticas (dentro dessas os direitos sociais) não produziram

⁴ O autor coloca a terminologia de princípio no sentido de “esquemas genéricos”, simples programas a serem desenvolvidos ulteriormente pelo legislador, na sua concepção de começo, início. SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.137

“situações subjetivas”⁵ em seu aspecto positivo, mas poderiam produzir em seu aspecto negativo, vez que possuem eficácia ab-rogativa.

Como se pretende expor no decorrer deste trabalho, também a classificação feita por José Afonso da Silva não é benéfica à força normativa das normas constitucionais, também ela enfraquece a normatividade das normas e em especial a dos direitos fundamentais sociais. A questão da concretização demanda por respostas interpretativas e não classificações semânticas e abstratas de “textos constitucionais”. A abordagem que se desenvolverá a seguir coloca o problema de se é possível delimitar ou até mesmo reduzir o grau de eficácia de uma “norma jurídica” a partir de seu “texto normativo”, tendo em vista as evoluções do Direito moderno e sua concepção principiológica.

2.2 A teoria dos princípios jurídicos e a crítica à teoria de José Afonso da Silva em relação aos direitos sociais

Vimos que José Afonso da Silva realiza uma classificação das normas constitucionais pelos possíveis graus de eficácia que essas normas teriam. Assim, existiriam no ordenamento normas de eficácia plena, com plenas condições de gerarem seus efeitos, normas de eficácia contida ou redutível com seus efeitos limitados posteriormente, e, normas constitucionais de eficácia limitada, que se dividiriam em princípios institutivos e programáticos.

A crítica exposta aqui passa pela resposta a três questões fundamentais:

Primeiro: seria possível, tendo em vista a Hermenêutica jurídica contemporânea, uma classificação válida da eficácia das normas constitucionais, a partir de seus textos normativos?

Essa classificação não é viável no atual paradigma, vez que, desde o paradigma do Estado Social, percebe-se um avanço na hermenêutica jurídica no sentido de que norma não é texto normativo, a norma é produto final, alcançado depois de processos de interpretações e compreensões. José Afonso da Silva parece esquecer-se da reviravolta hermenêutica-pragmática na filosofia, que a partir de Hans-Georg Gadamer vai mostrar a importância da história, da tradição e dos valores enraizados pelos homens para a descoberta da verdade (OMMATI, 2004:45), bem como da importância da linguagem.

As proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica, de maneira inequívoca, nem são simplesmente valorativas, em algum sentido dissociado da história jurídica. São interpretativas da história jurídica, que

⁵ Assim José Afonso da Silva conceitua situação jurídica subjetiva “como a posição que os indivíduos ou entidades ocupam nas relações jurídicas, e que lhes possibilita realizar certos interesses juridicamente protegidos ou os constringe a subordinar-se a eles.” E acrescenta que “a tutela é tanto mais intensa quanto mais completa for a eficácia da norma constitucional [...]” SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 170-171.

combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo porém diferente de ambas (DWORKIN,2000).

A hermenêutica no Estado Democrático de Direito não mais assume uma postura anti-interpretativa como assumida no Estado Liberal, nem uma interpretação limitada por molduras de possibilidades para o interprete autêntico como no Estado Social, pelo contrário, chega-se a conclusão que a linguagem é aberta e impossível de ser controlada por modelos rígidos.

Acontece que o autor acaba por fazer uma aproximação equivocada entre o texto normativo e a norma jurídica. Não existe norma no texto normativo, esta é construída a partir dele, não se pode ignorar o processo de interpretação e compreensão desse texto, caso isso aconteça, restaria por desconsiderar toda a Hermenêutica jurídica do Estado Democrático de Direito, retornando a um entendimento já ultrapassado, de impossibilidade de interpretação, como ocorreu no Estado Liberal.

Nos dizeres de Marcelo Cattoni:

“Devemos abandonar “teorias semânticas da interpretação” que pretendem fixar abstratamente e fora do contexto de aplicação a extensão do sentido dos textos normativos. Isso implica não somente abandonar uma teoria material do Direito, como também uma teoria estrutural das normas jurídicas que pretende fixar a interpretação adequada dos textos normativos à base de sua “literalidade” ou da sua “topografia textual”.” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2004:216)

A segunda questão a ser respondida é: tal classificação não desconsideraria o caráter aberto do Direito e sua concepção principiológica?

No paradigma atual o Direito não é mais apenas um conjunto de regras, mas de regras e princípios que concorrem entre si para a solução do caso concreto. A norma regula o caso e são as situações fáticas que determinarão qual é a norma adequada (OMMATI, 2004:90).

As contribuições de Ronald Dworkin mostram que a distinção entre princípios e regras é uma distinção lógica. Ambos são conjuntos de normas que apontam para decisões particulares sobre obrigações jurídicas numa particular circunstância. Mas se diferenciam no caráter da direção que apontam. As regras são aplicáveis na forma do tudo-ou-nada, ou seja, são disjuntivas, aplicam-se ou não se aplicam ao caso. Por sua vez, os princípios, embora muito se pareçam com as regras, não indicam uma consequência legal que automaticamente se segue quando as condições dadas se realizam (TAVARES, 2002). Enquanto as regras se excluem no conflito de aplicação os princípios se resolvem na dimensão do peso, não no entendimento de que esses princípios são valores ponderáveis, mas de que a escolha de um não exclui o outro. Não há ponderação de princípios, mas ponderação de raciocínios sobre as razões invocadas pelas partes no processo (OMMATI, 2008:257)

Nas palavras de Dworkin:

“A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica.

Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto a natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicadas à maneira do tudo- ou- nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou ela não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.” (DWORKIN, 2002:39)

Os princípios são entendidos aqui como normas dotadas de imperatividade, comandos deontológicos, e não valores passíveis de otimização, normas *prima facie*, pontos de partida que só podem ser aplicadas diante do caso concreto, que dependem da normatividade deste para serem aplicados (OMMATI, 2004:91). A perspectiva principiológica do Direito indica a necessidade de interpretar o texto normativo de acordo com o caso a ser solucionado, para assim construir a norma, e não classificar a eficácia apenas pelo seu texto como realizado por José Afonso.

A classificação em graus de eficácia é, não só incompatível com a estrutura principiológica, como também desconsidera o caráter de abertura do Direito. O Direito não regula sua situação de aplicação, em outras palavras, não é possível saber quanto de eficácia tem uma norma apenas com a análise do seu texto normativo. O Direito é aberto e indeterminado, e o que possibilitará a determinabilidade desse Direito será exatamente a situação específica de aplicação, o caso concreto (OMMATI, 2004:84).

A última das questões procura saber se esta classificação de José Afonso não enfraquece a normatividade dos direitos, especificamente dos direitos sociais.

Para responder, é preciso recordar a classificação de José Afonso da Silva sobre a eficácia dos direitos sociais em face dos individuais. Assim ele classifica os direitos:

“Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta.” (SILVA, 2001:165 grifos nossos).

Ora, a maioria dos direitos sociais tem necessidade de regulamentação pelo que o autor chama de lei integradora, sendo por tanto, a sua maioria, de acordo com essa classificação, normas programáticas, caracterizadas por ele como princípios gerais informadores do regime jurídico, que envolvem um conteúdo social e objetivam a interferência do Estado na ordem econômica - social, mediante prestações positivas a fim de realizar o bem comum (SILVA, 2001:125).

Se os direitos sociais são em sua concepção normas programáticas, estariam sem possibilidade de tutela subjetiva, sendo ainda caracterizados pelo autor como meras “orientações axiológicas” (SILVA, 2001:157).

Com base na breve constatação anterior, já podemos concluir que a classificação de José Afonso da Silva deve ser superada se quisermos levar a sério os direitos sociais estabelecidos na Constituição de 1988.

Os direitos sociais não são valores com mera eficácia ab-rogativa, programas a serem seguidos ou não pelo legislador, pelo contrário, são normas jurídicas com força deontologicamente predominante, que por uma estrutura principiológica demandam, para efeitos de sua aplicabilidade, das situações fáticas do caso num processo de compreensão e interpretação do texto jurídico que os descreve.

Assim, procuraremos, a seguir, superar essa visão ultrapassada que ainda impera no Direito Brasileiro, a partir da discussão sobre a justiciabilidade dos direitos sociais. Apresentarei a visão que se autodenomina de substancialista dos direitos sociais, que prega a possibilidade do Judiciário se substituir ao Executivo e Legislativo quando esses poderes deixam de atuar para promover a aplicação dos direitos sociais. Mostraremos que, se essa visão já representa um avanço em termos de aplicação dos direitos sociais, contudo acaba por sobrecarregar o próprio Poder Judiciário com demandas que ele não pode resolver em razão do princípio da separação de poderes. Dessa forma, a partir da perspectiva do Direito como Integridade, pretendemos reconstruir os direitos sociais, de modo a recuperar sua força normativa, levando a sério o sistema dos direitos.

3. OS DIREITOS SOCIAIS NO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1 Os Direitos Sociais podem ser implementados pelo Poder Judiciário? Considerações sobre mínimo existencial e reserva do possível

Vimos que é insuficiente a distinção entre os direitos sociais e os direitos individuais, baseando-se apenas no caráter prestacional desses direitos, mas não se pretende negar que os Direitos Sociais são, ao mesmo tempo, uma questão de políticas públicas, que necessitam de concretização legislativa para sua efetividade. A questão agora é saber se na omissão dos poderes Executivo e Legislativo (responsáveis pela concretização dos direitos sociais inicialmente), poderá o Poder Judiciário realizar essa função, e se não, qual seria sua real função.

O debate sobre as possibilidades de atuação judiciária vem sendo amplamente desenvolvido no Brasil, tanto doutrinariamente quanto jurisprudencialmente, com significativos argumentos que passam por ambas as opiniões. Tem-se por um lado, o argumento da violação ao princípio democrático da Separação de Poderes e do Estado de Direito, além da idéia da “reserva do possível” a impedir a implementação dos direitos sociais pelo Judiciário. Contrariamente, ou seja, defendendo a implementação dos direitos sociais pelo Judiciário, tese também conhecida como “ativismo judicial”, temos os argumentos do acesso à justiça como direito de todos e a tentativa de impedir

um “desgoverno”⁶ por parte do Executivo e do Legislativo, além da defesa de um “mínimo existencial” e da proibição do retrocesso social.

Os argumentos favoráveis e contrários à implementação dos direitos sociais pelo Poder Judiciário passam por inúmeras proposições e formulações teóricas. Várias teorias surgem com esse objetivo, mas nos atentaremos em analisar com maior inclinação duas principais, que serão inicialmente expostas aqui, para que, posteriormente, se possa demonstrar que apesar de constituírem um avanço na doutrina de direitos sociais, elas ainda não vêem estes direitos sob sua melhor luz.

A primeira é a formulação de um mínimo existencial que surge na Alemanha, e é difundida em outros países fundamentalmente como um mínimo de existência condigna exigível perante o Estado, sob pena de infração ao princípio da dignidade da pessoa humana. Essa “garantia de um mínimo social” – ou “standard mínimo” compreendido como “mínimo existencial” – destina-se a evitar a perda total da função do direito fundamental, de forma a que este não resulte “esvaziado” de conteúdo e, deste modo, desprovido de sentido. (QUEIROZ, 2006:93). Para essa formulação, os direitos fundamentais prestacionais que compõem o mínimo existencial (a educação fundamental, a saúde básica e as atividades de assistência social aos desamparados, por exemplo.) seriam plenamente sindicáveis em juízo (DERBLI, 2007:128). A dificuldade presente nessa teoria é a delimitação desse mínimo (QUEIROZ, 2006:94, DERBLI, 2007:90, AMARAL, 2001:213), descobrir quais os direitos integram seu conteúdo, até onde certos direitos seriam exigíveis, e (se houver) quais direitos seriam mais necessários. Gustavo Amaral, na crítica às posições de Robert Alexy e Ricardo Lobo Torres, apresenta essa dificuldade:

“Sob o enfoque desses autores, haveria o mínimo existencial exigível, e o que não está contido no mínimo existencial, que não seria diretamente exigível. Todavia, a determinação concreta do mínimo existencial seria fugidia e variável histórica e geograficamente. Haveria portanto, uma ampla zona de transição entre o mínimo existencial e o “não-mínimo”. [...] Como associar um resultado binário, exigível X não exigível a um gradualismo? O resultado desse confronto nos parece ser a abertura de um enorme campo para o subjetivismo, ou mesmo para o “achismo”.

Cabe ainda uma outra crítica, que é a unidimensionalidade do enfoque, que vislumbra apenas o grau de essencialidade. A exigibilidade não decorre apenas de características ônticas da necessidade, mas também da excepcionalidade da situação concreta. Um cataclismo, natural ou social,

⁶ Expressão utilizada pelo Ministro Carlos Ayres Britto. BRITO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte, Fórum, 2007, p.117 In: ROCHA, Heloisa Helena Nascimento; PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. *Poder judiciário e inclusão social: considerações acerca do papel do controle judicial das políticas públicas para a efetividade dos direitos sociais*. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes, DIAS Maria Tereza Fonseca (Org.). *Cidadania e Inclusão Social: Estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Souza Gustin*, Belo Horizonte: Fórum, 2008.

pode momentaneamente tornar inexigível algo que pouco antes o era. Nos parece que essa posição acaba por não evidenciar o conflito ínsito entre necessidades e possibilidades.” (AMARAL, 2001, p.213-214)

Por outro lado, as prestações que estejam além desse mínimo seriam condicionadas às políticas públicas e à reserva do possível. E aí surge a segunda teoria a ser analisada, o argumento da reserva do possível, que surge nessa terminologia no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, significando aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, determina que as prestações devam ater-se aos limites do razoável, e é aqui que entram os argumentos de ordem financeira.

Cristina Queiroz procura uma definição para esse argumento da seguinte maneira:

“Mas o que deverá entender-se por “reserva do possível”? Concretamente, a dependência desses direitos dos “recursos disponíveis”, querendo com isso acentuar a dependência dos direitos fundamentais sociais dos “recursos econômicos” existentes e, designadamente, relevar a necessidade da sua cobertura orçamental e financeira. No mínimo, uma qualificação que se traduz no reconhecimento de que a inexistência de recursos econômicos força os poderes públicos a fazer menos do que aquilo que em princípio se encontravam obrigados a fazer.” (QUEIROZ, 2006:99 .b)⁷

O Supremo Tribunal Federal afirmou que “a cláusula da ‘reserva do possível’ – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais”⁸ (SOUZA NETO, 2008:526). Mas, como já apontado, eles vêem a necessidade de delimitar, de início, quais seriam os direitos exigíveis, para assim, condicionar os menos exigíveis à reserva do possível. Porém, o grande desafio não é discutir se os direitos sociais são ou não exigíveis, mas estabelecer parâmetros adequados de concretização (SOUZA NETO, 2008:527).

Como se percebe, tanto a teoria do mínimo existencial quanto o argumento da reserva do possível já encontram assentamento na doutrina e jurisprudência brasileira. Ocorre que essas teorias são presas a uma visão axiológica do Direito e tem sido difundidas tão somente a partir de noções ligadas à ponderação de valores (SOUZA CRUZ, 2008:116), na medida em que vêem a possibilidade de delimitação desse mínimo exigível, e do que não seria exigível, a partir de uma ponderação de princípios, entendidos como valores passíveis de otimização.

Os adeptos dessas teorias concebem os direitos sociais como comandos principiológicos passíveis de otimização, que se realizariam na medida do possível, colocando a Constituição como uma ordem concreta de valores. São

⁷ QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos Fundamentais sociais: Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra, 2006.

⁸ ADPF 45 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 04.05.2004.

autores como Robert Alexy, Paulo Bonavides, Gilmar Ferreira Mendes e outros grandes nomes da doutrina.

Gilmar Ferreira Mendes, colocando o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade como um princípio de interpretação da Constituição, define:

“Utilizado, de ordinário, para aferir a legitimidade das restrições de direitos – muito embora possa aplicar-se, também para dizer do equilíbrio na concessão de poderes, privilégios ou benefícios – o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, em essência, consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das idéias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; procede e condiciona a positividade jurídica; inclusive a de nível constitucional; e, ainda, enquanto princípio geral do direito, serve de regra de interpretação para todo ordenamento jurídico.” (MENDES, 2008:120-121)

Esse princípio, como tentativa de um método racional para “aferir a legitimidade das restrições de direitos”, acaba por produzir um déficit de racionalidade no Direito, vez que, considerando as normas como valores passíveis de ponderação, abre um amplo espaço de decisionismo para o magistrado, responsável por selecionar quais seriam os mínimos valores exigíveis socialmente e quais estariam sob a condição da reserva do possível, por exemplo.

“Mas então trata-se realmente na ponderação de bens de um método, ou antes da confissão de que o juiz decide aqui sem qualquer apoio em princípios metodológicos, com base apenas em tais pautas que ele mesmo estabelece para si? Nesse caso, não seriam controláveis as resoluções encontradas com base numa ponderação de bens no caso concreto; ficaria aberto um portão no parecer subjectivo do juiz de cada vez que tivesse de decidir.” (LARENZ, 1997:576)

A solução vem do desenvolvimento de um senso de adequabilidade normativa, de uma interpretação racional e argumentativamente fundada em cada situação, e não da ponderabilidade material de comandos otimizáveis (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002:88). Os princípios não podem ser entendidos como valores, mas como normas, comandos deontológicos que não admitem ponderação, mas sim um trabalho de adequação do princípio correto para o caso (OMMATI, 2004:97).

Os princípios jurídicos vistos sob esta ótica axiológizante seriam aplicados na medida do possível, de forma otimizável, e assim não seriam aplicados, mas priorizados. Essa perspectiva reduz a normatividade do Direito desconsiderando seu código binário específico. Não se busca a priorização do que será considerado bom, ou melhor, para a sociedade, mas a aplicação das normas deontológicas que descrevem o que é ou não é devido para seus destinatários, que são também seus produtores.

“O Direito, ao contrário do que defende uma Jurisprudência de Valores, possui um código binário, e não um código gradual: que normas possam

refletir valores, no sentido de que a justificação jurídico normativa envolve questões não só acerca do que é justo para todos (morais) mas também sobre o que é bom, no todo e a longo prazo, para nós (éticas), não quer dizer que elas sejam ou devam ser tratadas como valores: [...]”(CATTONI DE OLIVEIRA, 2002:88).

O Direito enquanto um dos subsistemas sociais possui um código binário específico, que lhe fornece um fechamento operacional, conservando, contudo, uma abertura cognitiva. Niklas Luhmann é quem elaborou a teoria sociológica dos sistemas sociais, na qual fundamenta-se a segunda crítica à ponderação de valores como método de efetivação dos Direitos sociais. Para esse teórico alemão, na busca de diminuir complexidade, a sociedade passou a trabalhar de maneira funcionalmente diferenciada através de sub-sistemas sociais que possuem códigos binários específicos e que ao mesmo tempo sofrem influências do ambiente que estão inseridos. O Direito por tanto trabalha com o código Direito/Não Direito, busca o que é devido e o que não é devido, e não o que é melhor ou pior para a sociedade⁹.

Os valores sobre o bom ou o ruim são diferentes, na concepção de pessoas que são diferentes, uma vez que a sociedade é essencialmente pluralista, se assim o for, os magistrados seriam os responsáveis para selecionar quais são os melhores e piores valores para a sociedade, ou ainda, se os direitos forem assim concebidos, responsáveis para *escolher* os Direitos/valores exigíveis e não exigíveis, quais entrariam no mínimo existencial e quais se condicionariam à reserva do possível.

Decerto, há valores de igualdade e liberdade, representações axiológicas de dignidade por trás dos direitos fundamentais, mas a partir do momento que a Constituição positiva-os em seu texto eles passam a ser direitos vigentes, comandos deontológicos, e quem deseja rotulá-los como “valores”, paradoxalmente os desvaloriza (MÜLLER, 2007:46).

E enquanto um subsistema social, o Direito é limitado, não apresenta a solução de todos os problemas, não pode resolver tudo. Não é por que há uma omissão do legislativo e Executivo, órgãos inicialmente responsáveis para a concretização de direitos garantidos constitucionalmente, que o Judiciário tenha de ponderar valores e implementar esses direitos.

“Tratar direitos fundamentais como valores, como preferência do juiz que for aprecia-lo importa em um risco grande demais para a consciência de uma democracia legítima, eis que abala tanto o código binário do direito como põe em risco a equiprimordialidade da autonomia pública com a privada, eis que os direitos fundamentais, deixam de ser tidos como trunfos – no dizer de Dworkin -, e passam a ser relativizados por meio de juízos de valor dos diferentes órgãos estatais.

⁹ Robert Alexy traz essa distinção quando diferencia os comandos axiológicos e deontológicos, porém acaba por desconsiderar sua própria distinção, quando assume a ponderação de valores como método de interpretação do Direito. Sobre a análise ver: OMMATI, José Emilio Medauar. *Igualdade, liberdade de expressão e proibição da prática de racismo na constituição brasileira de 1988*. 2006. 149f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

Logo, a nosso sentir, a teoria da eficácia direta precisa ser depurada da noção de que ela só possa ser empregada por meio de uma teoria da argumentação de natureza axiológica. Direitos fundamentais ajudam a compor a essência de um sistema jurídico que pretenda legitimamente estabilizar as expectativas sociais de comportamento. Dessa forma, exigem respeito para sua natureza deontológica, de modo a evitar a desnaturação do Direito em Política.” (SOUZA CRUZ, 2008: 109)

Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política (DWORKIN, 2000:21).¹⁰ Direitos sociais envolvem mais que meros textos constitucionais, funcionam como um mecanismo de acoplamento estrutural entre o sistema do Direito, da Economia e da Política, porque são direitos garantidos constitucionalmente que envolvem recursos naturalmente escassos alocados por políticas públicas de Direitos sociais.

Ao depender de enormes gastos públicos, a realização dos direitos sociais depende de decisões que extrapolam o simples raciocínio jurídico-formal (SILVA, 2008:590). Extrapolar esse raciocínio não é extrapolar os limites deontológicos do Direito, não é confundir direitos com valores, mas sim, reconhecer que embora aberto cognitivamente, o Direito é funcionalmente fechado em um código específico e os direitos sociais necessitam, para uma melhor efetivação, do acoplamento estrutural entre o Direito, a Política e a Economia. Ambos os sistemas contribuem para a complexidade e continência do Direito, fato que a doutrina vem desconsiderando, e, como consequência, culmina no despreparo de nossos juízes, promotores e advogados para lidarem com a complicação/riqueza que a economia traz para o Direito: a escassez dos bens! (SOUZA CRUZ, 2008:121)

“Embora muitos autores façam um grande esforço para demonstrar “histórias de sucesso” na efetivação dos direitos sociais por meio do judiciário, parece-me que tais histórias são superestimadas, da mesma forma que o é o papel que o judiciário desempenha nessa área. Da mesma forma que a conquista de direitos civis e políticos foi uma conquista da sociedade civil, efetivada por meios políticos, a implementação de direitos sociais e econômicos não vai ser realizada de forma diversa” (SILVA, 2008:592)

Independente da posição argumentativa e da visão crítica adotada, não cabe ao Judiciário realizar políticas públicas de Direitos sociais, substituindo a sociedade civil na luta por estes direitos, uma política que não leve a sério a participação do interessado não inclui ninguém. Ao contrário, perpetua a condição de exclusão (SOUZA CRUZ, 2008:90).

É nesse sentido que se vislumbra a Teoria de Dworkin sobre o Direito como Integridade, no sentido de homens livres e iguais que se dão normas para regular suas vidas, “parceiros” de um empreendimento comum, a personificação de uma comunidade, cidadãos que aceitam ser governados por princípios comuns, onde a

¹⁰ Dworkin acrescenta que “(...) o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda.” IN: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

política é concebida como uma arena de debates acerca de quais princípios deverão ser adotados, e os direitos dos cidadãos dependem desses princípios, e não se esgotam nas decisões particulares tomadas por suas instituições (ROCHA, 2004:248).

Para Dworkin existem ideais que devem ser perseguidos, para uma estrutura jurídica imparcial, uma justa distribuição de recursos e oportunidades e um processo equitativo de fazer vigorar as regras e os regulamentos que os estabelecem, ele os chamam de virtudes da equidade, justiça e devido processo legal adjetivo (DWORKIN, 1999:199-200). Mas há para ele um quarto ideal, o ideal de integridade que se tornaria um ideal político, quando insistimos com que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos (DWORKIN, 1999:202).

O Direito é um projeto político para e por uma comunidade de homens livres e iguais, e sua finalidade se é que tem alguma, é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas (DWORKIN, 2000:239). Os juízes não devem praticar uma atividade criativa, e sim interpretativa/construtiva, num projeto coletivo, um “Romance em cadeia” na expressão de Dworkin, onde cada juiz é um romancista na cadeia, que ao decidir um novo caso deve-se considerar como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia (DWORKIN, 2000:238). Essa é uma atividade de aplicação e não de elaboração legislativa, discurso de aplicação e não de justificação nos dizeres de Klaus Günther. O dever de um juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor (DWORKIN, 2000:240).

O Direito como integridade é um raciocínio interpretativo e construtivo, e se não cabe ao juiz a elaboração legislativa se substituindo à sociedade civil, não se quer dizer que não lhe caiba nenhum papel na construção da efetividade dos direitos sociais. Além de se encontrarem institucionalmente bem situados para enriquecer o processo deliberativo e ajudá-lo a corrigir algumas de suas indevidas parcialidades, os juízes possuem diversas ferramentas que facilitam sua tarefa a respeito do tema. Os juízes têm boas probabilidades de favorecer o bom funcionamento do processo deliberativo democrático e, ao mesmo tempo, atuar de maneira respeitosa em relação à autoridade popular: eles possuem suficientes técnicas e meios procedimentais ao seu alcance para agir em conformidade com isso (GARGARELLA, 2008:218-217).

Não cabe ao Judiciário elaborar políticas públicas de direitos sociais, nem definir orçamentos; essa tarefa cabe aos seus afetados, à sociedade civil. No entanto, o Judiciário encontra-se numa posição responsável por fiscalizar essas políticas, garantir que o processo deliberativo democrático seja devidamente estruturado sobre os princípios constitucionais, e ainda, a depender do caso concreto, devolver a discussão para onde ela deve se desenvolver: a esfera pública de discussão.¹¹

¹¹ O Direito Brasileiro oferece mecanismos muitas vezes esvaziados pela doutrina e jurisprudência,

Esclarecido que o Direito é um projeto político deontologicamente construtivo e que a efetividade dos direitos sociais envolvem mais que padrões axiológicos determinados, passa-se à análise de dois casos referentes ao direito à saúde e à educação.

3.2 O Resgate dos Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito: Uma Análise a partir dos Direitos à Educação e à Saúde na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Anteriormente fixou-se a base argumentativa que se apresenta mais adequada para a efetividade dos direitos sociais no Estado Democrático de Direito. Agora será desenvolvida uma análise de dois casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, referente aos direitos de Saúde e Educação, ambos com assento no texto constitucional. Estes dois casos revelam o posicionamento, ou até mesmo a falta de posicionamento do Supremo Tribunal.

O primeiro é o AGRG. no Recurso Extraordinário, nº 271.286-8 do Rio Grande do Sul, Relator: Ministro Celso de Melo, que em síntese trata do recurso formulado pelo município de Porto Alegre sobre o fornecimento gratuito dos medicamentos, requerido pela paciente com o vírus HIV/AIDS, com base no Direito à vida e à saúde como “direito de todos e dever do Estado” (arts. 5º, caput e 196 da Constituição Federal).

A decisão agravada manteve o acórdão do Tribunal de Justiça local, que com base no art. 196 da Constituição Federal reconheceu incumbir ao Município de Porto Alegre solidariamente com o Estado do Rio Grande Sul a obrigação de ambos fornecerem, gratuitamente, medicamentos necessários para o tratamento da AIDS nos casos que envolvessem pacientes destituídos de recursos financeiros e que fossem portadores do vírus HIV. Em contrapartida, o Município argumentava que tal decisão violava o art.167, I, da CF/88 que veda “o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual” e ainda, que se tratava de iniciativa de competência do poder Executivo e sendo assim, a decisão afrontaria o princípio federativo da separação de poderes.

O Ministro-Relator Celso de Melo, reconhecendo a pretensão do recurso como inacolhível assim desenvolve seus argumentos:

“Tal como pude enfatizar, em decisão por mim proferida no exercício da presidência do Supremo Tribunal Federal, em contexto assemelhado ao da presente causa (Pet 1.246 – SC), entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art.5º, caput, e art.196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõe ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana, notadamente aqueles que tem acesso, por força da

prezas a axiologia do direito. Cito como exemplos o Controle de Constitucionalidade das leis e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

legislação local, ao programa de distribuição gratuita de medicamentos, instituído em favor de pessoas carentes.” (BRASIL,2000)

A partir dos argumentos do citado ministro, revela-se o método usado para que se chegasse à decisão: a ponderação de valores entre Direito à saúde e a higidez do orçamento. De fato a paciente tinha direito à gratuidade dos medicamentos, um direito conferido pelo texto constitucional em seu artigo 196 e pela lei 9.313 de 1996, mas não seria equivocado, e arriscado, o método utilizado para chegar à decisão?

Não se pode perder de vista a forma como que se chega a uma decisão mesmo sabendo que seria essa a decisão correta, sob pena e risco de se trazer para o Direito a perigosa regra de que “os fins justificam os meios”.

Se todo caso que envolvesse o direito à saúde se resolvesse por esta ponderação, o “valor” mais pesado seria sempre a saúde. Acontece que como já argumentado, por ser os recursos escassos, há escolhas trágicas e os juízes podem estar prejudicando outras políticas públicas na área da saúde usando a ponderação em casos isolados e assim ignorando o caráter das políticas públicas de direitos sociais. Ainda que não se queira discutir o que é mais importante combater, o certo é que os juízes, ao decidirem pelo financiamento individual do tratamento de algumas doenças, não tem em mente a dimensão global das políticas de saúde, como seria importante ter (SILVA, 2008:597).

Neste caso analisado não deveria ter sido levantado o argumento da previsão orçamentária ou do atentado ao princípio da separação dos poderes, muito menos como um dos lados da balança, vez que não há implementação de política pública pelo judiciário, mas a garantia de um **direito fundamental** constitucional e que desde 1996 já deveria estar previsto nos orçamentos municipais como determinado pela lei 9.313/96:

“Art. 1º Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.

§ 1º O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vistas a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde.

§ 2º A padronização de terapias deverá ser revista e republicada anualmente, ou sempre que se fizer necessário, para se adequar ao conhecimento científico atualizado e à disponibilidade de novos medicamentos no mercado.”(Lei nº. 9.313/96)

Portanto, por mais que neste caso não haja lugar para o argumento de previsão orçamentária, em outros e freqüentes casos, esse argumento poderá apresentar-se como racional, e aí a adoção da ponderação de valores e a regra de que os fins justificam os meios, acabará por frustrar expectativas, perdendo de vista a amplitude das políticas públicas e o caráter democrático destas.

O segundo caso, AG. REG. no Recurso Extraordinário 436.996-6 de São Paulo, Relator: Ministro Celso de Melo. Traz o recurso interposto pelo município de Santo André, contra a decisão que reconhecia o direito à educação assegurado pelo texto constitucional (Art. 208, IV) como “dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público”, notadamente ao município, responsável pelo atendimento de crianças de até seis anos de idade em creches e em pré-escolas.

O Município argumentou que não há como cobrar somente dele a manutenção do sistema de ensino, especificamente o atendimento em creches, alegando ser dever público do poder Federal, Estadual e Municipal, e que há carência de recursos que possibilitem o atendimento, considerando a enorme demanda de crianças carentes de creches e pré-escolas do município. Argumenta ainda que tal decisão importa em problemas estruturais na educação municipal, vez que há deferimento de inúmeras liminares obrigando a matrícula de crianças nas creches, o que traz problemas de segurança, qualidade e proteção dessas e de outras crianças, e, que tal decisão, se mantida configura indevida ingerência do poder judiciário no poder “discricionário” do Executivo.

O Supremo Tribunal decidiu afirmando que o Município não poderia demitir-se de um mandado constitucional (art. 211 § 2. CF/88) que “representa um fator de limitação da discricionariedade político administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (Cf. art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com o apoio em juízo de simples conveniência ou mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social”. Afirmou ainda que embora resida primariamente no poder legislativo a prerrogativa de realizar políticas públicas, “excepcionalmente” isso se revela possível ao poder judiciário, para não comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais.(BRASIL,2006)

Nesse caso, o problema não é do direito fundamental específico de uma criança. O Ministério Público ajuizara uma ação em nome de todos para garantir vagas em creches. O problema é de quanto dinheiro disponibilizar para o setor da educação do Município que alega não haver recurso. É um problema eminentemente político, tratam-se de políticas públicas, que como já mostrado devem ser uma questão de debate público por seus próprios destinatários. Aqui não se está buscando apenas a garantia de um direito fundamental, mas também a realização de políticas públicas, uma melhor dotação orçamentária.

O argumento do Município pode sim ser visto como um argumento racional. Não há dinheiro, há uma série de liminares, que inclusive comprometem a estrutura da educação municipal. É questão de política pública, da extensão de um direito, não de um direito específico. Não se sabe ao certo quantas crianças, nem quantas vagas seriam necessárias ser criadas. Claramente a argumentação é toda ela baseada em políticas públicas, em alocação de recursos públicos.

O Ministro-Relator Celso de Melo não percebeu a diferença entre um Judiciário que garante direitos e um Judiciário que formula políticas públicas,

dizendo que se o Legislativo e o Executivo não realizarem essa política o Judiciário poderá “excepcionalmente” realizá-las(BRASIL,2006). Mas, quando estaremos diante de uma medida excepcional? De novo encontramos um Judiciário paternalista, que decide em nome de uma sociedade plural e complexa o que é uma vida boa na suposta defesa das crianças em idade pré-escolar.

Essa medida “excepcional” pode trazer uma série de problemas já que perde de vista o fato de que os recursos são escassos e que por assim ser, haverá sempre escolhas trágicas. Se é uma questão de escolha, que seja feita pela própria sociedade civil destinatária, deixar na mão do Judiciário pode ser um ato que compromete a própria “eficácia e integridade de direitos sociais” que usaram como argumento. E ainda, compromete o próprio Judiciário que se assim se posiciona assim também se sobrecarrega.

Assim, cabe ao Judiciário direcionar a discussão para que políticas públicas sejam realizadas, para que as escolhas sejam tomadas da maneira menos trágica. É reconhecer que o Direito é um projeto político de uma comunidade interpretativa e plural, e que não há discricionariedade, nem político-administrativa, nem judiciária, já que vivemos todos vivemos sob o “Império do Direito” que nós próprios construímos.

4. CONCLUSÃO

A efetividade dos direitos sociais no Brasil passa antes de tudo por uma melhor forma de compreensão e interpretação destes pela “comunidade de intérpretes”. É necessário perceber que classificá-los como de segunda geração pode apresentar-se como um percalço para seu desenvolvimento, uma vez que não considera a redefinição paradigmática do surgimento dos direitos de geração posterior.

Diferenciar os direitos sociais e individuais baseando-se no caráter prestacional ou no custo desses direitos é insuficiente, mais insuficiente ainda é justificar a inefetividade com essas supostas diferenças. Não é possível criar modelos fixos. Os direitos são indeterminados e a distinção entre eles é apenas lógico-argumentativa, já que eles podem se apresentar como um direito individual num momento e como social em outro, o que determina é o caso concreto e suas circunstâncias.

A classificação em graus de eficácia com base apenas nos textos normativos não é ideal, pois desconsidera o caráter aberto e indeterminado do Direito, e sua condição interpretativa. Direitos sociais são princípios deontológicos que devem ser interpretados e contextualizados para a observância de sua eficácia. Ao contrário do que parte da Doutrina e Jurisprudência Nacional advogam (como pudemos observar nos dois casos estudados), direitos sociais não são normas programáticas axiológicas expostas a um juízo de ponderação por parte dos juristas, os projetos de “vida boa” são diferentes, e o que é mínimo para uma existência digna para um, pode não ser para outro. E quem pode definir o que é necessário e o que é razoavelmente possível se não seus próprios destinatários afetados?

Direitos sociais envolvem mais que um simples e formal raciocínio jurídico, são também uma questão de políticas públicas, dependem de recursos e estão sujeito à escassez destes, aludem escolhas trágicas e por isso são um mecanismo de acoplamento estrutural entre o sistema da Economia, da Política e do Direito.

Compreender o Direito como Integridade, é considerar que homens livres e iguais fazem normas para regular suas próprias vidas, e que os juízes enquanto autores de um “Romance em cadeia” se encontram institucionalmente bem situados, e possuem mecanismos¹² suficientes para levarem os direitos sociais a sério, tratando-os como direitos e não como valores, direcionando a discussão democrática, promovendo o debate público para a adoção de políticas públicas de direitos sociais por seus próprios afetados, e não selecionando valores e se substituindo à sociedade civil.

É nesse sentido, para lembrarmos de Ronald Dworkin, que o Poder Judiciário pode ser entendido como o fórum do princípio.

5. BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRG no RE 271.286/RS. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em www.stf.jus.br, novembro de 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRG no RE 410.715/SP. Relator Ministro Celso de Mello. Disponível em www.stf.jus.br, fevereiro de 2006.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Teoria discursiva da argumentação jurídica de aplicação e garantia processual jurisdicional dos direitos fundamentais. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coordenação). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004.

DERBLI, Felipe, *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

DWORKIN, Ronald, *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____, *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹² Como a já citada Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

_____, *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

GARGARELLA, Roberto. Democracia Deliberativa e o Papel dos Juízes diante dos direitos sociais. IN: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. e SARMENTO, Daniel. (Coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 1a. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 207-227.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 17 ago. 2008

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MÜLLER, Friedrich. Teoria e interpretação dos Direitos Humanos Nacionais e internacionais – Especialmente na Ótica da Teoria Estruturante do Direito. IN: CLÉVE, Clémerson Merlin, SARLET, Ingo Wolfgang e PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. (Coordenadores). *Direitos Humanos e Democracia*. Rio de Janeiro, Forense, 2007, p.45 a 52.

OMMATI, José Emilio Medauar. *A igualdade no paradigma do estado democrático de direito*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2004.

OMMATI, José Emilio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: O Direito como Integridade. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coordenação). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004. p. 151-165

OMMATI, José Emilio Medauar. *Igualdade, liberdade de expressão e proibição da prática de racismo na constituição brasileira de 1988*. 2006. 149f. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito

OMMATI, José Emilio Medauar. O Desafio posto pelos Direitos Sociais no Paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, v. 6, p. 469-484, 2005.

OMMATI, José Emilio Medauar. O positivismo jurídico na prática jurisprudencial brasileira: um estudo de caso a partir de uma decisão do Superior Tribunal de Justiça. IN: DIMOULIS, Dimitri. DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do Direito Neoconstitucional: Superação ou Reconstrução do Positivismo Jurídico?* São Paulo: Método, 2008. p. 247-265

QUEIROZ, Cristina, *Direitos Fundamentais Sociais: Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*, Coimbra, 2006.

QUEIROZ, Cristina M.M. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais*

sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial, Coimbra, 2006.

ROCHA, Heloisa Helena Nascimento. Elementos para uma compreensão constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. In: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (coordenação). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte, Mandamentos, 2004. p 227-256

ROCHA, Heloisa Helena Nascimento; PINTO, Luciana Moraes Raso Sardinha. Poder Judiciário e inclusão social: considerações acerca do papel do controle judicial das políticas públicas para a efetividade dos direitos sociais. IN: : PEREIRA Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Souza Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 171-185

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O judiciário e as políticas públicas: Entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. IN: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. e SARMENTO, Daniel. (Coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 1a. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.587-599

SILVEIRA, Jacqueline Passos da. Poder judiciário e instâncias participativas: reflexos sobre limites, riscos e potencialidades dessa relação para efetividade dos Direitos Sociais no Brasil. IN: PEREIRA Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Souza Gustin*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p 187-195.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. Um olhar Crítico – Deliberativo sobre os direitos sociais no Estado Democrático de Direito. IN: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. e SARMENTO, Daniel. (Coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 1a. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 87-135.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. IN: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. e SARMENTO, Daniel. (Coordenadores). *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*. 1a. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 515-551

TAVARES, Quintino L. C. Dworkin: princípios e diretrizes. *Jusfilosofia*, jul. 2002. Disponível em: <<http://br.geocities.com/jusfilosofia/dworkin1.htm>>





OS DIREITOS DA UNIÕES HOMOAFETIVAS NO E STJ E STF: UMA REFLEXÃO SOBRE OS LIMITES DO MONISMO MORAL DE AXEL HONNETH

*Maria Eugenia Bunchaft**

RESUMO

Um dos tópicos mais controversos do direito constitucional constitui o debate sobre os direitos das uniões homoafetivas. Como se sabe, a união homoafetiva não foi reconhecida expressamente no artigo 226 § 3º da CF, inexistindo norma específica.

O presente artigo pretende investigar os posicionamentos de Ministros do STJ e STF em relação ao tema das uniões homoafetivas, em conexão com as filosofias do reconhecimento de Axel Honneth e Nancy Fraser. Nesse sentido, os fundamentos filosóficos das teorias do reconhecimento podem ser um instrumental teórico fundamental para compreensão de determinadas formas de ativismo judicial que objetivam a proteção de minorias estigmatizadas cujas pretensões normativas são desconsideradas pelo processo político.

Palavras-Chave

STF. Ativismo Judicial. Minorias gays. Axel Honneth. Nancy Fraser.

ABSTRACT

The homosexual union rights are debated as one of the most controversial topics of Constitutional Law. It is known that the homosexual union was not explicitly recognized by the article 226 § 3º from FC, as there is no specific regulation for this subject.

This paper intends to investigate the STJ and STF ministers' positions in relation to homosexual union according to Axel Honneth and Nancy Fraser philosophies of recognition. In this sense, the philosophical basis from recognition theories may be a theoretical instrument to comprehend some forms of judicial activism which aims are to protect stigmatized minorities whose regulatory intentions are disregarded by the political process.

Keywords

STF Judicial Activism. Gays minorities. Axel Honneth. Nancy Fraser.

* Doutora e Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professora e Pesquisadora do Unifoa – Centro Universitário de Volta Redonda. Autora do livro, “O Patriotismo Constitucional na perspectiva de Jürgen Habermas – a Reconstrução da ideia de nação na filosofia política contemporânea”, Ed. Lumen Juris, 2010.

1. INTRODUÇÃO

Um dos tópicos mais controversos do direito constitucional constitui o debate sobre os direitos das uniões homoafetivas. Como se sabe, a união homoafetiva não foi reconhecida expressamente no artigo 226 § 3º da CF, inexistindo norma específica. Enquanto as uniões heterossexuais foram reconhecidas pela Constituição como sociedades de afeto, as uniões homossexuais, em decorrência da ausência de regulamentação legal, são consideradas por uma corrente doutrinária como sociedades de fato. A *affectio societatis*, ou afinidade dos indivíduos com o fim de reunir esforços visando ao lucro, como elemento inerente às sociedades empresariais, não se confunde com a *affectio maritalis*, inerente às uniões heteroafetivas e homoafetivas, concebidas como um sentimento de amor entre duas pessoas visando a uma comunhão de vida, de forma pública, contínua e duradoura. Os elementos caracterizadores de uma e outra não se confundem, razão por que a união homoafetiva não pode ser concebida como uma “sociedade de fato”, mas uma sociedade de afeto.

É importante sublinhar a existência de uma corrente doutrinária que considera as uniões homoafetivas como meras “sociedades de fato”. A resistência de uma parte da jurisprudência brasileira em equiparar as uniões homoafetivas como entidades familiares tem, todavia, como resultado a negação da distribuição das demandas às varas de família. O presente artigo pretende investigar a posição de Ministros do STF em relação ao tema das uniões homoafetivas, em conexão com as filosofias do reconhecimento de Axel Honneth e Nancy Fraser. Axel Honneth delineou uma filosofia política que associa uma teoria do desenvolvimento psíquico e a evolução moral da sociedade. O filósofo estabeleceu um diálogo com Fraser, teórica feminista, professora da Nova Escola para Pesquisa Social de Nova York. Indubitavelmente, o debate entre Honneth e Fraser, que resultou no livro *Redistribution or Recognition*, é fundamental para elucidar a temática das uniões homoafetivas e o posicionamento específico do STF. Outrossim, em um contexto marcado pelo surgimento de críticas no cenário jurídico brasileiro a uma excessiva amplitude dos poderes judiciais atribuídos à atuação do STF, tendo em vista a denominada “dificuldade contramajoritária”, podemos questionar: quais os fundamentos filosóficos que legitimam o ativismo judicial do STF na proteção de minorias sexuais? É possível conceber o potencial emancipatório das experiências de sofrimento, inerente a contextos de vulnerabilidade moral, como fundamento filosófico capaz de garantir a legitimidade da expansão da tutela jurisdicional voltada para proteção de minorias estigmatizadas? Nesse sentido, os fundamentos filosóficos das teorias do reconhecimento podem ser um instrumental teórico importante para compreensão de determinadas formas de ativismo judicial que objetivam a proteção de minorias estigmatizadas cujas pretensões normativas são desconsideradas pelo processo político. O item seguinte analisa o posicionamento dos Ministros do STF em relação ao tema das uniões homoafetivas.

2. OS DIREITOS DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS NO STJ E STF.

De início, é mister enfatizar que inexistente uma posição do STF sobre a possibilidade jurídica das uniões estáveis homoafetivas, uma vez que o órgão pleno não apreciou nenhuma Ação Direta de Inconstitucionalidade ou Ação Declaratória de Constitucionalidade. Três Ministros, entretanto, assumiram posicionamentos sobre o tema, destacando-se a decisão monocrática do Ministro Celso de Mello na ADIN nº 3.300/DF. Manifestaram-se também sobre o tema, os Ministros Dr. Eros Grau, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 406.837/SP, e Dr. Gilmar Mendes, no julgamento do RESP eleitoral nº 24.564, quando exercia a função de Ministro do TSE.

É de se mencionar que, em 2008, o Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, ajuizou a ADPF nº 132, pedindo o reconhecimento de direitos previdenciários para parceiros do mesmo sexo que vivem uma união homoafetiva. O Governador fluminense requer a aplicação do regime jurídico das uniões estáveis, previsto no art. 1.723 do Código Civil às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis de todo o país. No ensejo, em 2009, a Procuradora-Geral da República, Déborah Duprat, ajuizou a ADPF nº 178 no STF, visando equiparar as uniões entre pessoas do mesmo sexo às uniões estáveis, observando-se os pressupostos legais. Defende que “se deve extrair diretamente da Constituição de 88, notadamente dos princípios da dignidade humana (art. 1º, inciso III), da igualdade (art. 5º, caput), da vedação de discriminações odiosas (art. 3º, caput), da liberdade (art. 5º, caput) e da proteção à segurança jurídica, a obrigatoriedade do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.”¹ O Ministro do STF, Celso de Mello, declarou que a união gay será um dos primeiros casos a ser julgado em 2011.

Nessa trajetória jurídica, podemos destacar, como exemplo de uma perspectiva judicial que objetiva a proteção de grupos estigmatizados, a decisão monocrática do Min. Dr. Celso de Mello, relativa ao julgamento da ADI nº 3.300/DF. A ADI nº 3.300/DF foi interposta por associações de defesa dos direitos dos homossexuais, pretendendo impugnar o art. 1º da Lei 9278/96, especificamente em relação à expressão “o homem e a mulher”. O pedido foi de declaração de inconstitucionalidade parcial do dispositivo, por entender que o mesmo afrontava o princípio da igualdade, objetivando a declaração de existência da união estável homoafetiva. Não obstante, o Órgão Pleno do STF não apreciou o mérito da ação, porquanto o relator, Ministro Dr. Celso de Mello, em decisão monocrática, extinguiu o processo, sem resolução do mérito. Prevaleceu o entendimento no sentido da derrogação da Lei 9.278/96 (que regulamentou a União Estável) pelos artigos 1722 a 1727 do Código Civil de 2002.

De fato, apesar da extinção do processo por questões de natureza formal, o Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI nº 3.300/DF, terminou por adentrar no mérito da questão, sublinhando a existência de uma questão

¹ STF, ADPF nº 178.

constitucional de “alta relevância social e jurídico-constitucional”, relativa à qualificação normativa das uniões homoafetivas como entidades familiares. Em passagem elucidativa, o Ministro Dr. Celso de Mello sublinha que:

(...) Quanto à tese sustentada pelas entidades autoras de que o magistério da doutrina, apoiando-se em valiosa hermenêutica construtiva, utilizando-se da analogia e invocando princípios fundamentais (como os da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da intimidade, da não-discriminação e da busca da felicidade), tem revelado admirável percepção do alto significado de que se revestem tanto o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual, de um lado, quanto à proclamação da legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, de outro, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito e na esfera das relações sociais”. (...) ²

Em suma, enfatizou a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva, fundamentando-se no emprego da analogia e dos princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação, da igualdade, do pluralismo, da não-discriminação e da busca da felicidade. As decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relativamente às uniões homoafetivas, foram prestigiadas, onde se destacam julgados favoráveis à concessão de direitos a casais homoafetivos.

Nesse cenário, de acordo com o Dr. Luis Roberto Barroso, em parecer monográfico sobre o tema, “a Constituição teria reconhecido expressamente três tipos de família: a decorrente de casamento (artigo 226, §1º e 2º); a decorrente de união estável entre pessoas de sexos diferentes (artigo 226, §3º); e a família monoparental, ou seja, aquela formada por um dos dois pais e seus descendentes (artigo 226, §4º)”. ³ De acordo com o constitucionalista, todavia, o reconhecimento da união homoafetiva “seria imposto pelo conjunto da ordem jurídica e pela presença dos elementos essenciais que caracterizam as uniões estáveis e as entidades familiares.” ⁴

Em relação ao posicionamento dos Tribunais de Justiça de segundo grau, é importante assinalar a relevância jurídica da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por envolver julgados paradigmáticos na proteção do direito à orientação sexual, influenciando o posicionamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Nessa trajetória jurídico-constitucional, indiscutível o impacto simbólico da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do

² ADIN 3300-DF. Decisão Monocrática do Min. Dr. Celso de Mello, julgado em 03 de Fevereiro de 2006.

³ BARROSO, Luis Roberto. “Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil”. In: Revista Diálogo Jurídico. Salvador, n; 16, maio, junho, julho, agosto, 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>, p. 37.

⁴ *Ibidem*, p. 37.

Sul, que deu o primeiro passo para o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares. Em 1999, a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, invocando o princípio da não-discriminação por orientação sexual, fixou a competência da Vara de Família, argumentando que a restrição do artigo 226, §3º não impede o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. De acordo com a Desembargadora Dra. Maria Berenice Dias “a partir de tal posicionamento jurisprudencial, todas as ações envolvendo o relacionamento entre pessoas do mesmo sexo, ao menos no Rio Grande do Sul, migraram das varas cíveis para as varas de família.”⁵

Com efeito, inexistente regra constitucional determinando a aplicação do regime da união estável às uniões homoafetivas. Analisando o tema, Luis Roberto Barroso postula que “a referência a homem e mulher não traduz uma vedação da extensão do mesmo regime às uniões homoafetivas”.⁶ A regra do artigo 226, § 3º, relativa ao reconhecimento da união estável entre homem e mulher, representa “uma norma inclusiva, de inspiração antidiscriminatória, que não deve ser interpretada como norma excludente e discriminatória, voltada a impedir a aplicação do regime da união estável às relações homoafetivas.”⁷ Ora, se a Constituição e o Código Civil foram omissos no que se refere à união homoafetiva, isso não implica que os diplomas supracitados têm estabelecido uma vedação implícita.

Desse modo, segundo o constitucionalista, trata-se de uma norma de inclusão, criada com o objetivo de por fim à anterior discriminação às uniões extramatrimoniais, não devendo ser interpretada de forma discriminatória, em ofensa aos princípios constitucionais que a justificaram. É fundamental esclarecer que a equiparação legal à união estável assume relevância na concessão de direitos previdenciários e sucessórios, por exemplo. Em 2001, a 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul determinou a concessão da meação do patrimônio ao companheiro sobrevivente, reconhecendo, pela primeira vez, a união homoafetiva como entidade familiar. Vale a pena transcrever a ementa do julgado:

(...)União homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Meação. Paradigma. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o Judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes às que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, revelados sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como

⁵ DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual – o Preconceito & a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 134.

⁶ *Ibidem*, p. 34.

⁷ *Ibidem*, p. 40.

na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros. (...) ⁸

Em síntese, de acordo com Desembargadora Dra. Maria Berenice Dias, tratou-se de uma decisão paradigmática, que suscitou avanços relevantes na jurisprudência. Nas palavras da autora, “o Relator, ainda que não reconhecendo a existência de uma união estável, invocou, por analogia, a legislação que rege as uniões extramatrimoniais. ”⁹ Em suma, aplicou o regime da comunhão parcial de bens, tendo em vista o esforço comum para construção do patrimônio. A partir desse precedente, inúmeros julgados passaram a reconhecer a omissão da lei, equiparando a união entre pessoas do mesmo sexo como união estável homoafetiva. De qualquer forma, após a morte de um dos companheiros, geralmente é pretendida em juízo a partilha do patrimônio, e não os direitos sucessórios decorrentes do status de herdeiro.

Em face desta leitura, a tendência majoritária da jurisprudência nacional é a de rejeitar a pretensão a direitos sucessórios. A primeira decisão concedendo direitos sucessórios ao companheiro ocorreu na justiça do Rio Grande do Sul, reconhecendo que o elo afetivo determinaria a aplicação analógica com a legislação que rege a união estável, contrapondo-se à jurisprudência dominante que se restringe ao deferimento da partilha do acervo patrimonial adquirido pelo esforço comum. Um caso emblemático foi a disputa de direitos sucessórios entre companheiro sobrevivente e municipalidade. Esta pretendia a declaração de vacância do acervo patrimonial, tendo em vista a ausência de parentes sucessíveis. É oportuno transcrever o julgado:

(...)UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. DIREITO SUCESSÓRIO. ANALOGIA. Incontrovertida a convivência duradoura, pública e contínua entre parceiros do mesmo sexo, impositivo que seja reconhecida a existência de uma união estável, assegurando ao companheiro sobrevivente a totalidade do acervo hereditário, afastada a declaração de vacância da herança. A omissão do constituinte e do legislador em reconhecer efeitos jurídicos às uniões homoafetivas impõe que a Justiça colmate a lacuna legal fazendo uso da analogia. O elo afetivo que identifica as entidades familiares impõe seja feita analogia com a união estável, que se encontra devidamente regulamentada. (...) ¹⁰

Disso se infere, a nosso ver, que o caso assumiu uma dimensão jurídica singular, pois não houve acréscimo patrimonial durante o período de convivência, uma vez que todos os bens eram de propriedade do *de cuius*, adquiridos antes do início do relacionamento. Interpostos embargos infringentes e, tendo ocorrido empate, tornou-se necessária a convocação do 3º Vice-presidente para proferir o voto de Minerva, atribuindo ao companheiro a totalidade do acervo patrimonial do *de cuius*.

⁸ TJRS. 7ª C. Cível. AC 70001388982, rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 1/3/2000.

⁹ DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual – o Preconceito & a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 136.

¹⁰ TJRS. 4ª G.C. Cív. EI 70003967676 – Redatora para acórdão, Desa. Maria Berenice Dias, j. 9/5/2003.

Nessa linha de raciocínio, é imperioso investigar que o Ministro Dr. Eros Grau, em decisão monocrática relativa ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 406.837, manifestou-se sobre o tema das uniões homoafetivas. Neste caso, o recorrente, ao pretender a aplicação do regime jurídico da união estável, argumentou a existência de ofensa ao princípio da igualdade, uma vez que o tribunal compreendeu que tal regime só seria aplicável à relação homem e mulher. Tendo em vista a ausência do cumprimento do requisito do prequestionamento, o Ministro Eros Grau não conheceu o recurso. Não obstante, terminou por manifestar implicitamente seu posicionamento acerca do tema, no sentido de que o regime jurídico da união estável seria inaplicável às uniões homoafetivas. Confira-se o argumento do Ministro Dr. Eros Grau:

(...)Insubsistente, também, a pretensão de ver aplicada à hipótese destes autos – pagamento de pensão estatutária em virtude de união homossexual – o disposto no art 226 § 3º da Constituição Federal do Brasil. Este preceito, embora represente avanço na esfera do direito social, somente reconhece como entidade familiar, para efeito de proteção do Estado, a união estável entre o homem e a mulher, desde que entre esses não se verifique nenhum impedimento legal à conversão dessa união em casamento. (...)¹¹

Assim, com base no artigo 21 § 3º do Regimento Interno do STF, negou seguimento ao recurso, tendo em vista a ausência de prequestionamento explícito e, embora não tenha apreciado a questão relativa à violação ao princípio da isonomia, terminou por revelar, de forma implícita, o seu entendimento, no sentido de que o regime jurídico da união estável - previsto no art 226 § 3º - somente seria aplicável à união entre homem e mulher. Entendo que o Ministro não apresentou uma fundamentação lógico-racional capaz de afastar a aplicação analógica no caso concreto.

Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, também teve a oportunidade de expressar seu entendimento, no julgamento do RESP eleitoral nº 24.564. A controvérsia surgiu quando uma companheira homoafetiva de uma deputada de Viseu/PA teve o seu registro de candidatura impugnado pelo juiz eleitoral, sob alegação da existência de união estável, de forma que o juiz eleitoral se manifestou no sentido de violação ao artigo 14 §7º da Constituição Federal, que proíbe a perpetuação de grupos familiares no poder executivo, tendo em vista a vedação da candidatura dos cônjuges do Presidente da República, Governadores e Prefeitos. A questão fundamental, portanto, era saber se a união entre pessoas do mesmo sexo também seria contemplada pela regra da inelegibilidade, que é prevista no art. 14 §7º da Constituição.

Nessa perspectiva, o TRE deu provimento ao recurso interposto, considerando que a regra da inelegibilidade não atingiria as relações homoafetivas, não se enquadrando no conceito de união estável. Contra essa decisão, foi interposto o RESP eleitoral nº 24.564 para o TSE, que, por intermédio do Ministro relator Gilmar Mendes, reconheceu a inelegibilidade da candidata, uma vez que sua

¹¹ STF, RE 406.837/SP, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 23.02.2005.

companheira deveria ter se licenciado seis meses antes da data da eleição, aplicando analogicamente o art 14 §7º, de forma que não só o casamento, mas também a união homoafetiva determinam a aplicação da regra da inelegibilidade, evitando o contínuismo de oligarquias no poder. É oportuno transcrever a ementa:

(...)Registro de candidato. Candidata ao cargo de prefeito. Relação estável homossexual com a prefeita reeleita no município. Inelegibilidade. Art 14 § 7º, da Constituição Federal. Os sujeitos de uma relação estável homossexual, à semelhança do que ocorre com os de relação estável, de concubinato e de casamento, submetem-se à regra da inelegibilidade prevista no art. 14 §7º da Constituição Federal. Recurso a que se dá provimento. (...)¹²

Diante do exposto, depreende-se que o Ministro Gilmar Mendes não reconheceu expressamente o status jurídico familiar das uniões homoafetivas. Partindo, todavia, do pressuposto que a legislação eleitoral impõe obrigações jurídicas às uniões homoafetivas, no que se refere à ampliação da regra do artigo 14, §7º, torna-se implícito o reconhecimento do status jurídico-familiar destas uniões. No ensejo, o STF, através do Min. Marco Aurélio de Mello, deferiu liminar de abrangência nacional, determinando ao INSS que passasse a considerar o companheiro ou companheira homossexual como dependente preferencial (artigo 16, I da Lei nº 8.213/91; possibilitasse a inscrição do companheiro homossexual na condição de dependente; passasse a processar os pedidos de pensão por morte e de auxílio-reclusão realizados por companheiro do mesmo sexo, uma vez cumpridos os requisitos legais aplicados aos casais heterossexuais (artigos 74 a 80 da Lei nº 8213/91), fixando o prazo de dez dias para efetivação das medidas indispensáveis ao cumprimento do teor da decisão, sob pena de multa diária de 30 mil reais (artigo 461 do Código de Processo Civil).¹³

Em relação ao Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH3), este prevê ações programáticas que apoiem projetos de lei que disponham sobre a união civil de pessoas do mesmo sexo, de ações estatais voltadas para a garantia do direito de adoção por casais homoafetivos, o desenvolvimento de meios para garantir o uso do nome social de travestis e transexuais e o fomento à criação de redes de proteção do direitos humanos de lésbicas, gays, transexuais, bissexuais e travestis. Como se sabe, apesar das supressões e modificações no texto do decreto, foram mantidos a defesa união homossexual, a adoção de crianças por casais homoafetivos e a concessão de direitos trabalhistas a prostitutas. No entanto, de acordo com Luiz Mott, fundador do Grupo Gay da Bahia, a situação dos LGBTs agravou-se ao longo do governo de oito anos do presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Segundo Mott, o governo anterior foi marcado por muitas ações afirmativas e declarações por meio do Programa Brasil sem Homofobia, da criação do Conselho Nacional LGBT e da Conferência Nacional LGBT, mas poucos projetos de lei relevantes foram aprovados. Na sua percepção, em razão da pressão da bancada evangélica

¹² TSE. RESP Eleitoral 24.564. Relator Ministro Gilmar Mendes.

¹³ STF, PET n. 1984/RS. Voto do Min Relator, Dr. Marco Aurélio de Mello.

e da CNBB, “Lula, infelizmente, não teve coragem e ousadia para pressionar sua base aliada, fazendo com que essas leis fossem aprovadas.”

De fato, se o Poder Executivo federal promoveu a primeira conferência nacional sobre o tema, criou o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e deu início à implementação do Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de LGBT, o Legislativo não aprovou o projeto de lei nº 122/06, que pretende criminalizar a homofobia. O texto foi aprovado pela Câmara dos Deputados em 2006, mas, ao chegar no Senado, terminou por ser arquivado. É possível que a situação se modifique no governo atual. Recentemente, o Senado aprovou requerimento apresentado por Marta Suplicy para desarquivar o PLC 122. Não obstante todas as declarações, programas e ações afirmativas do governo anterior, os índices de violência contra homossexuais são altíssimos e têm crescido. Em verdade, o governo anterior é caracterizado pelo avanço institucional no reconhecimento de direitos de LGBT, mas, também, pelo crescimento dos índices de violência. De acordo com os dados da ONG Grupo Gay da Bahia, em 2010, ocorreram 232 assassinatos por intolerância quanto à orientação sexual.

Sob esse aspecto, acreditamos que o STF, por meio do seu plenário, possa funcionar como caixa de ressonância em relação às pretensões normativas de certos grupos estigmatizados, suprindo o *deficit* de representação destes nas instâncias deliberativas.¹⁴ Os posicionamentos dos Ministros Dr. Celso de Mello, Dr. Marco Aurélio de Mello e Dr. Gilmar Mendes já assumem especial relevância na construção de uma cultura constitucional capaz de superar quadros de “invisibilidade social” de grupos estigmatizados.

É de se mencionar que o Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também tem desempenhado um papel fundamental na proteção do direito à orientação sexual de grupos estigmatizados. Um caso emblemático decorreu do julgamento referente ao RESP nº 395.904/RS, no que se refere a direitos previdenciários. A problemática central do RESP nº 395.904/RS surgiu quando o autor ajuizou demanda em face do INSS, pleiteando o direito a benefício previdenciário, decorrente de pensão por morte, bem como o complemento da PREVI, tendo em vista o falecimento

¹⁴ Em relação a formas de judicialização voltadas para a proteção de minorias estigmatizadas na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, cf.: BUNCHART, Maria Eugenia. “Judicialização e minorias: uma reflexão sobre a Doutrina da *Equal Protection* na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana”. In: *Nomos-Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará*, vol. 30.2. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 2010; FISS, Owen. “Grupos y la Cláusula de la Igual Protección”. In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Derechos e Grupos Desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 140-141; ISSACHAROFF, Samuel and KARLAN, Pamela S. “Groups, Politics, and the Equal Protection Clause”. In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003; STURM, Susan. “Owen Fiss, Equality Theory, and Judicial Role”. In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003; SIEGEL, Reva. “Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown”. In: *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 5. Cambridge: Harvard University Publications, 2004; BALKIN, Jack and SIEGEL, Reva. “The American Civil Rights Tradition: Anticlassification or Antisubordination?”. In: *University of Miami Law Review*, vol. 58, n. 9. Florida: University of Miami School of Law Press, 2003-2004.

de seu companheiro. O INSS contestou a demanda, alegando que a parte autora não se enquadrava na qualidade de dependente do segurado, condição que era necessária ao recebimento do benefício pretendido. Como a sentença de 1º grau julgou improcedente o pedido, o Ministério Público Federal apelou da sentença sob o fundamento de que o texto consagrado no art. 226, §3º da Constituição Federal não excluiria a união estável entre pessoas do mesmo sexo, devendo ser observado o princípio constitucional da igualdade. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acertadamente deu provimento ao recurso, postulando que:

(...) 2- O vácuo normativo não pode ser considerado obstáculo intransponível para o reconhecimento de uma relação jurídica emergente de fato público e notório. 3-O princípio da igualdade consagrado na Constituição Federal de 1988, inscrito nos artigos 3º , IV e 5º , aboliu definitivamente qualquer forma de discriminação. 4- A evolução do direito deve acompanhar as transformações sociais, a partir de casos concretos que configurem novas realidades nas relações interpessoais (...)¹⁵

Inconformado, o INSS interpôs o RESP nº 395.904/RS, alegando contrariedade à lei federal nº 8.213/91, que consagra a União Estável apenas entre homem e mulher. O Ministro Hélio Barbosa, do Superior Tribunal de Justiça, posicionou-se no sentido de considerar improcedente a tese da impossibilidade de concessão de pensão por morte a companheiro homossexual, com base na ausência de regulamentação legal, uma vez que a questão versa sobre Direito Previdenciário, e não sobre Direito de Família. Em síntese, o princípio da igualdade não poderia estar desvinculado do princípio da justiça em seu sentido mais puro. A negativa de direitos fundamentais relativos ao recebimento de direitos previdenciários entre pessoas que estabeleceram uniões homoafetivas, implicaria o surgimento de um não-direito, situação que fere a isonomia constitucional.

Nesse quadro teórico, considerou que “o teor do art. 226, §3º da Constituição Federal conceituou união estável, sem contudo excluir a relação homoafetiva,¹⁶ inexistindo tal exclusão no Direito Previdenciário. A existência de uma lacuna legal, na sua percepção, deveria “ser preenchida mediante acesso a outras fontes do direito, no termos do art. 4º da LICC”¹⁷, cabendo ao Judiciário, por meio de uma metodologia principiológica, preencher as lacunas legais, de forma a adequá-las às necessidades sociais. Declarou ainda que, “alijar parte da sociedade - inserida nas relações homoafetivas - da tutela do Poder Judiciário, por falta de previsão legal expressa, constituirá ato discriminatório, inaceitável à luz do princípio inculcado no art. 5º, caput da Constituição Federal.”¹⁸ Nessa linha de raciocínio, observou terem sido preenchidos os requisitos da Lei 8.213/91, tendo sido comprovada a qualidade de segurado e a convivência afetiva e duradoura, negando provimento ao Recurso Especial interposto pelo INSS.

¹⁵ TRF 4ª Região. Ac. 349.785/RS – 6ª Turma. Rel Nylson Paim de Abreu, j. 21/11/2000.

¹⁶ STJ, RESP. n. 395.904/RS. Voto do Min. Dr. Hélio Barbosa, j. em 6/12/2005.

¹⁷ STJ, RESP. n. 395.904/RS. Voto do Min. Dr. Hélio Barbosa, j. em 6/12/2005.

¹⁸ STJ, RESP. n. 395.904/RS. Voto do Min. Dr. Hélio Barbosa, j. em 6/12/2005.

Em voto-vista, o Min. Paulo Medina inicialmente apontou que o recorrente teria alegado que o acórdão impugnado contrariava o conceito de companheiro previsto no art 16, § 3º da Lei nº 8.213/91, que remete ao dispositivo constitucional para delimitar o alcance da expressão companheiro, para fins de direito previdenciário. Na linha de raciocínio do Dr. Luis Roberto Barroso, apontou que toda interpretação é produto de uma época, de forma que o conceito de companheiro não representa “ um conceito jurídico hermético, que não se possa interpretar de maneira extensiva para melhor atender a uma realidade que não foge aos olhos.”¹⁹ Destacou que “a Lei nº 8213/91 adotou como conceito de entidade familiar o modelo da união estável entre homem e mulher, sem, entretanto, excluir expressamente a união homoafetiva.”²⁰

Uma vez que o segurado contribuiu toda a vida para a Previdência Social, tendo como seu dependente o companheiro do mesmo sexo, o princípio da igualdade determina o tratamento isonômico, uma vez que “onde o legislador não determinou uma exclusão expressa, não cabe ao intérprete fazê-lo, sob pena de descumprir preceito fundamental da Constituição, que é a igualdade entre homens e mulheres.”²¹ Concluiu que seria necessária a interpretação da Lei nº 8.213/91 à luz da Constituição, tendo em vista a lacuna legal e a possibilidade de interpretação extensiva, negando provimento ao recurso do INSS. Prosseguindo no julgamento, a turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, acompanhando o voto do Min. relator.

Por fim, salientamos haver a existência de um outro recurso especial que irá elucidar a posição dos ministros do STJ. Trata-se do julgamento do RESP nº 820.475, no qual a Quarta Turma, por maioria, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, vencidos os Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho Junior. O Min. Antonio de Pádua Ribeiro, relator do processo, em seu voto de procedência do recurso, assinalou que:

(...)Da análise dos dispositivos transcritos, não vislumbro em nenhum momento vedação ao reconhecimento da união estável de pessoas do mesmo sexo, mas, tão-somente o fato de que os dispositivos citados são aplicáveis a casais do sexo oposto, ou seja, não há norma específica no ordenamento jurídico regulando a relação afetiva entre casais do mesmo sexo. Nem por isso, todavia, o caso pode ficar sem solução jurídica, sendo aplicável à espécie o disposto nos arts. 4ª da LICC e 126 do CPC. Cabe ao juiz examinar o pedido e, se acolhê-lo, fixar nos limites do seu deferimento. (...)²²

Assim, tendo em vista o aspecto análogo da união homoafetiva em relação à união estável consagrada no artigo 226 § 3º da Constituição Federal, aplicou a analogia, reconhecendo a possibilidade jurídica da união estável homoafetiva.

¹⁹ STJ, RESP. n. 395.904/RS. Voto-vista do Min. Dr. Paulo Medina.

²⁰ STJ, RESP. n. 395.904/RS. Voto-vista do Min. Dr. Paulo Medina.

²¹ STJ, RESP. n. 395.904/RS. Voto-vista do Min. Dr. Paulo Medina.

²² STJ, RESP. n.º 820. 475/RJ. Voto do Min. Dr. Antônio de Pádua Ribeiro, julgado 21/08/2007.

Os Ministros Fernando Gonçalves e Aldir Passarinho não conheceram o recurso, compreendendo que há vedação constitucional, configurando-se hipótese de impossibilidade jurídica do pedido. O Ministro Luis Felipe Salomão acompanhou o Relator, admitindo o recurso e dando-lhe provimento para reconhecer a possibilidade jurídica do pedido. Considerou que o art. 1º da Lei 9.278/96 e artigos 1.723 e 1.724 do Código Civil apenas estabelecem a possibilidade jurídica da união estável entre homem e mulher, preenchidos os requisitos legais, mas não estabeleceu vedação expressa às uniões homoafetivas. Confira-se a argumentação do voto do Ministro Luis Felipe Salomão:

(...)Os dispositivos mencionados limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem restringir eventual união entre dois homens ou duas mulheres. O objetivo da lei é conferir aos companheiros os direitos e deveres trazidos pelo artigo 2º (lei 9.278/96), não existindo qualquer vedação expressa para que esses efeitos alcancem uniões entre pessoas do mesmo sexo. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu. (...)²³

No ensejo, no julgamento do RESP nº 633.713/RS, a Terceira Turma do STJ havia decidido pela admissibilidade do reconhecimento de sociedade de fato em relações homoafetivas. Recentemente, no julgamento do RESP nº 1.085.646/RS, a Terceira Turma deliberou remeter à Segunda Seção o julgamento da questão relativa ao reconhecimento da atribuição do status de sociedade de fato ou do status de união estável à união homoafetiva. A Ministra Nancy Andrichi votou pela possibilidade de reconhecimento da união estável homossexual, sendo seguida pelos Ministros João Otávio Noronha, Luis Felipe Salomão e Aldir Passarinho Junior. O julgamento foi suspenso com o pedido de vista do Ministro Raul Araújo Filho. Dois Ministros votaram contra o reconhecimento da união estável homossexual, mas ainda faltam os votos de dois Ministros. A controvérsia surgiu quando o companheiro, após o fim do relacionamento, pediu a partilha do patrimônio em comum adquirido durante união estável e a fixação de alimentos. O juiz da Vara de Família julgou procedente o pedido, determinando a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum e estabelecendo os alimentos de 1 mil reais. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afastou a obrigação de pagar alimentos, mas manteve a sentença quanto ao outro pedido. Os alimentos foram negados, tendo em vista a pouca idade do autor e sua aptidão para o trabalho, mas não foi indeferida a competência da vara de família. Para a relatora, as uniões homoafetivas pressupõem os mesmos princípios sociais e afetivos das relações heterossexuais:

(...)A ausência de previsão legal jamais pode servir de pretexto para decisões omissas, ou, ainda, calcadas em raciocínios precon-

²³ STJ, RESP nº 820.475/RJ. Voto do Min. Dr. Luis Felipe Salomão. Julgado em 2/09/2008.

ceituosos, evitando, assim, que seja negado o direito à felicidade da pessoa humana. (...)

A negação aos casais homossexuais dos efeitos inerentes ao reconhecimento da união estável impossibilita a realização de dois dos objetivos fundamentais de nossa ordem jurídica, que é a erradicação da marginalização e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação. (...)

Impedir, portanto, a tutela jurídica da família homoafetiva constituída com base nesses fundamentos, implicaria violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. O Ministro João Otávio Noronha acompanhou a relatora, destacando não haver vedação expressa às relações homossexuais, legitimando sua tutela jurídica. Noronha asseverou a relevância dos tribunais brasileiros na vanguarda internacional de temas de direito de família. Sublinha que a previsão constitucional do status familiar da união entre “um homem e uma mulher” é uma proteção adicional, não uma vedação a outras formas de vínculo afetivo. Não obstante, o Ministro Sidnei Beneti e o desembargador convocado Vasco Della Giustina divergiram da relatora, defendendo a impossibilidade de uma interpretação infraconstitucional violar dispositivo expresso na Constituição. Nessa percepção, aplicar-se-iam às uniões homoafetivas as regras da sociedade de fato.

Diante do exposto, depreende-se ser indiscutível a atuação efetiva do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, enquanto instâncias de representação de minorias. Mas, a principal problemática a ser enfrentada consiste no seguinte questionamento: o potencial emancipatório das experiências de sofrimento pode ser considerado como a base motivacional capaz de legitimar a expansão de formas de tutela judicial que objetivam resguardar direitos de minorias sexuais? Quais os fundamentos filosóficos que legitimam formas de judicialização voltadas para a proteção de direitos de minorias sexuais? Nesse particular, é necessário elucidar os fundamentos filosóficos das teorias do reconhecimento das teorias de Axel Honneth e Nancy Fraser.

3. ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O DEBATE HONNETH-FRASER E SUA RELAÇÃO COM O TEMA DAS UNIÕES HOMOAFETIVAS.

De início, é premente lecionar que a filosofia de Axel Honneth pressupõe a construção da identidade como expressão de lutas intersubjetivas por reconhecimento mútuo. A identidade humana, portanto, surge a partir da intersubjetividade. Por meio de relações intersubjetivas, os indivíduos estabelecem três formas de interação social. A primeira delas é a autoconfiança, que expressa-se nas relações de amor e amizade por meio das quais a unidade originalmente simbiótica entre mãe e filho irá romper-se, originando instâncias de autonomia apoiadas pela dedicação materna. A segunda forma de reconhecimento ocorre por meio da atribuição de direitos universais que permitem aos indivíduos alcançarem um sentido de autorrespeito. É por meio

de relações juridicamente institucionalizadas que os cidadãos constroem a sua autoimagem. Por fim, a terceira forma de reconhecimento constitui a dimensão da autoestima, por meio da qual os indivíduos são socialmente estimados por seus atributos singulares na esfera da divisão do trabalho de uma comunidade.²⁴ Honneth apresenta um conceito de luta por reconhecimento, a partir da dimensão ética da injustiça, fornecendo novas bases filosóficas para sua proposta de renovar a Teoria Crítica, compreendendo os padrões concretos de desrespeito, como a base motivacional capaz de inspirar a gramática dos conflitos sociais. Para Honneth, somente quando os indivíduos se propõem a rearticular as relações de interação social, é possível superar a tensão afetiva inerente ao potencial emancipatório das experiências de sofrimento. É oportuno resgatar uma passagem que elucida o pensamento do autor:

(...)Para chegar a uma autorrelação bem-sucedida, ele depende do reconhecimento intersubjetivo de suas capacidades e de suas realizações; se uma tal forma de assentimento social não ocorre em alguma etapa de seu desenvolvimento, abre-se na personalidade como que uma lacuna psíquica, na qual entram as reações emocionais negativas como a vergonha ou a ira. Daí a experiência do desrespeito estar sempre acompanhada de sentimentos afetivos que, em princípio, podem revelar ao indivíduo que determinadas formas de reconhecimento lhe são socialmente denegadas. (...) ²⁵

Nessa concepção filosófica, o autor propugna investigar os pressupostos necessários que ensejam situações de vulnerabilidade moral, porquanto as experiências de desrespeito e humilhação impedem as condições necessárias para uma autorrealização plena. Honneth apropria-se do pensamento de Dewey, segundo o qual os sentimentos são compreendidos como “a repercussão afetiva do sucesso ou insucesso de nossas intenções práticas.”²⁶ Assim, o filósofo alemão analisa que, em situações de vulnerabilidade moral, os sujeitos ofendidos, quando seus parceiros de interação não correspondem às suas expectativas normativas, terminam por expressar sentimentos de vexação, que “consistem num rebaixamento do sentimento de valor próprio”²⁷. Inobstante, o autor apresenta uma concepção teórica fundamental para atender aos desafios inerentes a situações de opressão na sociedade: o conceito de *invisibilidade social*. Nas palavras de Honneth, “sujeitos humanos são visíveis a outro sujeito, na medida em que este pode identificá-los, de acordo com as características do relacionamento, como pessoas claramente definidas por propriedades”²⁸, ou seja,

²⁴ A respeito, cf.: BUNCHRAFT, Maria Eugenia. “A Filosofia Política do Reconhecimento”. In: SARMENTO, Daniel. (org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 378-379; BUNCHRAFT, Maria Eugenia. “Entre Cooperação reflexiva e Democracia Procedimental”. In: *Sequência*, n. 59. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2009, p. 141-160.

²⁵ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento - A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 220.

²⁶ *Ibidem*, p. 221.

²⁷ *Ibidem*, p. 222.

²⁸ HONNETH, Axel. “Invisibility: on the Epistemology of Recognition”. *Aristotelian Society Supplementary*, 75, 2001, p. 2.

quando nossos parceiros de interação social reconhecem nossas singularidades e atributos. De acordo com Honneth, “ a história cultural oferece inúmeros exemplos nos quais o dominador expressa sua superioridade social ao não perceber aqueles que eles dominam.”²⁹ Um sujeito pode confirmar sua própria visibilidade somente forçando seu parceiro de interação social a reconhecer suas singularidades e propriedades que formam uma identidade.

Nessa trajetória teórica, Honneth estabeleceu um debate com Nancy Fraser sobre os fundamentos filosóficos das teorias do reconhecimento, sendo que tal diálogo foi expresso no livro *Redistribution or Recognition*. A divergência entre os autores surge, porque Fraser propõe articular distribuição material de recursos e reconhecimento cultural por meio de uma política econômica socialista capaz de combater as diferenças sociais, e uma perspectiva desconstrutivista, que implicaria não a políticas estreitas de autenticidade de grupo, mas um processo de desconstrução identitária. A autora procura romper com uma abordagem psicológica do reconhecimento, contrapondo-se à desvinculação entre as dimensões econômica e cultural e rompendo com uma perspectiva dicotômica que privilegia as questões distributivas ou se restringe às injustiças culturais. A divisão social entre homossexuais e heterossexuais, por exemplo, não se baseia apenas em critérios econômicos, pois os homossexuais ocupam diferentes posições sociais na divisão do trabalho e não constituem uma classe explorada. Nas palavras da autora, “a divisão é enraizada, diferentemente, na ordem de status da sociedade como padrões institucionalizados de valores culturais que constroem a heterossexualidade como natural e normativa e a homossexualidade como perversa e desprezada.”³⁰ Nessa perspectiva, tratam-se de padrões normativos institucionalizados nas diversas áreas do direito, relativas à família, intimidade e igualdade. É relevante trazer as palavras de Fraser:

(...)Eles estão também estabelecidos em muitas áreas da política governamental (incluindo imigração, naturalização e política de asilo) e padrões de práticas profissionais (incluindo medicina e psicoterapia). Padrões valorativos heteronormativos também penetram na cultura popular e na interação cotidiana. O resultado é construir gays e lésbicas como uma sexualidade desprezada, sujeitos a formas sexualmente específicas de subordinação de status. O último inclui vergonha e assalto, exclusão dos direitos e privilégios do casamento e parentesco, restrições nos direitos de expressão e associação, imagens estereotipadas danosas na mídia, assédio e depreciação na vida cotidiana e negação dos plenos direitos e de igual proteção da cidadania. (...)³¹

Nessa linha de raciocínio, gays e lésbicas sofrem uma série de injustiças econômicas como consequência da subordinação na ordem de status, tendo

²⁹ *Ibidem*, p. 1.

³⁰ FRASER, Nancy. “Justice Social in the Age of Identity Politics”. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? - A Political Philosophical Exchange*. Verso: London, 2003, p. 18.

³¹ *Ibidem*, p. 18.

em vista a institucionalização de normas heterossexistas que negam, por exemplo, uma ampla gama de benefícios sociais e familiares concedidos às relações heterossexuais. Indubitavelmente, para a autora, “superar a homofobia e o heterossexismo exige a mudança da ordem sexual de status, desinstitucionalizando padrões valorativos heteronormativos e substituindo-os por padrões que expressem igual respeito por gays e lésbicas.”³² Em se tratando de classes sociais nas quais os indivíduos são tradicionalmente explorados, entretanto, são necessários remédios redistributivos que visam a superar injustiças econômicas.

Com efeito, no caso das mulheres, a discriminação combina características de exploração econômica com elementos de discriminação sexual, de forma que a injustiça é bidimensional, situando-se tanto na esfera econômica como na esfera do reconhecimento. Tratam-se de formas de injustiça primárias e cooriginais, de forma que “nem uma política de redistribuição nem uma política de reconhecimento isoladamente são suficientes.”³³ As mulheres necessitam combater ambas as dimensões da injustiça. Antes de tudo, é mister considerar que a discriminação de gênero é uma categoria híbrida decorrente da injustiça econômica e da ordem de status na sociedade, porque o gênero estrutura a divisão fundamental entre trabalho produtivo remunerado ocupado por homens e trabalho doméstico não remunerado atribuído às mulheres.

Desse modo, seria necessário combater a injusta divisão de trabalho que discrimina economicamente as mulheres, assim como os padrões androcêntricos institucionalizados que privilegiam traços da masculinidade. Esses padrões “são relativamente independentes da economia política e não são meramente superestruturais. Eles, portanto, não podem ser superados apenas por redistribuição, mas exigem medidas adicionais independentes de reconhecimento.”³⁴ Da mesma forma, raça é uma divisão social bidimensional situada na estrutura econômica e na ordem de *status*, porquanto injustiças raciais incluem tanto distribuição como reconhecimento.

Indubitavelmente, o modelo de status de Fraser desvincula-se do modelo identitário delineado por Honneth, porquanto - ao focalizar a perspectiva psicológica do reconhecimento - as políticas identitárias perdem de vista as estruturas sociais institucionalizadas que impedem os indivíduos de interagirem plenamente na vida social. Tratam-se, portanto, de “leis matrimoniais que excluem parceiros do mesmo sexo como ilegítimos e perversos, políticas de bem-estar social que estigmatizam mães-solteiras como parasitas sexualmente irresponsáveis, e práticas policiais tais como os perfis raciais que associam pessoas racializadas à criminalidade.”³⁵ Nesse contexto, a estratégia de Fraser

³² *Ibidem*, p. 19.

³³ *Ibidem*, p. 19.

³⁴ *Ibidem*, p. 21

³⁵ FRASER, Nancy. “Justice Social in the Age of Identity Politics”. In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition? - A Political Philosophical Exchange*. Verso: London, 2003, p. 29-30.

direciona-se para a desinstitucionalização dos padrões de valores culturais que impedem a participação paritária do indivíduo, enquanto parceiro pleno da vida social. A questão fundamental, para a autora, não é focalizar o potencial emancipatório das experiências de sofrimento, como pretende Honneth, mas as efetivas implicações do não reconhecimento na esfera da interação social.

Diante do exposto, o modelo de status “permite a cada um justificar alegações por reconhecimento como moralmente vinculantes sob condições modernas de pluralismo valorativo.”³⁶ Para a autora, tentar justificar alegações de reconhecimento identitárias que se tornam vinculadas a concepções de autorrealização, implica uma perspectiva sectária. Nas palavras da teórica feminista, “o modelo de status é deontológico e não sectário”, porquanto “não apela para uma concepção de autorrealização ou bem. Diferentemente, apela para uma concepção de justiça que pode – e deve – ser aceita por aqueles com concepções divergentes de bem.”³⁷

Nesse ponto, o item seguinte irá revelar os limites teóricos do paradigma da autorrealização no direito constitucional.

4. A VULNERABILIDADE MORAL É CONSTITUCIONALMENTE COGNOSCÍVEL?

De início, com o intuito de demonstrar a incerteza da psicologia moral do sofrimento no direito constitucional, podemos exemplificar a controvérsia jurídica a respeito da adoção por casais homoafetivos. Trata-se de uma questão extremamente polêmica, tendo em vista a existência de argumentos jurídicos que se apoiam em uma perspectiva subjetiva segundo a qual a homossexualidade dos pais adotivos poderia ocasionar reflexos sobre o livre desenvolvimento da sexualidade do menor, podendo este vir a tornar-se homossexual. Em síntese, o desenvolvimento de uma criança em um lar homossexual poderia suscitar efeitos psicológicos negativos à sua criação, tendo em vista a ausência da figura paterna. Tais argumentos apoiam-se, entretanto, em uma perspectiva que concebe a heterossexualidade como única expressão “sadia” da orientação sexual, considerando a homossexualidade, por sua vez, como uma doença psicológica e anormal. A própria preocupação em relação à futura orientação sexual do menor já revela implicitamente uma concepção preconceituosa a respeito da homossexualidade.

Não obstante, tal entendimento revela-se como uma interpretação equivocada uma vez que a Classificação Internacional de Doenças 10 da OMS considera a homossexualidade como uma livre expressão da sexualidade humana, assim como a Resolução 1/1999 do Conselho Federal de Psicologia. Em face desta leitura, entendemos que a existência de um ambiente familiar no qual os valores do amor e da proteção estejam presentes na formação do menor, é o argumento fundamental capaz de legitimar o pedido de adoção, sendo irrelevante a alegação relativa à orientação sexual dos pais adotivos poder implicar danos psicológicos ao menor.

³⁶ *Ibidem*, p. 30.

³⁷ *Ibidem*, p. 31.

É mister salientar, ainda, a existência de um outro argumento - utilizado para legitimar a vedação da adoção por casais homoafetivos - que consiste no fato de o menor poder ser alvo de eventuais “brincadeiras” discriminatórias decorrentes do ambiente escolar. Nesse particular, o direito do casal homoafetivo à adoção deveria ser restringido em face do direito do menor de obter uma criação por casais heterossexuais, evitando situações de sofrimento decorrentes do preconceito. Ora, o simples fato da existência de eventuais discriminações no ambiente escolar não pode ser concebida como um argumento legítimo para vedar a adoção por casais homoafetivos.

Em vista disso, tal perspectiva implicaria acolher autocompreensões assimétricas de mundo e a dimensão psicológica como fundamentos legítimos para justificar a discriminação jurídica, em ofensa flagrante ao art. 3º, inciso IV da Constituição de 1988, que veda discriminações jurídicas baseadas no preconceito. Sob essa ótica, depreende-se que o preconceito não pode servir como parâmetro para limitar os direitos de casais homoafetivos, uma vez que é justamente tal postura estigmatizante que deve ser negada por meio da tutela do princípio da isonomia. Ademais, entendendo que a dimensão psicológica não pode ser utilizada como paradigma para restringir ou ampliar a atuação judicial na tutela dos direitos de casais homoafetivos, porquanto a concepção de reconhecimento não deve ser considerada como uma categoria da psicologia.

Outrossim, não estamos afirmando que a teoria de Honneth inviabilizaria necessariamente a adoção por casais homoafetivos. Não obstante, sua proposta de atribuir valor positivo às identidades pode suscitar uma certa incerteza quanto à aplicação do ideal da autorrealização. Pode surgir a seguinte problemática: como suscitar a autorrealização de casais homoafetivos sem ensejar a suposta vulnerabilidade moral e sofrimento da criança adotada, alvo de brincadeiras na escola? Tal exemplo relativo ao direito à adoção por casais homoafetivos revela claramente a dificuldade de legitimarmos uma postura judicial construtiva voltada para proteção de minorias estigmatizadas, com base em concepções filosóficas que concebem o não-reconhecimento em termos de depreciação de identidade. Como salientamos, o reconhecimento deve ser desvinculado de sua dimensão psicológica, razão por que optamos pelo modelo teórico de Nancy Fraser, de forma que a expansão da atuação judicial visando a resguardar, por exemplo, o direito à adoção por casais homoafetivos, deve estar direcionada à eliminação dos obstáculos institucionais que impedem a participação paritária de minorias sexuais, sempre que houver um *deficit* de representação das minorias no processo político.

Disso se infere, a nosso ver, que, se apostamos na dimensão psicológica do reconhecimento, como fundamento filosófico capaz de legitimar a expansão da atividade judicial voltada para resguardar a adoção por casais homossexuais, tornar-se-à possível alegar, em sentido oposto, que a adoção também poderá suscitar danos psicológicos ao menor, seja em relação ao desenvolvimento da homossexualidade, seja no que se refere à possibilidade de preconceito no ambiente escolar, tornando excessivamente subjetiva a atuação jurisdicional.

Portanto, danos psicológicos não devem ser considerados como substratos filosóficos legítimos para determinar sentidos e interpretações constitucionais.

É premente explicitar, portanto, que a apologia da psicologia moral do sofrimento não pode ser considerada como um paradigma filosófico capaz de renovar a Teoria Crítica, pois torna-se incapaz de solucionar contextos em que há uma falta de consciência da própria situação de infelicidade. Esta falta de consciência de um contexto de frustração, típica do “escravo feliz”, somente pode se superada por meio da concepção de “participação paritária”, delineada por Fraser. Diante do exposto, defendemos que certas formas de ativismo judicial que visam contemplar direitos de minorias, devem estar desvinculadas das experiências emotivas de sofrimento vivenciadas pelo sujeito, porquanto a expansão dos processos intersubjetivos por reconhecimento mútuo pode efetivar-se plenamente por meio da concepção de “participação paritária”, configurada por Fraser. A autora focaliza a relevância do estabelecimento de lutas no espaço público, permitindo o surgimento de padrões aprimorados e justos de interação social. Tais considerações foram explicitadas no seguinte trecho:

(...)O cerne normativo da minha concepção é a noção de paridade de participação. De acordo com essa norma, a justiça requer arranjos sociais que permitam a todos os membros da sociedade interagir uns com os outros como companheiros. Para a participação paritária ser possível, eu alego que, ao menos, duas condições devem ser satisfeitas. Primeiro, a distribuição de recursos materiais deve ser de tal forma que assegure aos participantes independência e voz.. A segunda condição requer que padrões institucionalizados de valores culturais expressem igual respeito para com todos os participantes e assegurem igual oportunidade para alcançar estima social. (...)³⁸

Em suma, a autora pretende contrapor-se a uma perspectiva afirmativa, adotando uma postura desconstrutiva que visa a combater padrões institucionalizados de valores culturais, por meio dos quais determinados grupos são impedidos de alcançarem pleno reconhecimento. O modelo de status de Fraser desvincula-se da perspectiva identitária que é delineada por Honneth, porquanto, ao enfatizar a dimensão psicológica do reconhecimento, as políticas identitárias negligenciam as estruturas sociais institucionalizadas que oprimem determinados indivíduos, de forma a impedir uma participação paritária, pois somente por meio do debate público que os indivíduos podem superar contextos de “invisibilidade social”, estabelecendo formas de interação social mais inclusivas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De fato, quando os mecanismos do processo político majoritário funcionam adequadamente, e os grupos minoritários são efetivamente incluídos,

³⁸ FRASER, Nancy. “Recognition without Ethics?” In: *Theory, Culture & Society*, vol 18, n. 2-3. Sage Publications: London, 2001, p. 29.

a necessidade de intervenção judicial minimiza-se; mas, quando as instâncias deliberativas não satisfazem às expectativas normativas destes grupos, a tendência é a expansão da atuação judicial, suprindo o *déficit* de representação política de minorias estigmatizadas. Assim, esperamos que o plenário do STF manifeste-se da forma juridicamente sensível à pretensão destes grupos. Indubitavelmente, a manifestação do STJ no julgamento dos RESP nº 395.904/RS e nº 820.475, assim como os posicionamentos do Ministros Marco Aurélio de Mello, Celso de Mello e Gilmar Mendes, já revelam a potencialidade do Judiciário em contribuir para desconstruir determinados padrões heterossexistas que impedem a “participação paritária” de grupos homossexuais. Ainda que se adote a perspectiva da intersubjetividade, compreendemos que a instância judicial pode combater quadros de “invisibilidade social”, desencadeando novas capacidades de autorreferência moral com a ampliação constante acerca da autocompreensão sobre nossos atributos singulares, desde que desvinculada de reações emotivas vinculadas à humilhação e ao desrespeito.

Diante dessa estrutura conceitual, como analisamos, Honneth postula uma concepção de autonomia que se delinea quando os indivíduos se veem reconhecidos em suas singularidades por seus parceiros de interação social, de forma que tal processo intersubjetivo possui um potencial moral que atravessa as relações sociais. Lecionamos que o conceito de “invisibilidade social” constitui um substrato teórico fundamental para combater contextos de subordinação, mas que tal concepção deveria estar desprovida de uma perspectiva que enfatiza o potencial emancipatório das experiências de sofrimento, sem retirar dos sujeitos a potencialidade de ampliação das condições intersubjetivas por reconhecimento mútuo.

Sob esse prisma, tal compreensão decorre da possibilidade fática de que, inexistindo tal experiência subjetiva de sofrimento, porquanto o indivíduo vivenciaria uma felicidade ilusória, não haveria como criticar injustiças sociais. De outro lado, como investiga Andreas Kalyvas, professor da *New School for Social Research*, “como estabelecer a distinção entre sentimentos morais e as expectativas normativas de um grupo reacionário cuja identidade é ameaçada pela democratização e liberalização das sociedades modernas pelos movimentos progressistas?”³⁹ Portanto, consideramos que a psicologia moral do sofrimento é insuscetível de legitimar expressões de ativismo judicial que objetivem a proteção de minorias.

Portanto, o reconhecimento deve ser concebido em uma perspectiva institucional, divorciado de uma abordagem psicológica que aposta nas experiências de humilhação e desrespeito. Honneth configura o reconhecimento sob a dimensão da autorrealização, focalizando a possibilidade de intenalização de imagens autodepreciatórias. Nesse contexto, a filosofia de Honneth, que aposta no potencial emancipatório das experiências de sofrimento como a base motivacional capaz de impulsionar as lutas sociais, não pode ser considerada

³⁹ KALYVAS, Andreas. “Critical Theory at the Crossroads: Comments on Axel Honneth’s Theory of Recognition”. In: *European Journal of Social Theory*, vol. 2, n. 1. London: Sage Publications, 1999, p. 103.

como paradigma teórico capaz de legitimar qualquer forma de tutela jurisdicional que vise contemplar a proteção de grupos minoritários.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALKIN, Jack and SIEGEL, Reva. "The American Civil Rights Tradition: Anti-classification or Antisubordination?". In: *University of Miami Law Review*, vol. 58, n. 9. Florida: University of Miami School of Law Press, 2003-2004.

BARROSO, Luis Roberto. "Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil". In: *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, n; 16, maio, junho, julho, agosto, 2007. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. "A Filosofia Política do Reconhecimento". In: SARMENTO, Daniel. (org.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. "Entre Cooperação reflexiva e Democracia Procedimental". In: *Sequência*, n. 59. Florianópolis: Fundação José Boiteux, 2009.

BUNCHAFT, Maria Eugenia. "Judicialização e minorias: uma reflexão sobre a Doutrina da *Equal Protection* na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana". In: *Nomos-Revista do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará*, vol. 30.2. Fortaleza: Edições Universidade Federal do Ceará, 2010.

DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual – o Preconceito & a Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FISS, Owen. "Grupos y la Cláusula de la Igual Protección". In: GARGARELLA, Roberto (org.). *Derechos e Grupos Desaventajados*. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 140-141.

FRASER, Nancy. *Unruly Practices: Power, Discourse and Gender in Contemporary Social Theory*. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989.

FRASER, Nancy. "Recognition without Ethics?" In: *Theory, Culture & Society*, vol 18, n. 2-3. London: Sage Publications, 2001.

FRASER, Nancy. "Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista". In: SOUZA, Jessé (org). *Democracia Hoje. Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: Editora UNB, 2001.

FRASER, Nancy. "Distorted Beyond all Recognition: A Rejoinder to Axel Honneth". In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition?-A Political Philosophical Exchange*. London: Verso, 2003.

FRASER, Nancy. "Justice Social in the Age of Identity Politics". In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition?-A Political Philosophical Exchange*. Verso: London, 2003.

KALYVAS, Andreas. "Critical Theory at the Crossroads: Comments on Axel Honneth's Theory of Recognition". In: *European Journal of Social Theory*, vol. 2,

n. 1. London: Sage Publications, 1999.

HONNETH, Axel. "Invisibility: on the Epistemology of Recognition". *Aristotelian Society Supplementary*, 75, 2001.

HONNETH, Axel. "Recognition or Redistribution? Changing Perspectives on the Moral Order of Society." In: *Theory, Culture & Society*, vol 18, n. 2-3. London: Sage Publications, 2001.

HONNETH, Axel. "Democracia como Cooperação Reflexiva. John Dewey e a Teoria Democrática hoje". In: SOUZA, Jessé (org.). *Democracia hoje- Novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UNB, 2001.

HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.

HONNETH, Axel. "Redistribution as Recognition: a Response to Nancy Fraser". In: FRASER, Nancy; HONNETH, Axel. *Redistribution or Recognition*. Londres/ New York: Verso, 2003.

HONNETH, Axel. "The Social Dynamics of Disrespect: On the Location of Critical theory Today". In: *Disrespect - The Normative Foundations of Critical Theory*. Cambridge: Polity Press, 2007.

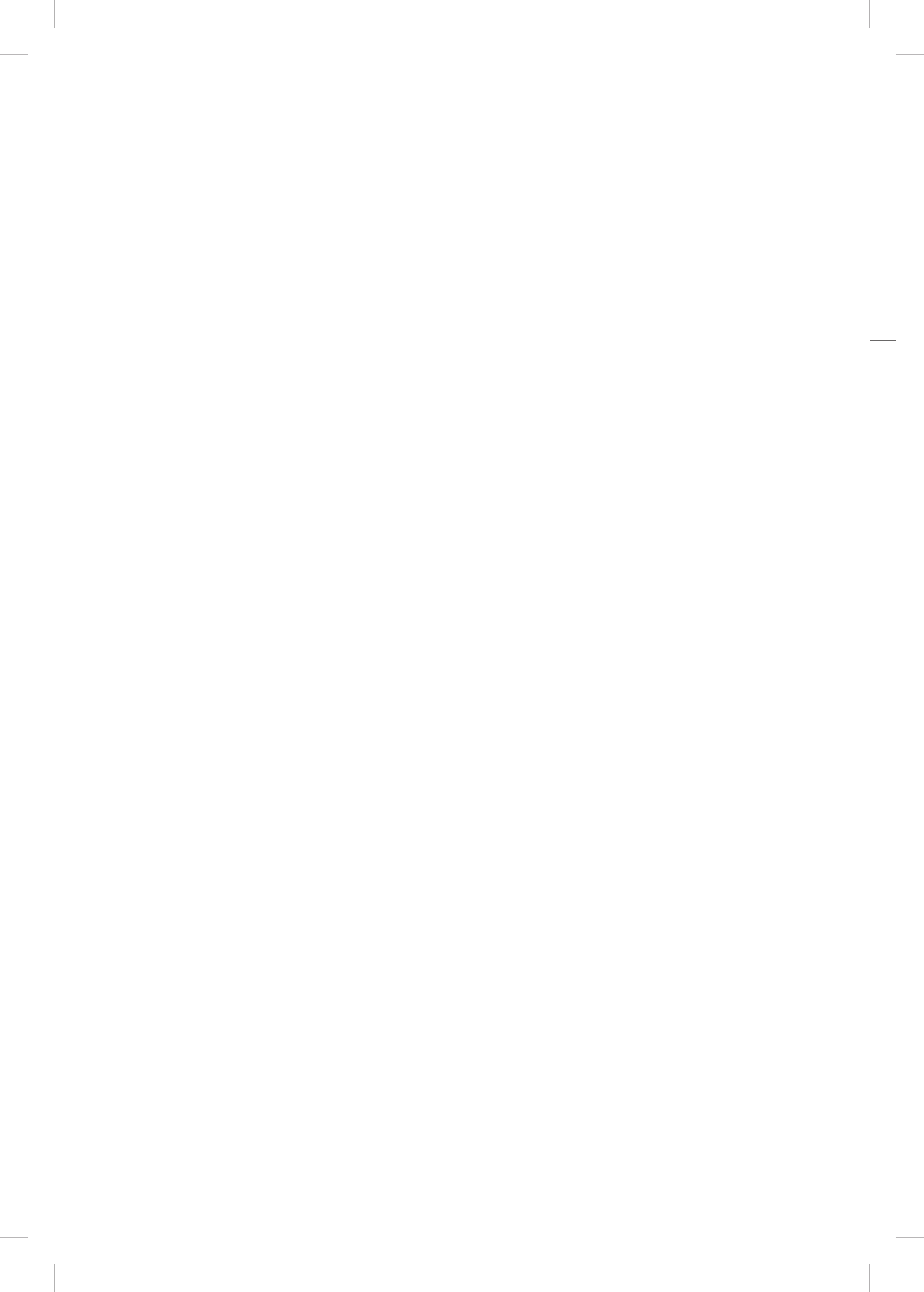
HONNETH, Axel. "Between Justice and Affection: The Family as a Field of Moral Disputes". In: *Disrespect- The Normative Foundations of Critical Theory*. Cambridge: Polity Press, 2007.

ISSACHAROFF, Samuel and KARLAN, Pamela S. "Groups, Politics, and the Equal Protection Clause". In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003.

SIEGEL, Reva. "Equality Talk: Antisubordination and Anticlassification Values in Constitutional Struggles over Brown". In: *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 5. Cambridge: Harvard University Publications, 2004.

STURM, Susan. "Owen Fiss, Equality Theory, and Judicial Role". In: *Issues in Legal Scholarship*. Berkeley: Berkeley Electronic Press, 2003.

DOUTRINA ESTRANGEIRA





SORTE MORAL, CARÁCTER E TRAGÉDIA PESSOAL*

*Fernando Araújo***

RESUMO

O presente trabalho discorre acerca dos critérios para se avaliar o conteúdo moral de uma ação: a avaliação da conduta deverá tomar por base somente aquilo que o agente podia prever e, com base nesta previsão, ser capaz de assumir a responsabilidade pelos resultados de sua conduta, ou deverá, também, considerar as consequências resultantes de fatores completamente alheios, mas que interferiram sensivelmente no resultado final da ação? O elemento sorte também deve ser levado em conta nos juízos puramente morais? Dado não ser possível expurgar o aleatório do campo das ações, seria possível, ou viável, eliminá-lo dos julgamentos morais? Na tentativa de responder a estes questionamentos, procede-se à distinção da sorte em três categorias: a sorte quanto aos resultados, que modifica o curso da ação e impacta diretamente sobre as consequências desta; a sorte situacional, em que um determinado contexto desencadeia fatores até então inoperantes que levam a um determinado resultado; a sorte constitutiva, que remete a fatores alheios que contribuíram para a formação da própria concepção moral do agente. Para além da pretensão de fornecer uma resposta à questão, a investigação quanto ao grau de interferência do aleatório sobre as ações humanas auxilia no dimensionamento da amplitude do domínio moral, até onde ele se estende, bem como propõe um redirecionamento dos julgamentos éticos, no sentido de considerar o caráter do agente como um todo, e não somente uma conduta específica.

Palavras-chave

Sorte moral . Caráter . Tragédia

ABSTRACT

The paper intends to discuss the criteria to judge the moral value of an action: should the conduct evaluation consider only those consequences which the person could predict and be responsible for, or should it also consider the random factors which severely interfered on the course of the action? Could luck also be taken in account on the pure moral judgment? Since it is not possible to eliminate it from human actions, would it be possible to do so within moral judgment? To answer those questions, it proceeds to distinguish luck in three categories: the luck related to the results of the action, which modifies it's normal consequences; circumstantial luck, in which a determined context unleashes hidden factors that lead to a certain result; constitutive luck, related to hidden factors that contributed to make up the moral conceptions itself. Far beyond the purpose of formulating a final answer to the subject, the investigation about the degree of interference of luck over human actions helps to establish the extent of morality and also a redirects the course of ethic judgments, in way to consider the agent's character instead of it's specific behavior.

* Artigo preparado para os *Estudos em Memória do Prof. J.L. Saldanha Sanches* (2011), obra de homenagem a um extraordinário Professor de Direito e a um ímpar combatente pela liberdade e pela integridade cívicas, desaparecido de forma prematura e trágica – e um Homem de quem tive o privilégio de ser colega e amigo.

** Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Keywords

Moral luck. Character. Tragedy

1. O PROBLEMA DA SORTE MORAL

Pode a Ética, tal como sempre a concebemos, resistir à constatação da existência de «sorte moral»?

O problema da sorte moral pode ser muito sucintamente definido do seguinte modo:

- a. por um lado, alimentamos a convicção de que só é justo louvarmos ou censurarmos alguém por acções que lhe sejam imputáveis – no sentido de que essas acções foram controláveis, e controladas, por esse agente moral;
- b. por outro lado, não resistimos a avaliar essas acções pelos seus impactos, bons ou maus – no mundo, em terceiros, no próprio agente –, mesmo quando esses impactos são claramente produto de circunstâncias que não foram controláveis, ou controladas, total ou sequer parcialmente, pelo agente moral.

Em abstracto, parece-nos que o estatuto moral de uma pessoa é algo que não deve ficar à mercê do acaso, talvez a única coisa que por definição deveria resistir sempre à contingência – porque, afinal, quando agimos é de coisa *nossa* que se trata, é assunto *nosso* o que fazemos ou deixamos de fazer¹; no entanto, não podemos deixar de reconhecer que há muito de fortuito nos elementos em que baseamos o reconhecimento e avaliação daquele estatuto moral.

Que estamos, pois, a fazer, quando louvamos ou censuramos *moralmente* um agente:

1. Estamos a fazê-lo com indiferença pelos estados do mundo que a sua opção determinará, desligando o valor da acção da sua dimensão pragmática?
2. Estamos a privilegiar a dimensão pragmática da opção do agente, ligando o valor da acção às próprias cadeias causais que extravasem da possibilidade de controle pelo agente?
3. Estamos a tentar uma conciliação de perspectivas?

2. A TENSÃO ENTRE PRINCÍPIOS E PRÁTICA

Afigura-se que estamos, pois, diante de um viés cognitivo², que nos faz

¹ Jacobs, J. (2002), 59.

² Em especial a distorção retrospectiva, o «*hindsight bias*», mas também vieses egoístas e optimistas, que combinadamente servem para descontar fortemente a probabilidade de insucesso da nossa «agência»; aquilo que tem também sido designado por «*epistemically corrupted evaluation*» (ECE): Domsy, Darren (2004), “There is no Door: Finally Solving the Problem of Moral Luck”, *Journal of Philosophy*, 101/9, 445-464; Enoch, David & Ehud Guttel (2010), “Cognitive Biases and Moral Luck”, *Journal of Moral Philosophy*, 7, 372-386; Hankins, Keith (2009), “In Defense of Moral Luck”

atribuirmos valor (ou desvalor) moral a acções, não obstante detectarmos nelas uma ausência da plena voluntariedade que desejaríamos associar às acções genuinamente *morais*, reclamando delas que ao menos sejam desprovidas de coerção e que sejam acompanhadas de uma consciência de meios e de fins. Mas pode não se tratar de um mero viés cognitivo que pudéssemos expurgar, resolvendo com isso o problema: a «sorte moral» parece ter um grau de plausibilidade, de aceitabilidade na ordem dos nossos juízos morais, a ponto de gerar a tensão entre a prática dos nossos juízos morais correntes e o fundamento lógico que procuramos atribuir-lhes.

Por outras palavras, a «sorte moral» é o reconhecimento da tensão que sempre perdura na nossa condição humana, a tensão entre a nossa vontade de comandarmos e transformarmos o mundo e a resistência que o mundo oferece, vulnerabilizando-nos³.

O problema complica-se, portanto, se levarmos em conta que a «sorte», no sentido amplo de «prevalência de factores não-controláveis»⁴, é omnipresente nos assuntos humanos:

- não só na forma como as consequências dos nossos actos escapam às nossas intenções e previsões,

- mas também na forma como as oportunidades se apresentem de agirmos ou deixarmos de agir,

- ou até na forma como a nossa própria biografia propiciou a sedimentação do nosso carácter moral.

3. TRÊS EXEMPLOS

Alguns exemplos ajudarão a perceber os contornos da questão:

1. Três cúmplices decidem alvejar rivais – o primeiro faz uma tentativa impossível (com uma pistola de alarme), o segundo é frustrado na sua tentativa (a vítima desvia-se no último instante) e só o terceiro alcança os seus fins, consumando um homicídio. Deveremos nós considerá-los aos três como *igualmente culpados* (moralmente culpados) atendendo unicamente à sua intenção, ou à sua conduta enquanto permaneceu

(paper), 11ss.; Harman, Gilbert (1999), "Moral Philosophy Meets Social Psychology: Virtue Ethics and the Fundamental Attribution Error", *Proceedings of the Aristotelian Society*, 99/3, 315-331; Rosell, Sergi (2007), "Is the Case Against Moral Luck Successful?", in Penco, C., M. Vignolo, V. Ottonelli & C. Amoretti (orgs.) (2007), 35 (33-44); Royzman, Edward & Rahul Kumar (2004), "Is Consequential Luck Morally Inconsequential? Empirical Psychology and the Reassessment of Moral Luck", *Ratio*, 17, 329-344.

³ Athanassoulis, N. (2005), 167-168; Slote, Michael (1994), "The Problem of Moral Luck", *Philosophical Topics*, 22, 1/2, 397-409.

⁴ Enoch, David (2008), "Luck between Morality, Law, and Justice", *Theoretical Inquiries in Law*, 9, 25ss. (23-59).

plenamente controlada, ou deveremos permitir que a *sorte moral* interfira radicalmente na discriminação de juízos de censura entre os três cúmplices – por exemplo em função da existência de dano ou de vítima, como o faz o Direito –, ou será ainda lícito tentarmos uma «*via média*»?

2. Três irmãos nascem em 1950, 1955 e 1960. O mais velho faz o serviço militar em teatro de guerra, distingue-se em combate, é condecorado e considerado um herói nacional; o do meio prolonga os estudos e acaba por não fazer serviço militar, mas distingue-se na militância cívica contra um regime ditatorial, firmando aí uma reputação política que lhe faz receber também uma condecoração. Ambos os irmãos são categóricos a afirmar que é o mais novo aquele que tem mais coragem física e moral, aquele que tem mais louvável carácter – sucedendo apenas que chegou à idade adulta sem a oportunidade de demonstrá-lo, seja num teatro de guerra, seja no combate cívico. Será o irmão mais novo mais merecedor de condecorações do que os outros? Ou deveríamos (moralmente) condecorar os três irmãos pelos feitos de apenas dois deles?
3. Numa disputa partidária, uns preferem o candidato que invoca as suas origens operárias, a sua infância humilde; outros identificam-se com as virtudes burguesas daquele que evoca as suas raízes na classe média; outros rendem-se à ilusão das virtudes patricias do candidato nascido em berço de ouro. Um observador céptico faz notar que nada daquilo que os candidatos invocam é *mérito* deles, porque nada nas circunstâncias do nascimento e da infância de qualquer dos candidatos era controlável, ou foi controlado, por qualquer dos candidatos. Outro observador, mais empenhado em conciliar-se com os sentimentos expressos pela base eleitoral, refere que o *mérito* que está a ser apreciado é aquele com que cada candidato transcendeu as suas circunstâncias iniciais. Mas, mesmo neste segundo caso, têm todos eles o mesmo *mérito*, já que manifestamente as circunstâncias não eram as mesmas, e que a superação desses «*handicaps*», ainda que fosse perfeitamente niveladora, exigiu graus díspares de controle?

4. SORTE E A CONDIÇÃO DE CONTROLE

Os três exemplos ilustram o quanto as nossas intuições de mérito e demérito⁵, associadas que estão a resultados e a «estados do mundo», se afastam do princípio de que a moral assenta – ou deveria assentar, primordialmente ou até exclusivamente – numa avaliação da pura intenção ou vontade do agente, das condições da acção controláveis ou controladas por ele (designarmos por «*sorte*» a «ausência de controle» pode ser enganador, porque há decerto muita coisa fora do nosso controle que não é casual nem nos surpreende – exemplifiquemo-lo

⁵ Na verdade, muito mais do que simples intuições – porque correspondem a posições filosóficas amadurecidas e muito sofisticadas, como veremos. Cfr. Tiboris, Michael (2006), “Denying the Control Principle” (paper), 4.

com a sucessão de dia e noite ou com a cadência das marés).

Explicitemos, de passagem, que a «condição de controle», a exigência de confinamento da moralidade à acção perfeitamente dominada pelo agente, tem como seu mais imediato corolário a noção de que não deve haver qualquer discriminação ética entre agentes cuja conduta não se distingue senão através de elementos incontrolados por eles.

A ser assim, restará sabermos dar resposta a inquietações tão elementares como esta: pode ou não haver «sorte» no «grau de controle» de que dispomos?⁶ Pode haver graus de deficiência e proficiência na consciência ética tal como existem noutros aspectos da vida, e também resultantes de efeitos do acaso?⁷ Poderá haver «sorte no acatamento» («*compliance luck*»), ou seja, uma implicação moral no próprio modo como os nossos esforços logram, ou deixam de lograr, uma capacidade para correspondermos à norma de conduta relevante (a «diligência» ou «culpa em abstracto» a que se refere o Direito)?⁸

5. TRÊS TIPOS DE SORTE MORAL

1. O primeiro exemplo que demos acima é o da «sorte nos resultados», ou «sorte consequencial»⁹: uma vontade, boa ou má, vê os resultados da acção desviarem-se do intento ou previsão inicial – cabendo perguntar o que é que releva moralmente, se a «vontade incondicionada» como «puramente condicionante», se o fruto pragmático de uma conjugação de factores, alguns deles incontroláveis ou incontrolados pelo agente. A «sorte nos resultados» terá tanto maior margem de manifestação quanto mais os nossos juízos morais se centrarem no puro plano dos efeitos últimos da acção. No exemplo mais famoso, é a distância que se estabelece entre o condutor negligente que tem a sorte de não atropelar ninguém e o condutor igualmente negligente que tem o azar de atropelar alguém (este segundo porque, por razões incontroláveis, a vítima surge à frente do veículo)¹⁰, como poderia ser a distinção entre a sorte e o azar de dois empresários igualmente diligentes

⁶ Coffman, E.J. (2007), "Thinking about Luck", *Synthese*, 158, 385-398; Coffman, E.J. (2009), "Does Luck Exclude Control?", *Australasian Journal of Philosophy*, 87, 499-504; Concepcion, David W. (2002), "Moral Luck, Control, and the Bases of Desert", *Journal of Value Inquiry*, 36, 455-461.

⁷ Boswell, Paul (2007), "Kant's Lackluster Jewel: Control and the Persistence of Moral Luck", *Aporia*, 17, 9, 23 (9-24).

⁸ Goldberg, John C.P. & Benjamin C. Zipursky (2007), "Tort Law and Moral Luck", *Cornell Law Review*, 92, 1143-1144 (1123-1176).

⁹ Mendus, Susan (1988), "The Serpent and the Dove", *Philosophy*, 63, 334.

¹⁰ Ben-Shahar, Omri & Alon Harel (1996), "The Economics of the Law of Criminal Attempts: A Victim-Centered Perspective", *University of Pennsylvania Law Review*, 145, 299-351; Gardner, John (2004), "The Wrongdoing that Gets Results", *Philosophical Perspectives*, 18, 53-88; Husak, Douglas N. (1994), "Is Drunk Driving a Serious Offense?", *Philosophy and Public Affairs*, 23, 52-73; Webber, Jonathan (2003), "A Naive Psychologist Examines Bad Luck and the Concept of Responsibility", *Monist*, 86/2, 164-180.

- (ou negligentes)¹¹, ou de dois médicos¹².
2. O segundo exemplo é o da «sorte circunstancial», ou «sorte situacional»¹³: propensões para agir, qualidades e defeitos morais, precisam do terreno fértil da ocasião, da oportunidade, para se manifestarem – e não apenas ao olhar de terceiros, mas até à avaliação do próprio agente, que é capaz de ver-se limitado na auto-consciência das suas íntimas virtudes e vícios apenas por falta da ocasião, ficando sem saber «do que é capaz» (o Direito é por vezes chamado a exorcizar, com penas espectaculares, o sinistro pressentimento daquilo a que poderíamos chegar num contexto de «banalização do mal»¹⁴; no exemplo mais famoso, é a distância que media entre o alemão emigrado para a Argentina nos anos 20 e o alemão que, tendo permanecido na sua terra natal, se vê envolvido na voragem do nazismo – a tendência irresistível para condenarmos o alemão nazi enquanto exoneramos o outro alemão que, por sorte, emigrou «a tempo»).
 3. O terceiro e último exemplo é o da «sorte constitutiva»: aquilo com que nascemos, em termos de propensões para agir, e aquilo em que nos tornámos como agentes morais, é em grande parte fruto do legado genético e em grande parte fruto de educação da qual o próprio agente foi, ou é, beneficiário passivo. Esse ascendente das origens será normalmente tão fundo e identificador do que somos que muitas das vezes nem será detectado ou identificado pelo próprio agente, por falta de instância externa com a qual contrastar esses dados «constitutivos»¹⁵. Não é exagerado dizer-se que, não obstante a formação e consolidação do carácter moral ser a tarefa diuturna de uma vida, muito daquilo que intuitivamente se identifica como o *carácter moral* das pessoas está, para a maior parte delas, sedimentado ao iniciar-se a maturidade, ou seja, antes de poder haver controle do próprio agente, e logo *mérito*, na modelação educativa desse carácter¹⁶.

De certo modo, estas três vertentes da sorte moral têm paralelo na distinção que é possível traçar entre juízos «deonticos», que se reportam à bondade ou maldade das acções, juízos «axiológicos» que apreciam as acções nos seus contextos relevantes, e juízos «aretaicos» que se referem à virtude ou corrupção do *carácter moral* dos agentes¹⁷.

¹¹ Kolb, R.W. (org.) (2008), 1426; Solomon, Robert C. (2003), “Victims of Circumstances? A Defense of Virtue Ethics in Business”, *Business Ethics Quarterly*, 13, 43-62.

¹² Dickenson, D. (2003).

¹³ Walker, Margaret Urban (1993), “Moral Luck and the Virtues of Impure Agency”, in Statman, D. (org.) (1993), 235.

¹⁴ Zimbardo, P.G. (2007).

¹⁵ Feinberg, J. (1970), 34ss..

¹⁶ Latus, Andrew (2003), “Constitutive Luck”, *Metaphilosophy*, 34, 460-475.

¹⁷ Oakley, Justin (1996), “Varieties of Virtue Ethics”, *Ratio*, 9, 128-152; Athanassoulis, Nafsika (2005b), “Common-Sense Virtue Ethics and Moral Luck”, *Ethical Theory and Moral Practice*, 8/3, 265-276; Dent, N.J.H. (1984); Foot, P. (2002b); Haybron, Daniel M. (1999), “Evil Characters”, *American Philosophical Quarterly*, 36, 131-148; Hurka, Thomas (2006), “Virtuous Act, Virtuous Dispositions”,

6. O ECLIPSE DA ÉTICA (I)

Thomas Nagel, a quem se deve esta classificação tripartida de formas de «sorte moral» (na realidade, uma classificação quadripartida que abrangia também a «sorte causal» ou «sorte determinante»¹⁸, o modo como somos levados a agir pelas circunstâncias precedentes à nossa deliberação, que no entanto é difícil de distinguir, seja da «sorte constitutiva»¹⁹, seja de uma visão estritamente determinista acerca da «sorte»²⁰), nota que a conjugação de considerações sobre «sorte nos resultados», «sorte circunstancial» e «sorte constitutiva» levaria à sistemática exoneração do agente, à erosão dos nossos juízos morais comuns, ao confinamento da Ética a um ponto infinitesimal, ao cepticismo mais radical – pirronista – acerca do julgamento moral, e com ele a dúvida sobre qualquer julgamento²¹.

A Ética tornar-se-ia inoperante, logo irrelevante, por «dissolução do agente» num oceano de contextos de «sorte», de que nem a pura intenção, que também ela é «constituída», sairia ileso²² – jamais podendo verificar-se, na pureza dos princípios, o ideal do perfeito controle pelo agente das condições da sua própria acção: “*The area of genuine agency, and therefore of legitimate moral judgment, seems to shrink under this scrutiny to an extensionless point. Everything seems to result from the combined influence of factors, antecedent and posterior to action, that are not within the agent’s control*”²³.

Alguns observam, com uma ponta de ironia, que esse eclipse moral é resultado intencional do debate sobre «sorte moral» que, como veremos, para muitos não passa de um assalto céptico à possibilidade de genuína liberdade²⁴; e admitamos que há, em toda a colocação do problema da «sorte moral», um subentendido equívoco quanto à contraposição entre «sorte» e «agência», entre «sorte» e «responsabilidade», um pouco como se fosse pressuposta, quem sabe se por «medo à contingência», a ideia de que os agentes são distintos, estão fora, do mundo em que agem – não o integrando, não estando nele imersos²⁵.

Analysis, 66, 69-76; Kupperman, Joel (1999), “Virtues, Character, and Moral Dispositions”, in Carr, David & J.W. Steutel (orgs.) (1999), *Virtue Ethics and Moral Education*, New York, Routledge, 199-209; Merritt, Maria (2000), “Virtue Ethics and Situationist Personality Psychology”, *Ethical Theory & Moral Practice*, 4/3, 365-383; Silcox, Mark (2006), “Virtue Epistemology and Moral Luck”, *Journal of Moral Philosophy*, 3, 179-192; Statman, D. (1997); Walker, A.D.M. (1989), “Virtue and Character”, *Philosophy*, 64/249, 349-362.

¹⁸ Mendus, Susan (1988), “The Serpent and the Dove”, *Philosophy*, 63, 334 (331-343).

¹⁹ Embora seja sempre possível dizer-se que «sorte constitutiva» se reporta ao que *somos*, enquanto a «sorte causal» se refere ao que *nos acontece*.

²⁰ Watson, G. (1982), 9ss.; Pereboom, D. (2001).

²¹ Nagel, Thomas (1993), “Moral Luck”, in Statman, D. (org.) (1993), 57-71 (= (1976), “Moral Luck”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 50 Suppl., 137-152; (1979), *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 24-38). Cfr. Nagel, T. (1997).

²² Jacobs, J. (2002), 62.

²³ Nagel, Thomas (1993), “Moral Luck”, in Statman, D. (org.) (1993), 66.

²⁴ Greco, John (2006), “Virtue, Luck and the Pyrrhonian Problematic”, *Philosophical Studies*, 130/1, 9-34; Midgley, M. (1994), 83-84.

²⁵ Bittner, Thomas (2008), “Punishment for Criminal Attempts: A Legal Perspective on the Problem of Moral Luck”, *Canadian Journal of Philosophy*, 38/1, 72-73 (51-84).

7. DA TRADIÇÃO ESTÓICA À PURA AGÊNCIA

A menos que, para se resolver estas dificuldades resultantes da conjugação de intuições morais, abandonássemos antes a ideia tradicional de «pura agência» que subjaz à ideia de Ética e até alicerça as suas pretensões a constituir um «ideal regulador»: a ideia, já enfatizada, de que apenas é moralmente justo louvar ou censurar alguém por qualidades ou defeitos revelados no controle puro (não-partilhado) da acção²⁶. Mas abandonar a «pura agência», mesmo que a favor de uma «*via media*» ou de uma conciliação de perspectivas, novamente acarreta uma consequência radical, a da perda das pretensões policiadoras e «transcendentais» (não empiricamente contaminadas) da Ética: aquilo que, com graus variáveis de incorrecção (emergente da interpretação distorcida que Hegel levou a cabo na sua *Fenomenologia do Espírito*), associamos ao legado kantiano²⁷, com a alegada exigência de que a moral nasça e permaneça imune à sorte (para que ela seja reveladora de uma autonomia sem a qual não pode discernir-se um carácter na base da acção, um investimento que seja genuinamente ético²⁸).

Na verdade, fácil é identificar a matriz estóica por detrás deste legado kantiano, porque foram os estóicos, seguindo por sua vez um legado cínico, que mais insistiram na invulnerabilidade como condição da Ética²⁹ – seja para desligarem a dignidade do carácter pessoal dos assaltos de desejos e paixões incendiados por «bens externos», seja para propiciarem a transparência de um substrato moral que, no entendimento estóico, irmanava os «cidadãos do mundo» e permitia remover divisões e hierarquias³⁰.

Mais amplamente, dir-se-á que essa posição é o culminar (tardio, helenístico) de uma tradição filosófico-trágica de preocupação com a contingência, com a perecibilidade dos valores, com a dissonância das emoções, com a dimensão dilacerante dos conflitos práticos, com os dilemas morais – espelhados nas tragédias do século V a.C. como efeitos da sorte sobre o conteúdo e rumo da vida, combatidos pelo esforço de Platão na edificação de uma ordem moral liberta (pela *techne*) da sorte (*tuchê*), de uma ordem na qual a *sophrosune*, o domínio da virtude, consistentemente superasse a *hubris* do domínio dos apetites³¹, e integrados por Aristóteles numa forma dialéctica de articulação dos valores com a própria assunção da contingência³².

Immanuel Kant mais não faz, neste particular, do que aditar ao legado estóico a sua crença racionalista na capacidade universal, igualitária, de

²⁶ Arpaly, N. (2003).

²⁷ Moore, Adrian W. (1990), “A Kantian View of Moral Luck”, *Philosophy*, 65, 297-321; Ripstein, Arthur (2008), “Closing the Gap”, *Theoretical Inquiries in Law*, 9, 63n2 (61-95); Ripstein, Arthur (1994), “Equality, Luck, and Responsibility”, *Philosophy and Public Affairs*, 23, 3-23; Ripstein, A. (1999).

²⁸ Jacobs, J. (2002), 59-60.

²⁹ O’Neill, O. (1989); Athanassoulis, N. (2005), 2-3.

³⁰ Nussbaum, M.C. (2001), xx, xxii.

³¹ As visões respectivamente do *Protagoras* e do *Fedro* platónicos – cfr. Nussbaum, M.C. (2001), 89-90, 206. Cfr. Webber, Jonathan (2006), “Character, Consistency, and Classification”, *Mind*, 115/459, 651-658.

³² Nussbaum, M.C. (2001), 4-8.

autonomia – uma convicção que talvez se possa considerar predominantemente republicana: a fortuna pode distinguir-nos e separar-nos, mas subsiste e subsistirá a crença – consoladora, consolidadora³³ – de que a excelência moral permanece irrestritamente disponível para qualquer um de nós, de que ao menos essa disponibilidade não flutua ao sabor do acaso³⁴, de que em última instância a vida poderá revelar-se globalmente como justa^{35/36}.

Um agente que intencionalmente se proponha interferir nos «estados do mundo» para torná-los mais «justos», mais plenos de felicidade ou menos carregados de sofrimento, verá a moralidade da sua intenção sobreviver aos resultados efectivos da sua acção porque a integridade da sua intenção é avaliável apenas por adequação ao imperativo que o determinou – e nisso Kant veda a perspectiva que ficará conhecida como «consequencialista», de receio até que a consciência da nossa impotência face ao mal, ao sofrimento, à injustiça dos resultados, se convertessem em bases para a nossa inacção ou para o derrotismo das nossas intenções³⁷.

8. A TENSÃO TRÁGICA

Na cultura helénica clássica, o que os estilos literários da poesia trágica e da filosofia começaram por ter em comum foi a consciência aguda de que a sorte (*tuchē*) pode apartar a pessoa de mérito de qualquer possibilidade de florescimento moral, de qualquer oportunidade de desenvolvimento de uma vida dominada pela prática virtuosa; e essa a razão pela qual os poetas trágicos foram tidos, a par com os filósofos, como fontes de intuições éticas – com a vantagem, porventura, para a forma imediata e interpeladora como a tragédia confronta o espectador com situações dilemáticas, extremas, na sua forma mais expressiva e pré-articulada, superando as nossas limitações e vieses cognitivos através das reacções emotivas que provoca³⁸.

E tão tarde como em Maquiavel permanece ainda em aberto essa tensão trágica entre agência e contingência, esse reconhecimento de que a imprevisibilidade dos eventos, a irracionalidade do destino, o determinismo dos talentos e inclinações inatos, todos conspiram para o domínio das circunstâncias – um domínio que ele designou como «*virtù*», uma forma de autonomia e

³³ Williams, Bernard (1993), “Moral Luck”, in Statman, D. (org.) (1993), 36 (35-55) (= (1976), “Moral Luck”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 50 Suppl., 115-136; (1981), *Moral Luck*, New York, Cambridge University Press, 20-39).

³⁴ Athanassoulis, N. (2005), 21-23; Wallace, James D. (1974), “Excellences and Merit”, *Philosophical Review*, 83, 182-199.

³⁵ Williams, B. (1985), 195 (e todo o Cap. 10).

³⁶ Nas palavras de um neokantiano declarado: “*With great luck and good fortune some men might by nature just happen to hit upon the way of living that they would adopt with deliberative rationality. For the most part, though, we are not so blessed, and without taking thought and seeing ourselves as one person with a life over time, we shall almost certainly regret our course of action*” – Rawls, J. (1999), 372.

³⁷ Jacobs, J. (2002), 60-61.

³⁸ Nussbaum, M.C. (2001), xiii-xv, 12-14, 45.

de força (viril)³⁹ que se debate dialecticamente com a «*fortuna*», o ascendente daquilo que nos circunda⁴⁰, a dependência das coisas e dos outros naquilo que essa dependência traz de errático e até de malevolente⁴¹.

9. O ECLIPSE DA ÉTICA (II)

O afastamento da «condição do controle», âmago da Ética porque alicerce dos juízos de imputação individualizados, não pode fazer-se sem extensas e graves sequelas – uma delas o ostensivo divórcio da Ética face ao Direito⁴², outra, mais amplamente, a da perda da dimensão «normativa» (ou «liderante») da Ética.

Caímos assim na aporia: nenhuma das soluções logicamente possíveis (por mais «moderada» que qualquer delas se reclame) deixa incólume o rosto cultural da Ética. Por isso é que, como bem notaram os formuladores modernos do problema, Bernard Williams e Thomas Nagel⁴³, a «sorte moral» pode ter surgido como uma expressão apelativa para designar um paradoxo, uma curiosidade, uma trivialidade⁴⁴; mas veio para ficar, como um daqueles problemas cuja fertilidade advém precisamente de não consentir uma solução aparente ou fácil, um daqueles problemas radicais com fundas ramificações não apenas na Ética como em todas as disciplinas que lhe estão próximas, uma daquelas interpelações teóricas que ressoa fundo no mundo da prática e que, no final, interpela até a nossa auto-consciência e o sentido da nossa existência.

Em suma: a Ética, tal como sempre a concebemos, não pode resistir à constatação do problema da sorte moral.

10. OS PARADOXOS DA EXPURGAÇÃO DA SORTE

O cerne da questão reside, como vimos, no facto de os nossos juízos morais correntes, intuitivos, violarem rotineiramente a ideia de «autonomia moral», ou seja, a ideia de que o que é propriamente moral é apenas aquilo que depende em exclusivo da vontade do agente (querendo dizer-se com isto que essa vontade é incondicionada na produção dos seus efeitos próprios, na sua motivação contextual e até na sua formação original).

Isso espelha o facto incontrovertível de a «sorte» ser um elemento inerradicável da existência humana – e de essa circunstância tornar por sua

³⁹ Pocock, J.G.A. (1975), 162, 173; Pocock, J.G.A. (2010), “Machiavelli and Rome: The Republic as Ideal and as History”, in Najemy, J.M. (org) (2010), 151 (144-156).

⁴⁰ Najemy, John M. (2010), “Introduction”, in Najemy, J.M. (org) (2010), 11 (1-13).

⁴¹ Najemy, John M. (2010b), “Society, Class, and State in Machiavelli’s *Discourses on Livy*”, in Najemy, J.M. (org) (2010), 110 (96-111).

⁴² Feinberg, Joel (1962), “Problematic Responsibility in Law and Morals”, *Philosophical Review*, 71, 340-351.

⁴³ Williams, Bernard (1993), “Moral Luck”, in Statman, D. (org.) (1993), 35-55; Nagel, Thomas (1993), “Moral Luck”, in Statman, D. (org.) (1993), 57-71.

⁴⁴ Williams, Bernard (1993b), “Postscript”, in Statman, D. (org.) (1993), 251 (251-258).

vez a «sorte» num elemento incindível dos demais, quando chega o momento de se avaliar as acções humanas (ou ao menos quando essa avaliação pretenda respeitar requisitos mínimos de realismo e de pragmatismo)⁴⁵.

Mas essa circunstância também implica, pelo que acabámos de ver, que a preservação da ideia de «autonomia moral», e da ideia de responsabilidade a ela conexas, se transformem num objectivo separado, dotado da sua própria lógica.

Uma das vias plausíveis para se alcançar esse desiderato seria o da «purificação da agência» até ao extremo de se considerar apenas o valor dos actos depois de expurgada toda e qualquer influência, ou diferença, advinda de factores de «sorte», de modo a que juízos de aprovação ou censura fossem rigorosamente equivalentes para tudo o que fosse indiferenciado a nível das intenções⁴⁶.

Uma breve exemplificação denotará de imediato o carácter contra-intuitivo e *unilateral* (já esclareceremos o qualificativo) a que por vezes chegaria uma tal concentração no puro plano da vontade incondicionada:

1. O lesante que vê onexo causal ser interrompido não se exoneraria com a invocação de que a sua intervenção transitou para os domínios da mera causa virtual; seria moralmente culpado, mesmo que naturalisticamente não lhe pudesse ser assacado o dano⁴⁷. O investigador que, por doença, se visse obrigado a abandonar a sua linha de pesquisa sobre uma vacina contra o HIV seria tão merecedor de aplauso moral como aquele outro que, beneficiando de saúde, prosseguisse e chegasse à descoberta da vacina.
2. Como coube a Adolf Eichmann a organização logística dos transportes na «Solução Final», ele não seria moralmente mais condenável do que qualquer outro burocrata – isto é, qualquer outro burocrata que tivesse sido colocado nas suas circunstâncias⁴⁸, ou mesmo nas mais atenuadas circunstâncias dos torcionários das ditaduras modernas⁴⁹. Ninguém, em contrapartida, pode vangloriar-se das suas virtudes se elas não foram postas à prova em *todas as* situações, pelo que, se dermos algum crédito à versão determinista de que as circunstâncias fazem o homem, teremos que concluir que literalmente só por sorte não fomos nós a tornar-nos monstros morais⁵⁰.
3. O assassino em série que foi brutalizado em criança não seria moralmente mais censurável do que a pessoa que teve a «sorte» de nascer numa família feliz. Ao invés, não poderíamos excluir que o altruísmo de Madre Teresa de Calcutá,

⁴⁵ Statman, Daniel (1993), "Introduction", in Statman, D. (org.) (1993), 1 (1-34).

⁴⁶ Slote, M. (2001), 11.

⁴⁷ Clarke, Randolph (2005), "Agent Causation and the Problem of Luck", *Pacific Philosophical Quarterly*, 86, 408-421; Moore, Michael S. (1999), "Causation and Responsibility", *Social Philosophy and Policy*, 16/2, 1-51.

⁴⁸ Adams, R.M. (2006), 159.

⁴⁹ Benn, P. (1998), 106ss., com o exemplo da polícia durante a época da junta militar grega.

⁵⁰ McKenna, Michael (2008), "The Limits of Evil and the Role of Moral Address: A Defence of Strawsonian Compatibilism", in McKenna, M. & P. Russell (orgs.) (2008), 212 (201-218); Moody-Adams, Michele (1990), "On the Old Saw That Character Is Destiny", in Flanagan, O.J. & A.O. Rorty (orgs.) (1990), 111-131.

tendo raízes genéticas, não constituísse uma genuína virtude moral.

No esforço de «purificação», de exclusiva consideração de motivos, de remoção das interferências da «sorte», chegaríamos assim à exoneração de Adolf Eichmann e à sua colocação num plano equivalente ao da «despromovida» Madre Teresa de Calcutá (abarcando todos os casos intermédios entre estes extremos): ao resultado implausível de cairmos na indiferenciação ética entre pessoas com perfis morais e impactos no mundo claramente diferentes.

A eliminação dos efeitos da «sorte» no seio dos nossos juízos morais teria, pois, efeitos perversos, e, se não absurdos, ao menos gritantemente injustos – fazendo, como se viu, tábua-rasa do esforço de aperfeiçoamento moral ínsito em cada intervenção deliberada em «estados do mundo», ignorando intenções e preter-intenções quando elas fossem puras respostas contextuais, desconsiderando danos (ao menos os preter-intencionais), anulando a relevância axiológica da escolha dos próprios meios de agir; fazendo toda essa devastação valorativa com o argumento único de que esses «traços de carácter» seriam irremediavelmente «contaminados» pelo ascendente de elementos de «sorte».

Admitamos o carácter genuinamente perturbador de intuições como estas. Todos gostaríamos de nos glorificar na certeza da pureza inabalável do nosso carácter, mas não escapamos a um «arrepio ontológico»⁵¹ de cada vez que nos sentimos nivelados igualmente nessa capacidade para o bem e para o mal, uma radical fragilização da nossa virtude à contingência e ao devir – um apelo à humildade, ou até à relativização irónica, que dificulta que «atiremos a primeira pedra»⁵². Os que julgam e os que são julgados tendem a não ser, por definição, excepcionais – são todos feitos da mesma massa, e só por um viés cognitivo somos capazes de nos iludir do contrário^{53/54}.

11. A AMBIGUIDADE DO NIVELAMENTO

E porque é que dissemos que a exemplificação acima conduzia a uma visão *unilateral*? É porque o esforço de eliminação da «sorte» implicaria ainda, logicamente, uma bizarra ambiguidade por força da dissolução de pontos referenciais – pelo que os juízos morais passariam todos a ser ambivalentes.

Para pegarmos apenas em dois exemplos:

⁵¹ Watson, Gary (2008), “Responsibility and the Limits of Evil: Variations on a Strawsonian Theme”, in McKenna, M. & P. Russell (orgs.) (2008), 132 (115-142).

⁵² McKenna, Michael (2008), “The Limits of Evil and the Role of Moral Address: A Defence of Strawsonian Compatibilism”, in McKenna, M. & P. Russell (orgs.) (2008), 217 (201-218).

⁵³ Benn, P. (1998), 106-107; Kolb, R.W. (org.) (2008), 1427.

⁵⁴ Nir Eisikovits conta um episódio de canibalismo entre náufragos que, em 1884, correspondeu nos tribunais ingleses a uma pena de morte comutada pela Rainha em seis meses de prisão, porque se percebeu que se tratava de uma situação extrema na qual poucos teriam «passado no teste». Cfr. Eisikovits, Nir (2005), “Moral Luck and the Criminal Law”, in Campbell, J.K., M. O’Rourke & D. Shier (orgs.) (2005), 105-124.

- Adolf Eichmann é tão inocente como qualquer um de nós, ou como qualquer burocrata? Ou ao invés somos nós, ou os demais burocratas, que somos moralmente tão censuráveis como ele?

- Madre Teresa de Calcutá é tão depravada como nós (e Eichmann)? Ou, pelo contrário, somos nós que somos todos tão moralmente virtuosos como ela?

Por qual dos extremos, em suma, nivelamos?⁵⁵

As proposições num sentido ou no outro equivalem-se por ausência de um ponto de referência «liberto de sorte moral». O arbítrio instala-se⁵⁶. Podemos quando muito reconhecer que, na medida em que a «sorte» seja função da relevância que cada um atribui a «resultados» e a «estados do mundo», a sorte de uns não será sorte para outros, ao menos de uma perspectiva «construtivista» que tudo relativiza à atribuição de relevância – por contraposição ao «realismo» que se obstina na determinação de pontos referenciais objectivos⁵⁷. Mas não conseguiremos ir muito mais longe⁵⁸.

12. CONTROLE E MÉRITO

Isso é grave, porque facilmente se entende o poder corrosivo que sobre o Direito exerce a simples suspeita de que nem sempre a punição ou o prêmio acompanham o mérito (o puro mérito) do agente, e que são capazes de se desviar para o empolamento dos resultados em detrimento da consideração exclusiva do juízo de imputação moral.

E no entanto é precisamente isso que sucede com o sistemático desvalor atribuído à tentativa de crime face à moldura penal reservada para o crime «consumado» em resultados, ou à mera negligência inerme face à negligência que se traduziu em danos⁵⁹ – isto sem embargo de se verificarem constantes progressos na aferição criminal da situação de perigo e da tentativa, e na

⁵⁵ Num outro registo: se tudo é produto da sorte, não é verdade que a *indiferença* é tão casual e aleatória como a *diferença*? – Hurley, Susan L. (2001), “Luck and Equality”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 75 Supp., 72 (51-72).

⁵⁶ Sobre esta ambivalência, cfr. Moore, Michael S. (1994), “The Independent Moral Significance of Wrongdoing”, *Journal of Contemporary Legal Issues*, 5, 255 (237-281); Wolf, Susan (2001), “The Moral of Moral Luck”, *Philosophic Exchange*, 31, 7-9 (4-19).

⁵⁷ Kornblith, H. (org.) (2001); Vranas, Peter B.M. (2005), “The Indeterminacy Paradox: Character Evaluations and Human Psychology”, *Nous*, 39, 1-42.

⁵⁸ Ballantyne, Nathan (2010), “Luck and Interests” (paper), 9.

⁵⁹ Davis, Michael (1986), “Why Attempts Deserve Less Punishment than Complete Crimes”, *Law and Philosophy*, 5, 1-32; Feinberg, Joel (1995), “Equal Punishment for Failed Attempts: Some Bad But Instructive Arguments Against It”, *Arizona Law Review*, 37, 117-133; Kadish, Sanford H. (1994), “Foreword: The Criminal Law and the Luck of the Draw”, *Journal of Criminal Law and Criminology*, 84, 679-702; Lewis, David (1989), “The Punishment that Leaves Something to Chance”, *Philosophy and Public Affairs*, 18, 53–67; Waldron, Jerney (1995), “Moments of Carelessness and Massive Loss”, in Owen, D.G. (org.) (1995), 387-408.

ponderação dos valores da prevenção^{60/61} e da segurança na abordagem ao fenómeno do crime⁶²; e sem embargo de poder subscrever-se uma noção puramente deontológica da punição da consumação, a ideia de uma «lotaria penal» que sujeita todos os infractores da lei ao prémio ou à perda advenientes da produção casual do dano (caso em que se dirá que a punição mais leve da tentativa corresponde a pura «sorte jurídica», não a menor censura moral)⁶³.

Por outro lado, a insistência ética numa «condição de controle», uma insistência que constitui quase uma «metafísica da Ética» na medida em que demarca aquilo que aceitamos como válido na teoria e na prática moral⁶⁴, pode ter repercussões fundas sobre o ideal igualitário⁶⁵ – se porventura o nivelamento que se pretende alcançar com esse ideal acabar cingido àquilo que se entenda ser «imune à sorte», ou seja, se a exigência de que haja igualdade de resultados se centrar exclusivamente naquilo que respeita à consequência directa de acções controladas pelo agente, fazendo-se tábua-rasa de todos os factores arbitrários que, a montante e a jusante, possam determinar desfechos alternativos (sem, contudo, que o «desfazer da sorte» implique a imposição de uma solução estritamente niveladora, como advertiu Robert Nozick⁶⁶).

13. SORTE BRUTA, DESIGUALDADE E REDISTRIBUIÇÃO

Essa visão do «*luck egalitarianism*» redundante, pois, na apologia de uma redistribuição muito extensa, uma redistribuição que, focando-se na igualdade de méritos da «pura agência», procura expurgar o mundo de todos os resultados casuais e arbitrários que afectem a nossa «constituição» e as nossas «circunstâncias» morais⁶⁷ – restando saber quais os danos causados na estrutura de responsabilidade e de incentivos por uma solução compensadora

⁶⁰ Com o curioso precedente histórico de prevenção do crime no *Deuteronomio*, 21:18-21.

⁶¹ Christopher, Russell (2004), "Does Attempted Murder Deserve Greater Punishment Than Murder? Moral Luck and the Duty to Prevent Harm", *Notre Dame Journal of Law, Ethics, and Public Policy*, 18, 419-435

⁶² Bittner, Thomas (2008), "Punishment for Criminal Attempts: A Legal Perspective on the Problem of Moral Luck", *Canadian Journal of Philosophy*, 38/1, 51 (51-84).

⁶³ Duff, R. Anthony (1990), "Auctions, Lotteries and the Punishment of Attempts", *Law and Philosophy*, 9, 1-37; Duff, R.A. (1990b); Duff, R.A. (1996); Eisikovits, Nir (2005), "Moral Luck and the Criminal Law", in Campbell, J.K., M. O'Rourke & D. Shier (orgs.) (2005), 115ss. (105-124); Shachar, Yoram (1987), "The Fortuitous Gap in Law and Morality", *Criminal Justice Ethics*, 6, 12-36.

⁶⁴ Nida-Rümelin, Julian (2004), "There Is No Moral Luck" (paper), 11; Rosell, Sergi (2007), "Is the Case Against Moral Luck Successful?", in Penco, C., M. Vignolo, V. Ottonelli & C. Amoretti (orgs.) (2007), 34 (33-44).

⁶⁵ Statman, Daniel (1993), "Introduction", in Statman, D. (org.) (1993), 2.

⁶⁶ Nozick, R. (1974); Arneson, Richard J. (2001), "Luck and Equality", *Proceedings of the Aristotelian Society*, 75 Supp., 73 (73-90)

⁶⁷ Cohen, G.A. (1989), "On the Currency of Egalitarian Justice", *Ethics*, 99, 906-944; Dworkin, R. (2000); Roemer, J.E. (1996); Roemer, John E. (1985), "Equality of Talent", *Economics and Philosophy*, 1, 151-187; Roemer, John E. (1987), "Egalitarianism, Responsibility and Information", *Economics and Philosophy*, 3, 215-244; Roemer, John E. (1993), "A Pragmatic Theory of Responsibility for the Egalitarian Planner", *Philosophy and Public Affairs*, 22, 146-166; Roemer, J.E. (1998).

e reequilibradora das desigualdades de fortuna: um dos mais tradicionais problemas de «*trade-off*» de toda a história do pensamento económico⁶⁸.

A propósito, fácil é ver-se no «*difference principle*» de John Rawls uma resposta ao impacto distributivo da «sorte moral», que procura repor a relação entre felicidade e mérito que a interposição do acaso subverteria⁶⁹ – uma reposição que precisamente Nozick considerou tão potencialmente aleatória como o estado inicial da distribuição que se visa corrigir⁷⁰.

Deve-se contudo a Ronald Dworkin a explicitação mais clara do ideal igualitário de expurgação dos factores de «sorte bruta» que interfiram na distribuição de vantagens e desvantagens entre as pessoas, o que equivale à busca de associação da noção de justiça à de repartição assente exclusivamente em aspectos da posição económica que possam imputar-se ou associar-se às escolhas livres de cada um (a «sorte das opções») – uma justiça que permita compensações para infortúnios de recursos, de circunstâncias, não para desaires nas funções de utilidade dos produtos de escolhas livres⁷¹.

Dito de outra maneira, para Dworkin a «sorte das opções» é uma sorte assumida, a sorte a que nos expomos voluntariamente, é a aceitação de resultados possíveis dentro de uma regra de jogo⁷², enquanto a «sorte bruta» é um resultado que não assumimos, um resultado contra o qual não jogámos – sendo que a função própria dos contratos de seguro é precisamente a de transformarem a «sorte bruta» em «sorte das opções»⁷³.

Ou, para nos aproximarmos dos termos que temos usado, a «sorte bruta» (ou «sorte densa», «*thick luck*»⁷⁴) é, das duas, aquela que não controlámos nem

⁶⁸ Arneson, Richard J. (1989), "Equality of Opportunity for Welfare", *Philosophical Studies*, 56, 77-93; Arneson, Richard J. (1990), "Liberalism, Distributive Subjectivism, and Equal Opportunity for Welfare", *Philosophy and Public Affairs*, 19, 159-194; Arneson, Richard J. (1999), "Equality of Opportunity for Welfare Defended and Recanted", *Journal of Political Philosophy*, 7/4, 488-497; Dowding, Keith (2005), "Luck and Responsibility" (paper), 20-21; Scanlon, T.M. (1986), "Equality of Resources and Equality of Welfare: A Forced Marriage?", *Ethics*, 97, 111-118.

⁶⁹ "Once we try to find a rendering of them which treats everyone equally as a moral person, and which does not weight men's share in the benefits and burdens of social cooperation according to their social fortune or their luck in the natural lottery, the democratic interpretation is the best choice" – Rawls, J. (1999), 65.

⁷⁰ Kolb, R.W. (org.) (2008), 1377.

⁷¹ Dworkin, Ronald (1981), "What Is Equality? Part I: Equality of Welfare", *Philosophy and Public Affairs*, 10, 185-246; Dworkin, Ronald (1981b), "What is Equality? Part 2: Equality of Resources", *Philosophy and Public Affairs*, 10, 283-345; Dworkin, R. (2000). Cfr. Cohen, G.A. (1989), "On the Currency of Egalitarian Justice", *Ethics*, 99, 931ss. (906-944).

⁷² Otsuka, Michael (2007), "Moral Luck: Optional, Not Brute" (paper), 3ss.; Brewer, T. (2000).

⁷³ Roemer, J.E. (1996), 248.

⁷⁴ Se entendermos por «*thick luck*» aquela que nos exonera por não implicar a nossa responsabilidade, e por «*thin luck*» aquela que, ao invés, se articula com a nossa responsabilidade – Hurley, Susan L. (2002), "Luck, Responsibility, and the «Natural Lottery»", *Journal of Political Philosophy*, 10, 79-94. Cfr. Hurley, Susan L. (1993), "Justice Without Constitutive Luck", *Ethics*, 35 Supp., 179-212; Hurley, Susan L. (2000), "Is Responsibility Essentially Impossible?", *Philosophical Studies*, 99, 229-268; Hurley, Susan L. (2000b), "Responsibility, Reason, and Irrelevant Alternatives", *Philosophy and Public Affairs*, 28/3, 205-241.

controlamos – e que portanto seria injusto atribuímos, nas suas consequências, a quem a sofre; enquanto que a «sorte das opções» (ou «sorte fina», «*thin luck*») é aquela que espelha as preferências, devendo ser respeitada, e preservada na medida do possível, através da supressão dos efeitos da «sorte bruta», como reclamará, já o vimos, todo o «*luck egalitarian*» consequente (por exemplo, através da minimização das desigualdades herdadas, para que transpareça a igualdade de oportunidades, ou mais genericamente, para usarmos a linguagem de Dworkin, para que os recursos não inviabilizem as nossas preferências)⁷⁵.

Mais especificamente, é possível usar-se um argumento «positivo» segundo o qual a distribuição aleatória de talentos, de riquezas herdadas, de oportunidades à nascença, por «sorte constitutiva», é ampliada, ainda por meios que não são inteiramente controláveis, pelo livre jogo distributivo no mercado, resultando numa desigualdade de vantagens e desvantagens a que não corresponde, com um mínimo de aproximação, seja qualquer responsabilidade, seja qualquer mérito⁷⁶. Mas é igualmente possível usar-se um argumento «negativo», segundo o qual a falta de mérito e responsabilidade individual pela distribuição «espontânea» de vantagens e desvantagens⁷⁷ leva a que não seja eticamente objectável uma redistribuição que se faz também ela sem mérito ou responsabilidade mas que aproxima a distribuição de vantagens e desvantagens daquele estado em que ela corresponderia à pura consideração desse mérito e dessa responsabilidade – se não em termos absolutos, ao menos expurgando os factores que estão inteiramente fora do alcance dos agentes, e limitando o espaço de justiça à margem de «sorte» que possa caber dentro das expectativas razoáveis da acção «no mundo»⁷⁸.

14. IDENTIDADE E SORTE

A eliminação do ascendente da sorte poderia levar-nos ainda mais longe, em particular se considerarmos o caso da «sorte constitutiva». Suponhamos que era nosso propósito retirar ao carácter moral todos os elementos não-controláveis que tivessem contribuído para a sua génese, a «*personal identity brute luck*»⁷⁹: que ficaria de individualizável, dada a historicidade irrepitível de cada vida? A partir de que momento poderíamos aceitar a presença de controle naquilo que, sucedendo ao indivíduo, cumulativamente se sedimenta na «constituição» do carácter moral?

⁷⁵ Fennell, Lee Anne (2009), "An Epstein-Inspired Look at Luck", *Tulsa Law Review*, 44, 782 (779-802); Hurley, Susan L. (2001), "Luck and Equality", *Proceedings of the Aristotelian Society*, 75 Supp., 51-72.

⁷⁶ A crítica clássica a este argumento constitui o cerne de: Nozick, R. (1974).

⁷⁷ Que, admita-se, não sendo inevitavelmente desigualitária – já que estamos todos igualmente sujeitos ao ascendente da sorte – só por um incrível acaso coincidiria espontaneamente com um critério distributivo racional. Wilson, C. (2007), 205.

⁷⁸ Para além de Nozick, ver ainda as críticas de Anderson, Elizabeth S. (1999), "What is the Point of Equality", *Ethics*, 109, 287-337; Hurley, Susan L. (2001), "Luck and Equality", *Proceedings of the Aristotelian Society*, 75 Supp., 51-72; Hurley, Susan L. (2002), "Luck, Responsibility, and the «Natural Lottery»", *Journal of Political Philosophy*, 10, 79-94; Hurley, S.L. (2003). Em geral, Nelkin, Dana K. (2008), "Moral Luck", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*.

⁷⁹ Dowding, Keith (2005), "Luck and Responsibility" (paper), 6ss..

Mais importante, se retirarmos ao indivíduo a «sorte» de ter nascido como nasceu e de ter sido educado como foi – será que temos ainda o mesmo indivíduo, ou não será que «constituímos» um outro indivíduo, com um diferente carácter moral? Se violarmos o requisito da identidade, a que personalidade atribuiríamos então a virtude moral? Tem razão Nicholas Rescher quando insiste que a identidade deve preceder logicamente a «sorte»⁸⁰. Por outras palavras, dir-se-á que a excelência da virtude ética pressupõe *apropriação*, um crédito pessoal que seja identificável e separável do pano de fundo dos condicionalismos circunstanciais que cerquem a nossa acção e o nosso carácter^{81/82}.

Poderíamos admitir que, sem responsabilidade, seríamos conduzidos a uma de duas soluções extremas – ou a de que cada um suporta a totalidade dos infortúnios que lhe sucedem (um mundo hobbesiano), ou a de que esses infortúnios devem recair sobre a solidariedade colectiva (um afloramento radical da justiça distributiva) –, sem admitirmos a transferência de danos que é da própria essência da função reparadora da responsabilidade (uma das formas da justiça correctiva)⁸³.

15. SORTE E DETERMINISMO

Mas para apreciarmos o carácter persistente desta problemática, novamente advirtamos que o abandono da «condição do controle» não chega, nem aproximadamente, para fornecer uma solução: suponhamos que, mitigadamente agora, admitíamos uma margem de «sorte moral» nos nossos juízos éticos, em nome do «realismo» na apreciação daquilo que, no plano dos factos, dos eventos, dos resultados nos «estados do mundo», somos, fazemos, causamos – que certeza teríamos nós de que na formulação dos nossos juízos teríamos atingido com justeza, com justiça, o centro de imputação da actividade ao agente de que depende a possibilidade elementar de responsabilização?

Por exemplo, não poderíamos nós cair na falácia determinista segundo a qual, cada acção causando efeitos irreversíveis em todos os subsequentes «estados do mundo», cada acção nos responsabiliza pelo universo total dos eventos futuros?⁸⁴ Admitirmos uma margem, limitada embora, de «cobertura da sorte» pela nossa responsabilidade não redundará precisamente nisso? Em

⁸⁰ Rescher, Nicholas (1993), "Moral Luck", in Statman, D. (org.) (1993), 155 (141-166); Dan-Cohen, Meir (2008), "Luck and Identity", *Theoretical Inquiries in Law*, 9, 1-22.

⁸¹ Adams, R.M. (2006), 158.

⁸² De outra perspectiva, se a identidade pessoal é extensamente condicionada pela «sorte constitutiva», poderá sempre admitir-se que aqueles que nascem com expectativas limitadas terão mais para regozijar-se com os limitados resultados que possam alcançar – pelo que novamente seria enganador avaliarmos a situação em puros termos de «sorte», a menos que recorrêssemos, para base de avaliação, a um «véu de ignorância». Cfr. Dowding, Keith (2005), "Luck and Responsibility" (paper), 18.

⁸³ Coleman, Jules & Arthur Ripstein (1995), "Mischief and Misfortune", *McGill Law Journal*, 4, 319-358.

⁸⁴ Coyne, Margaret Urban (1985), "Moral Luck?", *Journal of Value Inquiry*, 19, 319-325; Lackey, Jennifer (2008), "What Luck Is Not", *Australasian Journal of Philosophy*, 86, 255-267; Levy, Neil (2009), "What, and Where, Luck Is: A Response to Jennifer Lackey", *Australasian Journal of Philosophy*, 87, 489-497.

concreto: poderemos nós responsabilizar o comprador de um brinquedo «*made in China*» pela infelicidade dos operários chineses sub-remunerados? Pode um taxista ser responsabilizado por ter conduzido ao seu destino aquele que, lá chegado, consumou os seus intentos homicidas?

Em ambos os casos diremos que falta ao menos a consciência das consequências, e com ela a condição do controle: não se representando as consequências e provavelmente pouco podendo fazer para mitigá-las mesmo se as representasse, o agente não pode, não deve, ser responsabilizado (aliás, se o determinismo alastrasse para as cadeias causais despoletadas pelas nossas ações, perderíamos todo o controle e não faria sentido continuarmos a falar de Ética⁸⁵).

Por outro lado, reconhecemos que o «controle» pelo agente não é sinónimo de «necessidade», tal como «sorte» não deve confundir-se com «contingência»⁸⁶. Mas isso não impede que a adição de uma pequena margem de «sorte moral» basta já para minar o conceito corrente de responsabilidade – revelando-se em última análise não menos problemática do que a simétrica tentativa de erradicação da «sorte moral» (bastando pensar que a interposição de uma margem de «sorte» poderá até interferir na auto-consciência e no distanciamento crítico do agente, vedando-lhe a assunção plena da sua responsabilidade⁸⁷).

Mais um passo, portanto, para o reconhecimento do carácter insolúvel da questão da «sorte moral»; talvez, como aventa Nagel, se tenha revelado aqui uma fundamental inabilidade da nossa espécie humana, a de definir racionalmente o que é a nossa índole moral, isto ou porque não percebemos a nossa posição na ordem das coisas ou porque a própria realidade é contraditória⁸⁸.

16. PURA AGÊNCIA E GOVERNO

E no entanto, não podemos deixar de pressentir que, subjacente a estes paradoxos sobre «sorte moral», está uma concepção demasiado exigente sobre a «condição de controle», a já mencionada «pura agência» – um ideal tão remoto que poderá servir de «regulador» «numenal» mas não poderá servir de base eficiente para a ação humana e de fundamento à sua avaliação ética; servindo quando muito, de forma analítica, mas irremediavelmente circular, de confirmar que, por definição, a «agência pura», a «agência numenal», está fora do alcance da ação mundanal do homem⁸⁹, e que portanto a «agência» de que se trata na

⁸⁵ Rist, J.M. (2004), 202.

⁸⁶ Bittner, Thomas (2008), "Punishment for Criminal Attempts: A Legal Perspective on the Problem of Moral Luck", *Canadian Journal of Philosophy*, 38/1, 73 (51-84).

⁸⁷ Russell, D.C. (2009), 407.

⁸⁸ Nagel, T. (1986), 110-115, 120-123, 135ss.; Nagel, Thomas (1993), "Moral Luck", in Statman, D. (org.) (1993), 59ss., 68ss. (57-71).

⁸⁹ Nagel, T. (1986), 110-124; Browne, Brynmor (1992), "A Solution to the Problem of Moral Luck",

vida comum é necessariamente algo de muito menos ambicioso e abrangente, algo que se satisfará com meros «graus de controle» do agente e não reclamará um controle perfeito e exaustivo de todos os factores causais por parte do agente⁹⁰ – ou ao menos não os reclamará como condição legitimadora mínima para a formulação de juízos éticos.

Dito de outra maneira, o juízo legitimador deve ser mantido num plano puramente instrumental perante um florescimento pessoal que depende de uma combinação de valores que só uma vontade individual, contextualizada e cercada de contingência, é capaz de promover, identificando os «estados do mundo» e decidindo somente na sequência de uma avaliação do impacto concreto das decisões nesses «estados», com um grau de eficácia adaptativa que é a razão de ser última da nossa aptidão moral. Os nossos próprios valores, em suma, são vulneráveis, e a sua consagração e preservação incertas; a nossa vida moral é uma luta por esses valores e pela sua maturação, muito mais do que um processo rematado de subordinação a valores perfeitos através de uma inteligência descarnada⁹¹.

Talvez possa dizer-se que aqui a palavra-chave é «governo». Sem reclamarmos o controle absoluto por parte dos demais agentes, o juízo ético que formulamos sobre eles arranca da avaliação do impacto potencial que as suas acções têm sobre os nossos interesses, e daí parte-se em busca da sua dimensão normativa, seja para delimitar pragmaticamente as reacções apropriadas da nossa parte, seja para, de modo mais generalizado, configurar os nossos próprios projectos de acção.

O que há de específico no juízo moral é essa dimensão pragmática de esforço de legitimação da acção – essa dimensão normativa que pressupõe a susceptibilidade de «governo», de domínio mínimo da acção adequada, de conformação a valores, de condução dos «estados do mundo» pela congruência inteligível de princípios, de «dever ser» que só «será» se a ele aderir uma vontade minimamente determinada⁹².

«Governo» significa, afinal, que não se chega à responsabilidade moral senão por intermédio das qualidades das nossas acções voluntárias, e que essa voluntariedade há-de pressupor um qualquer grau de controle de circunstâncias – mesmo que a circunstância do arrependimento superveniente demonstre que a voluntariedade é ela própria uma característica transitória e circunstancial⁹³.

17. SORTE EPISTÉMICA

Philosophical Quarterly, 42, 348ss. (345-356); Zimmerman, Michael J. (1993), "Luck and Moral Responsibility", in Statman, D. (org.) (1993), 219-222 (217-233); Walker, Margaret Urban (1993), "Moral Luck and the Virtues of Impure Agency", in Statman, D. (org.) (1993), 244ss. (235-250).

⁹⁰ Moore, Michael S. (1994), "The Independent Moral Significance of Wrongdoing", *Journal of Contemporary Legal Issues*, 5, 257ss. (237-281).

⁹¹ Smith, Tara (1999), "Justice as a Personal Virtue", *Social Theory and Practice*, 25, 365ss. (361-384).

⁹² Zimmerman, M.J. (1996).

⁹³ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, 1109b30-1110b3. Hsieh, Diana Mertz (2007), "Moral Responsibility and Moral Luck" (paper), 22ss..

Um factor que tempera as pretensões da «pura agência» (mitigando por isso o problema da «sorte moral») é o facto da dependência epistémica dos nossos actos – querendo com isso dizer-se que a responsabilidade supõe naturalmente a compreensão das circunstâncias a que a acção responde e nas quais se desenvolve⁹⁴; uma compreensão que pode não libertar-se dos vieses e das limitações da crença mais superficial, mas não é menos eficiente, menos pragmaticamente relevante, por isso; uma compreensão cuja ausência condiciona, de modo decisivo, a possibilidade de imputação moral ao agente⁹⁵.

A suspeita de ignorância, de vício na formação da vontade, torna o acto não-voluntário (ressalvada a hipótese da *actio libera in causa*⁹⁶); compreende-se por isso a relevância, nestes domínios, da própria constatação de que o conhecimento está também ele condicionado a circunstâncias não controláveis e não controladas por aquele que adquire o conhecimento, e que portanto também há um elemento de acaso na forma como obtemos o conhecimento que serve de base à acção – o problema da «sorte epistémica»⁹⁷.

Uma implicação é a de que, retrospectivamente, uma acção se terá por voluntária somente se o próprio agente puder sustentar que, quanto aos elementos significantes da acção, não está arrependido, ou seja, que o conhecimento superveniente e retrospectivo não o faria agir agora de modo essencialmente diferente porque o grau de convicção que o fez agir *como se tivesse certezas* é uma indução não-acidental, é um produto bem-sucedido da deliberação cognitiva do agente⁹⁸ (excluindo-se não somente a «*veritic luck*» que se reporta ao preenchimento de todas as condições epistémicas de validação, como a «*reflective luck*» que corresponde às condições de corroboração retrospectiva do conhecimento⁹⁹).

⁹⁴ Steglich-Petersen, Asbjorn (2010), "Luck as an Epistemic Notion", *Synthese*, 176, 361-377.

⁹⁵ Bostock, D. (2000), 111ss..

⁹⁶ Moody-Adams, Michele (1994), "Culture, Responsibility, and Affected Ignorance", *Ethics*, 104, 291-309.

⁹⁷ Axtell, Guy (2003), "Felix Culpa: Luck in Ethics and Epistemology", *Metaphilosophy*, 34/3, 331-352; Brogaard, Berit (2003), "Epistemological Contextualism and the Problem of Moral Luck", *Pacific Philosophical Quarterly*, 84/4, 351-370; Engel, Mylan (1992), "Is Epistemic Luck Compatible with Knowledge?", *The Southern Journal of Philosophy*, 30, 59-75; Greco, John (2003), "Virtue and Luck, Epistemic and Otherwise", *Metaphilosophy*, 34/3, 353-366; Heller, Mark (1999), "The Proper Role for Contextualism in an Anti-Luck Epistemology", *Philosophical Perspectives*, 13, 115-129; Latus, Andrew (2000), "Moral and Epistemic Luck", *Journal of Philosophical Research*, 25, 149-172; Lewis, David (1996), "Elusive Knowledge", *Australasian Journal of Philosophy*, 74, 549-567; Pritchard, Duncan H. (2003), "Virtue Epistemology and Epistemic Luck", *Metaphilosophy*, 34, 106-130; Pritchard, D.H. (2005); Riggs, W. (2007), "Why Epistemologists Are so Down on Their Luck", *Synthese*, 158, 329-344; Riggs, W. (2009), "Luck, Knowledge, and Control", in Haddock, A., A. Millar & D.H. Pritchard (orgs.) (2009), 205-221; Statman, Daniel (1991), "Moral and Epistemic Luck", *Ratio*, 4 (n.s.), 146-156; Zagzebski, L.T. (1996).

⁹⁸ Pritchard, Duncan H. (2005b), "Scepticism, Epistemic Luck and Epistemic Angst", *Australasian Journal of Philosophy*, 83, 194ss. (185-205).

⁹⁹ Foley, R. (1987); Pritchard, Duncan H. (2004), "Epistemic Luck", *Journal of Philosophical Research*, 29, 214 (193-222); Sorensen, Roy A. (1998), "Logical Luck", *Philosophical Quarterly*, 48, 319-334.

18. A SORTE NOS RESULTADOS: O QUADRO GERAL

Voltemos à «sorte nos resultados», que se concentra em casos de tentativa, de decisão em contexto de incerteza e em casos de negligência. Nos primeiros, ressalta claro que a aprovação ou reprovação dos actos depende dos resultados, o que leva a uma atenuação ou desvalor da «mera tentativa»; nos segundos, é evidente que o domínio das circunstâncias ou a previsão das consequências não são perfeitos, e que isso não inibe o agente de agir (como Williams sugere no caso de Paul Gauguin, que ele diz que estamos dispostos a avaliar pelo sucesso retrospectivo das suas opções de vida tal como o próprio teria feito, por ausência de arrependimento¹⁰⁰); nos casos de negligência, o resultado lesivo empola a dimensão negativa do juízo moral (como no caso já referido dos dois condutores negligentes, em que só um deles atropela uma criança)¹⁰¹.

Nestes casos, dir-se-á que a inevitável presença da «sorte moral» dita a possibilidade de uma genuína responsabilidade pelos resultados, que extravasa da responsabilidade pela acção e abarca também o desfecho saliente dessa acção, na medida em que esse desfecho seja cognoscível e evitável através da mera abstenção ou inacção – caso em que a opção por agir é já «cobertura de risco» pelo resultado (como nas proverbiais «obrigações de resultado» e «obrigações de garantia» por contraposição às habituais «obrigações de meios»), algo que resulta da «sorte epistémica» de se possuir a informação comum sobre a causalidade adequada à produção de resultados traduzidos em «estados do mundo» relevantes, de tal modo que, uma vez produzidos os resultados, o agente não possa invocar surpresa ou contrariedade¹⁰². A «sorte nos resultados» é empolada, no entendimento de Bernard Williams, naquelas situações em que uma pluralidade de fins e um entrechoque de valores geram, ou aleatoriedade nas nossas conduta, ou a dilaceração de impasses dilemáticos que só a sorte permite superar – dando-nos como ilustrações disso o caso de Gauguin, mas também o de Anna Karenina¹⁰³.

19. A SORTE NOS RESULTADOS, PRUDÊNCIA E MORALIDADE

¹⁰⁰ Williams, Bernard (1993), “Moral Luck”, in Statman, D. (org.) (1993), 38. Veja-se contudo a interpretação discrepante em: Athanassoulis, N. (2005), 10ss.. Cfr. Statman, Daniel (1993), “Introduction”, in Statman, D. (org.) (1993), 5-7. Na verdade, não podemos deixar de reconhecer que a posição de Paul Gauguin, no momento de decidir abandonar o seu meio e as suas responsabilidades anteriores, está profundamente dependente: a) do estatuto *epistémico* da sua convicção quanto à probabilidade de sucesso de um corte radical e de uma *nova oportunidade*; b) da sorte *intrínseca*, ou seja da forma como o seu carácter e os seus talentos o encaminham para o sucesso final.

¹⁰¹ Zimmerman, Michael J. (1986), “Negligence and Moral Responsibility”, *Nous*, 20, 199-218; Zimmerman, M.J. (1988); Zimmerman, Michael J. (2006), “Moral Luck: A Partial Map”, *Canadian Journal of Philosophy*, 36, 585-608.

¹⁰² Sartorio, Carolina (2004), “How to Be Responsible for Something without Causing It”, *Noûs*, 18 Supp., 329ss. (315-336); Zimmerman, Michael J. (2002b), “Controlling Ignorance: A Bitter Truth”, *Journal of Social Philosophy*, 33, 483-490.

¹⁰³ Midgley, M. (2001), 27.

Talvez possamos reservar a expressão «prudência» a essa responsabilidade pelos resultados, se contrapusermos «prudência» a «moralidade» e virmos naquela um esforço exclusivamente pragmático de maximização dos interesses pessoais com desconsideração pelas condições de formação e expressão da própria vontade, como por exemplo a acção mercenária que se pauta pela simples obtenção de recompensas (excluindo pois que qualquer perturbação de resultados possa exonerar a prudência)¹⁰⁴ – aquilo que Kirkegaard designava eufemisticamente como «suspensão teleológica da Ética»¹⁰⁵.

De outra perspectiva, diremos que mesmo para um «consequencialista» a sorte moral não é irrelevante, se pudermos distinguir entre a rectidão objectiva dos resultados (a geração dos melhores «estados do mundo») e a rectidão subjectiva das acções (o desenvolvimento dos melhores esforços dedicados à prossecução dos fins, dado um determinado nível de capacidade e de informação), e que é a «prudência», não a «moralidade», que se esforça na conciliação dessas duas formas de rectidão¹⁰⁶.

Ou por outras palavras ainda: a virtude moral não *merece* recompensa na medida em que ela própria *é* uma recompensa; e se concedemos, no plano dos factos, que o desejo da pessoa virtuosa deve ser satisfeito, fazemo-lo somente por concluirmos que a pessoa virtuosa deseja o que é bom¹⁰⁷.

Para elucidarmos esquematicamente a relação entre as dimensões «epistémica» e «moral» da sorte, poderíamos recorrer à seguinte imagem que ilustra as quatro possíveis avaliações circunstanciais da nossa acção moral¹⁰⁸:

Bom resultado esperado			
Mau resultado efectivo	Risco baixo (pequena distância entre censura e louvor)		Bom resultado efectivo
	1. Compreensão moral	2. Louvor moral	
	3. Condenação moral	4. Heroísmo moral	
	Risco elevado (grande disparidade entre censura e louvor)		
Mau resultado esperado			

Merece: 1) compreensão moral aquele que, numa situação de baixo risco e não obstante a expectativa de bom resultado, todavia obtém um mau resultado (em linguagem comum, dir-se-á que agiu moralmente mas com imprudência); 2) louvor moral aquele que, numa situação de baixo risco, efectivamente confirma a

¹⁰⁴ Nida-Rümelin, Julian (2004), "There Is No Moral Luck" (paper), 6-8.

¹⁰⁵ Kekes, J. (1993), 172.

¹⁰⁶ Jacobs, J. (2002), 62.

¹⁰⁷ Adams, R.M. (2006), 168.

¹⁰⁸ Adaptada de Michaelson, Christopher (2008), "Moral Luck and Business Ethics", *Journal of Business Ethics*, 83, 780 (773-787).

expectativa de bom resultado (dir-se-á que agiu moralmente e prudentemente); 3) condenação moral aquele que numa situação de elevado risco confirma efectivamente a expectativa de mau resultado (dir-se-á que agiu imoralmente e imprudentemente)¹⁰⁹; 4) reconhecimento de heroísmo moral aquele que, enfrentando o elevado risco e a expectativa de maus resultados, não obstante alcança efectivamente um bom resultado (novamente deste se dirá que agiu moralmente mas com imprudência)¹¹⁰.

20. A COBERTURA DA SORTE NOS RESULTADOS

Estamos aqui aliás numa das «*vias medias*» que têm sido tentadas, procurando contrabalançar a posição radicalmente racionalista, que apenas atende ao binómio vontade / controle, e uma posição radicalmente consequencialista que só atendesse aos resultados, através da noção de «agente virtuoso» que assume as consequências dos actos dentro de uma margem tolerável de «sorte nos resultados», sem se refugiar no estrito requisito do controle¹¹¹, aquilo que pode designar-se também por «fibra moral», a coragem de assumir os erros próprios¹¹².

Por outro lado, forçoso é reconhecer que existe uma fundamental assimetria em termos de responsabilidade moral naquilo que depende de nós, isto é, naquilo que ocorre dentro das fronteiras da «condição de controle» – e que a existência de uma vontade *má*, *mal formada*, pode impor-nos a assunção dos efeitos perversos, mesmo aqueles que tenham ocorrido por sorte na sequência dessa expressão não-virtuosa – um pouco o que sucede na cobertura dos riscos por parte daquele que tenha incorrido em «*mora debitoris*», ou daquele se tenha afastado criminosamente da diligência socialmente devida, incorrendo em ilicitude ou em grosseira negligência, como o próprio Kant não tinha deixado de assinalar¹¹³, e São Tomás de Aquino antes dele^{114/115}.

Em síntese, para haver «cobertura dos resultados» deverá presumir-se que estão reunidos três requisitos da acção:

¹⁰⁹ Williams, Glanville L. (1961), "Recklessness", in Morris, H. (org.) (1961), 262-267.

¹¹⁰ A abnegação radical, a entrega desinteressada, constituem as formas rematadas de «imprudência virtuosa» – cfr. Arneson, Richard J. (2001), "Luck and Equality", *Proceedings of the Aristotelian Society*, 75 Supp., 73-90; Milo, R.D. (1984).

¹¹¹ Wolf, Susan (2001), "The Moral of Moral Luck", *Philosophic Exchange*, 31, 4-19.

¹¹² Cfr. Levi, Don S. (1993), "What's Luck Got to Do With It?", in Statman, D. (org.) (1993), 119 (109-121), remetendo essa noção de «*moral nerve*» para a obra de Joan Didion (1961), *Slouching Towards Bethlehem*, New York, Farrar Straus & Giroux ("On Self-Respect", 145).

¹¹³ Bittner, Thomas (2008), "Punishment for Criminal Attempts: A Legal Perspective on the Problem of Moral Luck", *Canadian Journal of Philosophy*, 38/1, 65 (51-84).

¹¹⁴ *Summa Theologiae, Secunda Secundae Partis*, Q. 64, Art. 8 (sobre a questão de saber se alguém pode ser culpado de homicídio por ter morto casualmente alguém). Cfr. Bowlin, J. (1999); Williams, Glanville L. (1961), "Intention in the Criminal Law", in Morris, H. (org.) (1961), 218-225.

¹¹⁵ Podemos também pensar no homem que engravida uma mulher e fica à mercê da decisão dela de prosseguir na gravidez ou interrompê-la – Brake, Elizabeth (2005), "Fatherhood and Child Support: Do Men Have a Right to Choose?", *Journal of Applied Philosophy*, 22, 55-73.

1. A acção ser voluntária, no sentido de o agente moral ter tomado uma decisão inicial no sentido da mudança dos «estados do mundo»;
2. O resultado ter a acção escolhida como causa predominante;
3. O agente ter o resultado como voluntário, mesmo que indesejado – no sentido de o resultado ser consequência adequada e previsível da acção, sem que isso tenha dissuadido o agente de tomar a sua iniciativa e perseverar nela.

Na «sorte nos resultados», nem sempre estas três condições têm ocasião de operar de modo regular. Por exemplo, na tentativa frustrada as condições 2) e 3) podem não entrar a operar. Na decisão arriscada só haverá responsabilidade se a condição 2) estiver preenchida, e o agente só terá a perspectiva subjectiva de sucesso se a condição 3) estiver preenchida (epistemicamente ele conhecerá porventura a possibilidade do resultado pretendido mas pode não dispor do controle para agir decisivamente¹¹⁶). Na negligência, a condição 3) estará normalmente preenchida, mas a 2) só o estará se da negligência resultar o desfecho típico do acto¹¹⁷.

Isto demonstra que o problema da «sorte nos resultados» é genuíno, no sentido de que se fazem sentir plenamente na consequência dos nossos actos os efeitos da «sorte moral». Em rigor, o agente com sorte não deve ser julgado de forma diversa daquela que é reservada para o agente sem sorte, pelo que será mais sensato reconhecer que a diferença não está na avaliação moral mas no dever pragmático de reparação, ou no direito à recompensa, que hão-de acompanhar a verificação efectiva dos resultados; ou seja, na implicação jurídica, não no juízo moral¹¹⁸.

Insistamos que a «cobertura dos resultados» é uma opção perfeitamente compatível com a ideia, mitigada embora, da «condição de controle», e que ela tem a vantagem de permitir gradações de responsabilidade e de mérito, com realismo¹¹⁹: por exemplo, admitir-se-á um agravamento do demérito do homicídio consumado face à tentativa se reconhecermos que o sucesso tornou o homicida responsável pelo resultado danoso, enquanto que o insucesso impede um resultado que seja imputável ao agente – podendo pois aceitar-se, ao menos como regra de jogo, que haja uma censura mais forte na situação consumada¹²⁰ – por

¹¹⁶ Voltando ao caso de Paul Gauguin, poderá dizer-se que não é a «sorte dos resultados» que ditará em última instância o nosso juízo de avaliação, mas a circunstância de termos por razoável a estimativa de probabilidade elevada de sucesso na opção de ir para o Tahiti. Cfr. Athanassoulis, N. (2005), 11-13.

¹¹⁷ Kenny, Anthony (1988), "Aristotle on Moral Luck", in Dancy, J., J.M.E. Moravcsik & C.W.W. Taylor (orgs.) (1988), 110ss. (105-119).

¹¹⁸ Eisikovits, Nir (2005), "Moral Luck and the Criminal Law", in Campbell, J.K., M. O'Rourke & D. Shier (orgs.) (2005), 105-124; Keating, Gregory C. (2006), "Strict Liability and the Mitigation of Moral Luck", *Journal of Ethics and Social Philosophy*, 2/1, 1-33.

¹¹⁹ Honoré, Tony (1988), "Responsibility and Luck. The Moral Basis of Strict Liability", *Law Quarterly Review*, 104, 530-553; Perry, Stephen R. (1992), "The Moral Foundations of Tort Law", *Iowa Law Review*, 77, 449-514; Perry, Stephen R. (2001), "Responsibility for Outcomes, Risk, and the Law of Torts", in Postema, G.J. (org.) (2001), 72-131.

¹²⁰ Adler, Jonathan E. (1987), "Luckless Desert is Different Desert", *Mind*, 96, 247-249; Katz, L. (1987); Katz, Leo (2000), "Why the Successful Assassin Is More Wicked than the Unsuccessful One", *California Law Review*, 88, 791-812.

mais «sorte» que haja existido nonexo causal –, não obstante o desvalor moral estar igualmente presente no juízo deôntico e no juízo aretaico que se endereçam aos intuitos revelados nos passos «controlados» de ambos os agentes¹²¹.

21. D'OUÛ VENONS-NOUS... QUE SOMMES NOUS... OÙ ALLONS-NOUS?

[Paul Gauguin:] «*Porque sou um selvagem. A minha moral não é a dos burgueses. Agora, os meus instintos ordenam os meus actos. Graças a esta nova filosofia serei um grande artista*»

Mario Vargas Llosa, *O Paraíso na Outra Esquina*¹²²

A admissão da «sorte nos resultados» é, num certo sentido, o reconhecimento de que a moralidade não é a fonte única, nem é sequer a fonte suprema, do valor dos nossos actos. Mas por isso mesmo dir-se-á que aquela admissão só é grave para quem se obstina (como alguns julgam que Kant fez¹²³) na afirmação do carácter único ou supremo da moralidade na aferição das nossas vidas – já não o sendo para aqueles que reconheçam que outros valores disputam, pacificamente, o protagonismo e a primazia. Ao agente cabe formar a sua própria motivação, e a sua boa motivação se ele quiser ser um agente virtuoso, se ele quiser preservar o domínio sobre os traços do seu próprio carácter – mas, por força da «sorte dos resultados», não cabe já ao agente assegurar o pleno sucesso das expressões da sua motivação; de uma perspectiva de «Ética da virtude», acrescentar-se-á que o único resultado relevante é o mais remoto da formação e preservação de um carácter (virtuoso), não qualquer resultado mais imediato, que isoladamente pode ser subvertido por essa interposição da «sorte nos resultados»¹²⁴.

Se pensarmos em Paul Gauguin como epítome do «herói romântico», a sua transgressão e fuga começam por ser justificados por eles mesmos, pelo seu simbolismo¹²⁵; e não podemos excluir que, na disputa de valores, o seu gesto boémio esteja já justificado, mesmo antes da consagração e do sucesso¹²⁶, e continuaria justificado mesmo que a consagração e o sucesso não tivessem chegado afinal, bastando para o efeito a demonstração da vontade de sacrifício «pela obra», da assunção existencial do valor da «arte pela arte»¹²⁷.

¹²¹ Greco, John (1995), "A Second Paradox Concerning Responsibility and Luck", *Metaphilosophy*, 26, 81-96; Zimmerman, Michael J. (2002), "Taking Luck Seriously", *Journal of Philosophy*, 99, 553-576.

¹²² Vargas Llosa, M. (2010), 386.

¹²³ Baxley, Anne Margaret (2003), "Does Kantian Virtue Amount to More than Continence?", *Review of Metaphysics*, 56, 559-586.

¹²⁴ Annas, Julia (2003), "The Structure of Virtue", in DePaul, M. & L. Zagzebski (orgs.) (2003), 25 (15-33).

¹²⁵ E até pela impressão de revisibilidade não-monotónica das normas de conduta – cfr. Wilson, Catherine (2000), "The Biological Basis and Ideational Superstructure of Morality", *Canadian Journal of Philosophy*, 26 Supp., 224 (211-244).

¹²⁶ Midgley, M. (2001), 29.

¹²⁷ Mendus, Susan (1988), "The Serpent and the Dove", *Philosophy*, 63, 339 (331-343). Cfr. Baron, Marcia (1986), "On Admirable Immorality", *Ethics*, 96, 557-566; Eaton, M.M. (2001); Flanagan, Owen (1986), "Admirable Immorality and Admirable Imperfection", *Journal of Philosophy*, 83, 41-60; Kamm, F.M. (2007), 327ss.; Kekes, J. (1993), 172; Michaelson, Christopher (2008), "Moral Luck and Business Ethics", *Journal of Business Ethics*, 83, 773-787; Slotte, M. (1983) ("Admirable

22. A SORTE CIRCUNSTANCIAL

Quanto à «sorte circunstancial», ela denota que o valor moral dos actos, e o próprio carácter moral do agente, podem ser decisiva e insuperavelmente condicionados por factores não escolhidos pelo agente, as circunstâncias da sua vida, as oportunidades que se lhe oferecem, a pertença a grupos e classes humanas¹²⁸, as ocasiões que surgem ou deixam de surgir¹²⁹ – os «bens externos» que se apresentam à nossa acção como «condições habilitantes»¹³⁰. Muitas observações comuns, e até provérbios, ilustram a ideia, como a de que «a ocasião faz o ladrão», ou a de que «não há grandes generais em tempo de paz», ou de que é a existência do mal ou da tentação que gera uma oportunidade para agirmos bem¹³¹.

Não se trata aqui do ascendente das circunstâncias na formação de um carácter moral, pois isso constitui já o conceito de «sorte constitutiva»: trata-se apenas de apreciar o modo como o quadro referencial disponível condicionou as escolhas morais de agentes que, se não fossem essas limitações, teriam agido de forma diferente e porventura mais genuinamente livre (admitindo que possa haver circunstâncias mais e menos constritoras, embora aí a limitação epistémica seja muito relevante¹³²); trata-se de reconhecer que toda a acção humana é «situada», que a nossa moral é também uma regra de vida em contextos sobre os quais espraiamos as nossas expectativas e as nossas capacidades¹³³; cabendo quando muito, e em contrapartida, insinuar-se aqui algum cepticismo quanto à «fortaleza de carácter», acompanhando aqueles que entendem que as circunstâncias tendem sempre a levar a melhor sobre alegadas características permanentes da personalidade individual¹³⁴.

Immorality”, 77-107).

¹²⁸ Smilansky, S. (2007), 20-21; Card, Claudia (1990), “Gender and Moral Luck”, in Flanagan, O.J. & A.O. Rorty (orgs.) (1990), 199-218; Mellema, Gregory (1997), “Moral Luck and Collectives”, *Journal of Social Philosophy*, 38, 145-152.

¹²⁹ Wilson, C. (2007), 205. Cfr. Elshof, Gregg Ten (2001), “The Problem of Moral Luck and the Parable of the Land Owner”, *Philosophia Christi*, 3/1, 139-151.

¹³⁰ Jacobs, J. (2002), 64.

¹³¹ Thomas Nagel sublinha-o também com a citação do poema de Thomas Gray, *Elegy Written in a Country Churchyard*: “Some mute inglorious Milton here may rest / Some Cromwell, guiltless of his country’s blood” – Nagel, Thomas (1993), “Moral Luck”, in Statman, D. (org.) (1993), 70n9.

¹³² Scanlon, T.M. (2008), 237.

¹³³ Adams, R.M. (2006), 161.

¹³⁴ Doris, J.M. (2002); Annas, Julia (2005), “Comments on John Doris’s *Lack of Character*”, *Philosophy and Phenomenological Research*, 71/3, 636-642; Audi, R. (1997); Card, C. (1996); Garver, E. (2004); Harman, Gilbert (2000), “The Nonexistence of Character Traits”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 100/1, 223-226; Harman, Gilbert (2001), “Virtue Ethics without Character Traits”, in Byrne, A., R. Stalnaker & R. Wedgwood (orgs.) (2001), 117-127; Harman, Gilbert (2003), “No Character or Personality”, *Business Ethics Quarterly*, 13/1, 87-94; Jacobs, J. (2001); Sher, George (1998), “Ethics, Character, and Action”, *Social Philosophy and Policy*, 15, 1-17; Solomon, Robert C. (2005), “What’s Character Got to Do with It?”, *Philosophy and Phenomenological Research*, 71, 648-655; Webber, Jonathan (2006b), “Virtue, Character and Situation”, *Journal of Moral Philosophy*, 3/2, 193-213; Zimmerman, David (2003), “Sour Grapes, Self-Abnegation and Character Building: Non-Responsibility and Responsibility for Self-Induced Preferences”, *Monist*, 86/2, 220-241; Athanassoulis, Nafsika (2000), “A Response to Harman: Virtue Ethics and Character Traits”, *Proceedings of the Aristotelian Society*, 100, 215-221.

A «sorte circunstancial» também permite esclarecer que as pessoas raramente perdem todo o controle sobre as suas circunstâncias, e evitam agir em circunstâncias que não reconheçam, em relação às quais não haja um mínimo de controle ou de produto de escolhas pretéritas. Para uma acção ser voluntária bastará que a pessoa preserve, num contexto relevante, a opção de agir ou deixar de agir, com base num conhecimento minimamente adequado dos contornos da situação – não se requerendo um controle absoluto sobre todas as condições que integram as suas circunstâncias, e nem mesmo que todas as condições sejam desejadas ou igualmente desejadas (tendo muitas vezes o agente que «aceitar o preço» das suas principais preferências), ou menos ainda exigindo que o agente queira afirmar o seu carácter sempre como um «solista», por demarcação face ao seu contexto social ou por negação das suas dívidas para com ele¹³⁵.

Aliás, esse controle difuso sobre as circunstâncias permite também esclarecer que a maior parte das decisões moralmente relevantes não são tomadas em situações extremas ou dilemáticas, antes ocorrem em circunstâncias que o próprio agente começou por aceitar como «normais»¹³⁶. De resto nem teriam que o ser, por mais interessantes que se apresentem, simbolicamente, essas situações extremas: as condições «normais» fornecem já ao agente amplíssimas oportunidades de afirmação e de revelação do «carácter» moral, sem necessidade de se avançar para as escolhas dolorosas dos dilemas ou para as opções binárias e urgentes dos testes morais. Insistamos, até na forma como opta pelas circunstâncias e se evade das situações graves ou anormais o agente moral revela a sua índole, a sua racionalidade, o seu auto-domínio.

23. A SORTE CONSTITUTIVA: O QUADRO GERAL

Quanto à «sorte constitutiva», ela refere-se essencialmente à influência, nos juízos morais presentes, de factores, como sentimentos e disposições morais, que não estão presentemente sob o controle do agente, tenham ou não estado alguma vez sob o seu controle. Isso permite distinguir três situações:

1. As qualidades inatas do agente, ou seja, as predisposições de carácter que, de forma mais ou menos rudimentar, condicionam desde o início a edificação moral das crianças¹³⁷;
2. A educação precoce da criança, ou seja, toda aquela indução de hábitos de comportamento que não depende de qualquer controle por parte de quem dela beneficia¹³⁸;
3. O lado edificante da experiência adulta, ou seja, o acumular de situações, conhecimentos e oportunidades para o enriquecimento ou para o

¹³⁵ Adams, R.M. (2006), 165.

¹³⁶ Foot, P. (2002); Fischer, J.M. (org.) (1986); Frankfurt, Harry G. (1969), "Alternate Possibilities and Moral Responsibility", *Journal of Philosophy*, 66, 829-839.

¹³⁷ Foot, P. (2001).

¹³⁸ Spiecker, Ben (1999), "Habituation and Training in Early Moral Upbringing", in Carr, D. & J.W. Steutel (orgs.) (1999), 210-223.

empobrecimento do carácter moral, sempre que essas ocasiões contenham uma margem de casualidade, de «sorte»¹³⁹.

A «sorte constitutiva» também nos desperta para o facto de muitas das nossas qualidades morais serem «cultivadas», no sentido de não poderem ser alcançadas através de simples desejo ou deliberação, antes deverem resultar da sedimentação de uma vontade firme e constante, de um hábito (como ensinava Aristóteles, somos honestos por agirmos consistentemente de forma honesta, não por subitamente desejarmos «passar a ser honestos»). A margem «constitutiva» da nossa moralidade pressupõe, assim, a interferência de uma «sorte nos resultados», nomeadamente a voluntariedade na formação de um hábito moralmente relevante, o carácter central dessa voluntariedade para a sedimentação de um «carácter» moral, e a deliberação nos resultados, ou seja, o desejo revelado de obtenção dos resultados normalmente alcançados pela formação daquele hábito moralmente relevante.

Por outro lado, a «sorte constitutiva», que não deve confundir-se com determinismo nem revestir-se de tonalidades deterministas (o conceito de «liberdade» pretende muitas vezes significar apenas o facto de as pessoas não serem meros produtos do seu meio¹⁴⁰, embora não possam subestimar-se os «handicaps» da fortuna congénita¹⁴¹), tem-se normalmente por superável, ainda que através de um processo longo de edificação e de maturação (razão pela qual a nossa infância e adolescência normalmente correspondem a menores graus de imputabilidade ética¹⁴²). Salvos casos patológicos, não ficamos moralmente cativos dos nossos traços inatos de personalidade ou dos ascendentes da nossa primeira educação infantil – sendo que a «idade adulta» é frequentemente a revelação dessa capacidade de superação, de modelação «de um novo carácter».

Dito isto, acrescentaríamos que o tempo conspira contra a «sorte constitutiva», na medida em que o nosso hábito é a conquista progressiva de controle do agente sobre a sua própria índole moral – que o vai «sedimentando» a si próprio –, ainda que não aceitemos a radicalidade com que o existencialismo sustentou que seríamos «self-made»¹⁴³. Por outro lado, a nossa «boa natureza» é algo que não é espontaneamente sujeito à pressão rectificadora, pela simples razão de que tende a produzir bons resultados – algo que Aristóteles já sublinhara, ao reconhecer que a «virtude natural» não é «virtude genuína», já que entre as boas acções resultantes de ambas só verdadeiramente as segundas são inteiramente merecedoras de aplauso¹⁴⁴.

¹³⁹ Statman, Daniel (1993), “Introduction”, in Statman, D. (org.) (1993), 12.

¹⁴⁰ Watson, Gary (2008), “Responsibility and the Limits of Evil: Variations on a Strawsonian Theme”, in McKenna, M. & P. Russell (orgs.) (2008), 133-134 (115-142).

¹⁴¹ Tales dava graças à sorte de ter nascido ser humano, de ter nascido homem e de ter nascido grego – Williams, B. (1993c), 119.

¹⁴² Adams, R.M. (2006), 159.

¹⁴³ Jacobs, J. (2002), 63-64.

¹⁴⁴ Athanassoulis, N. (2005), 44.

24. A SORTE CONSTITUTIVA E O CARÁCTER MORAL

Em todo o caso, insistamos no que há de perturbador na constatação de que existe uma «sorte constitutiva»: mesmo que facilmente descontemos a sorte que afecta os nossos actos ou a sorte que condiciona as nossas circunstâncias, esse desconto conduzir-nos-ia para a consideração do âmago moral que é o *carácter* do agente; ora, o que dizer se constatarmos que até aí a sorte reina, e que portanto toda e qualquer demonstração de virtude ou de falta dela é obra, mesmo que parcialmente, de um acaso que nos tornou no que somos? Como fazer a triagem, no somatório daquilo que somos, para descobrirmos aquilo que temos mérito em ser? Que restará, por exemplo, do edifício ético e sociopolítico da meritocracia?¹⁴⁵

Rematemos pela positiva: a «sorte constitutiva» também denota que o nosso quadro moral, as oportunidades para o aperfeiçoamento ético do nosso carácter, a nossa virtude em suma, são em larga medida um dom, uma graça: a sorte de termos nascido entre gente de bem, a sorte de termos privado com heróis morais, a sorte de termos vivido em paz. E será que isso corrói tanto o mérito? Uma peça de Mozart terá menos valor intrínseco pela circunstância de sabermos que ela foi composta sem esforço, pelo dom transbordante de um génio musical inato?¹⁴⁶

25. SOLUÇÕES PARA O PROBLEMA DA SORTE MORAL

Perante o problema da «sorte moral», três são as vias principais de solução que podem ser, e têm sido, esboçadas: 1) negar-se a existência do problema, reafirmando a exclusividade moral da «pura agência»; 2) negar-se a relevância do problema em muitos contextos, demonstrando-se que neles a sua invocação se torna incongruente; 3) aceitar-se a existência do problema da «sorte moral» mas mitigar-se-lhe o impacto através de uma crítica à «condição de controle» na sua formulação mais drástica e conforme ao ideal da «pura agência».

“Ao ouvir numa peça de Eurípides a frase segundo a qual a virtude ficaria melhor entregue a si mesma, levantou-se indignado e saiu do teatro, dizendo considerar absurdo que as pessoas fizessem tanto alarido com a escassez de escravos e ao mesmo tempo aceitassem que a virtude fosse desprezada dessa maneira”

Diógenes Laércio, Vida de Sócrates, XVI

26. A SOLUÇÃO DA NEGAÇÃO

Para esta via de solução, não há «sorte moral», pelo que a moralidade deve continuar a presidir às nossas vidas, ou ao menos a servir de bastião inexpugnável de atribuição de mérito e demérito àquilo que fazemos.

¹⁴⁵ McNamee, S.J. & R.K. Miller (2004).

¹⁴⁶ Adams, R.M. (2006), 165.

Esta primeira atitude face à constatação do problema da «sorte moral» procura desmontar os argumentos dominantes nesta área temática. São possíveis pelo menos quatro estratégias.

26.1. A SOLUÇÃO DA NEGAÇÃO: AS LIMITAÇÕES COGNITIVAS

Uma primeira estratégia é a de atribuir a limitações epistémicas – os já mencionados vieses cognitivos – do espectador a propensão para conjecturarmos a interposição de «sorte moral»¹⁴⁷. Sobre os três potenciais homicidas, dos quais apenas um alcançou os seus objectivos, que sabemos nós? Como podemos nós estar certos das suas intenções e da determinação volitiva de cada um? Não podemos excluir que a consumação do acto seja o único indício seguro de uma diferença de intenções e de determinação entre os agentes, pelo que pode ser inteiramente justo, do ponto de vista moral, avaliar diferentemente as três actuações; com efeito, que estatuto ético teria uma avaliação que procurasse arrogantemente extravasar do domínio legitimador das nossas próprias e humanas limitações epistémicas?¹⁴⁸

Entre os três irmãos, um que é herói de guerra, outro que é herói da resistência e outro que não é nada (em sede de heroísmo), de novo que sabemos nós – em termos de podermos asseverar que, em outras circunstâncias, todos teriam a mesma conduta? Ou melhor, que provas temos nós mais fortes do que aquelas que nos são fornecidas por aquilo que eles efectivamente fizeram? Sabemos aquilo de que factualmente foram capazes: queremos nós descartar isso em favor de um juízo contrafactual relativo àquilo que eles poderiam ter feito, aquilo de que teriam sido capazes, dadas circunstâncias que podiam ter ocorrido mas não ocorreram?¹⁴⁹ O juiz «Factual» foi corrompido, o juiz «Contrafactual» tê-lo-ia sido mas não o foi – mas como sabemos nós que o teria sido, o que é que nos leva a concluir isso?¹⁵⁰ Nesse ponto o Direito abre-se mais espontaneamente para a admissão da «sorte jurídica», superando paradoxos éticos e epistémicos – o que poderá suceder até por puras razões de segurança¹⁵¹.

Note-se ainda que «sorte epistémica» designa aqui não propriamente o acaso que se reporta à *veracidade* das nossas crenças – que seria confirmada pela sobrevivência aos contra-exemplos celebrizados por Edmund Gettier¹⁵² – mas à *segurança* propiciada por uma crença verdadeira que, apesar de sê-lo, não

¹⁴⁷ Bennett, J. (1995), 59ss.; Latus, Andrew (2000), “Moral and Epistemic Luck”, *Journal of Philosophical Research*, 25, 149-172.

¹⁴⁸ Richards, Norvin (1993), “Luck and Desert”, in Statman, D. (org.) (1993), 167-180; Rescher, Nicholas (1993), “Moral Luck”, in Statman, D. (org.) (1993), 141-166; Thomson, Judith Jarvis (1993), “Morality and Bad Luck”, in Statman, D. (org.) (1993), 205ss. (195-215).

¹⁴⁹ Haji, Ishtiyaque (2003), “Alternative Possibilities, Luck, and Moral Responsibility”, *Journal of Ethics*, 7, 253-275; Rosebury, Brian (1995), “Moral Responsibility and «Moral Luck»”, *Philosophical Review*, 104, 499-524.

¹⁵⁰ Thomson, Judith Jarvis (1993), “Morality and Bad Luck”, in Statman, D. (org.) (1993), 206ss. (195-215).

¹⁵¹ Enoch, David (2010), “Moral Luck and the Law”, *Philosophy Compass*, 5/1, 48ss. (42-54); Roth, J.K. (org.), 875; Umari, Basil A. (1999), “Is Tort Law Indifferent to Moral Luck?”, *Texas Law Review*, 78, 467-492.

¹⁵² Gettier, Edmund L. (1963), “Is Justified True Belief Knowledge?”, *Analysis*, 23, 121-123.

encontra (ao menos na perspectiva dos «internalistas»¹⁵³) confirmação por se apoiar em mera correspondência casual com os factos¹⁵⁴.

26.2. A SOLUÇÃO DA NEGAÇÃO: AVALIAÇÕES MORAIS E NÃO-MORAIS

Uma segunda estratégia para a negação da «sorte moral» consiste em separar-se o genuíno juízo moral de outro tipo de avaliações de mérito e demérito: por exemplo, uma censura social pode servir outros valores que não meramente os morais¹⁵⁵, e o mesmo pode acontecer com sentimentos de repulsa¹⁵⁶ (e vontade punitiva¹⁵⁷), de ressentimento¹⁵⁸ ou de remorso¹⁵⁹ (Bernard Williams, note-se, coloca especial ênfase na possibilidade de «agent regret» como condição para a justificação racional do acto – sob pena, no seu entender, de adoptarmos uma concepção de valor moral que nos colocaria em conflito com as consequências mundanais das nossas decisões¹⁶⁰).

Vimos até a possibilidade de uma «cobertura de riscos» poder resultar de uma extensão da responsabilidade ética que assumidamente abarca elementos de «sorte», aquilo que poderá conceber-se que seja uma «virtude inominada» que se reporta à vontade de assumir consequências – quiçá a «fibra moral», ou a

¹⁵³ Williamson, Timothy (2007), “On Being Justified in One’s Head”, in Timmons, M., J. Greco & A.R. Mele (orgs.) (2007), 117 (106-122).

¹⁵⁴ Montmarquet, J.A. (1993); Pritchard, Duncan H. (2004), “Epistemic Luck”, *Journal of Philosophical Research*, 29, 193-222; Pritchard, Duncan H. (2006), “Greco on Reliabilism and Epistemic Luck”, *Philosophical Studies*, 130, 35-45; Pritchard, Duncan H. (2006b), “Moral and Epistemic Luck”, *Metaphilosophy*, 37, 1-25; Statman, Daniel (1991), “Moral and Epistemic Luck”, *Ratio*, 4 (n.s.), 146-156.

¹⁵⁵ Pode inclusivamente avançar-se para uma acusação de *irracionalidade* que (ao menos para não-kantianos) não atinja o mérito *moral* do acto – cfr. Andre, Judith (1993), “Nagel, Williams, and Moral Luck”, in Statman, D. (org.) (1993), 123.

¹⁵⁶ Enoch, David & Andrei Marmor (2007), “The Case Against Moral Luck”, *Law and Philosophy*, 26, 405-436; Hankins, Keith (2009), “In Defense of Moral Luck” (paper), 16ss..

¹⁵⁷ Browne, Brynmor (1992), “A Solution to the Problem of Moral Luck”, *Philosophical Quarterly*, 42, 345-356; Parker, Richard (1984), “Blame, Punishment, and the Role of Result”, *American Philosophical Quarterly*, 21, 269-276; Schulhofer, Stephen J. (1974), “Harm and Punishment: A Critique of Emphasis on the Results of Conduct in the Criminal Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, 122, 1497-1607; Statman, Daniel (1997b), “The Time to Punish and the Problem of Moral Luck”, *Journal of Applied Philosophy*, 14, 129-135.

¹⁵⁸ Strawson, P.F. (1973); Scanlon, T.M. (2008), 125-126; Eisikovits, Nir (2005), “Moral Luck and the Criminal Law”, in Campbell, J.K., M. O’Rourke & D. Shier (orgs.) (2005), 118ss. (105-124); Kessler, Kimberly D. (1994), “The Role of Luck in the Criminal Law”, *University of Pennsylvania Law Review*, 142, 2188ss. (2183-2237).

¹⁵⁹ Richards, Norvin (1993), “Luck and Desert”, in Statman, D. (org.) (1993), 178-179 (167-180).

¹⁶⁰ Williams, Bernard (1993), “Moral Luck”, in Statman, D. (org.) (1993), 44. Cfr. Baron, Marcia (1988), “Remorse and Agent-Regret”, in French, P.A., T.E. Uehling & H.K. Wettstein (orgs.) (1988), 259-281; Bittner, Rudiger (1992), “Is It Reasonable to Regret Things One Did?”, *Journal of Philosophy*, 89/5, 262-273; Dennett, D.C. (1984); Dennett, Daniel C. (1994), “Get Real: Luck, Regret, and Kinds of Persons”, *Philosophical Topics*, 22, 558-562; Domsky, Darren (2004), “There is no Door: Finally Solving the Problem of Moral Luck”, *Journal of Philosophy*, 101/9, 463; Domsky, Darren (2005), “Tossing the Rotten Thing Out: Eliminating Bad Reasons not to Solve the Problem of Moral Luck”, *Philosophy*, 80, 531-541; Kamm, F.M. (2007), 325ss.; Rosebury, Brian (1995), “Moral Responsibility and «Moral Luck»”, *Philosophical Review*, 104, 514ss. (499-524); Statman, Daniel (2005), “Doors, Keys and Moral Luck: A Reply to Domsky”, *Journal of Philosophy*, 102/8, 422-436.

«generosidade», de se assumir os danos e não se ser evasivo quanto a eles, sempre que a sorte faz decorrer danos de uma conduta que não seria censurável (ao menos juridicamente censurável) sem eles¹⁶¹. Em todos os casos, o equívoco quanto à formulação de genuínos juízos morais leva-nos a postularmos a interposição de «sorte moral»: mas essa conclusão é arredada mal nos apercebamos de que não são genuínos juízos morais aqueles que estão em causa.

Também é possível estabelecer-se uma fronteira entre dois tipos de responsabilidade: aquela «que exprime a falta» e aquela «que exprime a imputação» (a «*fault-expressing responsibility*» e a «*agency-linking responsibility*»), a primeira funcionando como meio de revelação do carácter do agente, a segunda servindo para o estabelecimento da relação causal – podendo sempre invocar-se que é muito mais na segunda do que na primeira (pura questão de grau) que incide a alegada margem de «sorte moral» que emerge do nosso viés de avaliação, porque na relação causal o nosso controle pode entrar em colapso; enquanto que é sobretudo na primeira (nova questão de grau) que verdadeiramente se joga a dimensão ética – antes das implicações particulares da nossa «agência» com os eventos¹⁶².

Esta estratégia pode ser ligeiramente modificada com simples desígnios consequencialistas, atendendo à ideia de que a nossa consciência moral é despertada por modificações em «estados do mundo», transitando para a imputação a agentes desses estados do mundo, e só por fim remata com avaliações positivas ou negativas em atenção ao elemento de controle, e logo de responsabilidade, que possa discernir-se nas acções – pelo que os nossos juízos não podem ser indistintamente niveladores e devem consentir *tratamentos* individualizados, sob pena de induzirem uniformemente nos agentes uma atitude defensiva que seria bloqueadora do nosso funcionamento diferenciado como agentes morais no mundo¹⁶³.

Porventura é nesta estratégia, mais do que nas outras, que se presente o risco que já foi assinalado ao «absolutismo moral» que alguns se obstinam em atribuir a Kant – o de deixar o acaso exonerar o agente da sua vinculação à lei moral, o de soçobrar no extremo do «nada» por insistência maniqueísta no «tudo ou nada»¹⁶⁴.

26.3. A SOLUÇÃO DA NEGAÇÃO: SORTE MORAL E SORTE JURÍDICA

¹⁶¹ Wolf, Susan (2001), “The Moral of Moral Luck”, *Philosophic Exchange*, 31, 15ss. (4-19).

¹⁶² Zipursky, Benjamin C. (2008), “Two Dimensions of Responsibility in Crime, Tort, and Moral Luck”, *Theoretical Inquiries in Law*, 9, 97-137; Hankins, Keith (2009), “In Defense of Moral Luck” (paper), 19ss..

¹⁶³ Domsy, Darren (2004), “There is no Door: Finally Solving the Problem of Moral Luck”, *Journal of Philosophy*, 101/9, 445-464; Jensen, Henning (1993), “Morality and Luck”, in Statman, D. (org.) (1993), 131-140; Long, Roderick T. (1999), “The Irrelevance of Responsibility”, *Social Philosophy and Policy*, 16/2, 118-145; Makkuni, Santosh (1996), “Moral Luck and Practical Judgment”, *Journal of Speculative Philosophy*, 10/3, 199-209.

¹⁶⁴ Nussbaum, M.C. (2001), 49; Strawson, Galen (1994), “The Impossibility of Moral Responsibility”, *Philosophical Studies*, 75, 5-24.

Uma terceira estratégia é a de demarcação entre «sorte moral» e «sorte jurídica», fazendo notar que os diversos fins da ordem jurídica podem ditar apreciações valorativas sobre as acções que, além de abarcarem assumidamente margens de risco a todos os níveis, não menos declarada e resolutamente se afastam da simples avaliação moral. Por exemplo, na reacção a um dano os objectivos de reparação ou de retribuição podem casar-se com objectivos de prevenção geral e especial¹⁶⁵, ou com objectivos de segurança ou de eficiência, sem que nada disso desvirtue o alcance da avaliação jurídica dos actos¹⁶⁶. Noutro exemplo: que juridicamente a reacção ao crime consumado seja muito distinta da reacção à tentativa, ao crime impossível ou ao crime de perigo – eis o que não causa a menor perplexidade ao Direito, liberto que está de uma dependência exclusiva perante os ditames da Ética¹⁶⁷.

Notemos contudo, e singelamente, que essa demarcação entre Direito e Ética, tão fácil ao nível da reflexão sobre os princípios, não é espontânea nem é autorizada pela percepção comum que estriba muita da força da Lei no acatamento ditado por uma «convicção de obrigatoriedade» que nasce de imperativos morais – e por isso não desmente a frequência com que, equivocadamente embora, transitamos de uma para a outra e postulamos a existência de «sorte moral» nos equívocos que vão surgindo nesse trânsito entre ambas.

26.4. A SOLUÇÃO DA NEGAÇÃO: A VIA LIBERTÁRIA

Uma quarta estratégia consiste numa mudança de perspectiva básica quanto àquilo que possa entender-se como «agência», como responsabilidade pelos nossos actos livres – asseverando que somos radicalmente libertos de influências antecedentes na formação da nossa vontade e que a nossa intenção é por sua vez radicalmente imune a factores exógenos na produção dos seus próprios objectivos: é uma visão libertária que em primeira linha procura negar a existência, ou ao menos o ascendente, da «sorte constitutiva», mas se espraia nas suas implicações para as outras formas de «sorte moral», e que na essência se cinge à proclamação de que, bem vistas as coisas, afinal nada, na nossa actuação sobre o mundo, está verdadeiramente fora do nosso controle¹⁶⁸.

Se os resultados não foram aqueles que a intenção parecia visar; se as circunstâncias não permitiram pôr à prova o carácter moral; se a conformação

¹⁶⁵ Ripstein, Arthur (2008), “Closing the Gap”, *Theoretical Inquiries in Law*, 9, 82 (61-95).

¹⁶⁶ Rosebury, Brian (1995), “Moral Responsibility and «Moral Luck»”, *Philosophical Review*, 104, 521ss. (499-524).

¹⁶⁷ Bittner, Thomas (2008), “Punishment for Criminal Attempts: A Legal Perspective on the Problem of Moral Luck”, *Canadian Journal of Philosophy*, 38/1, 51-84; Shavell, Stephen (1990), “Deterrence and the Punishment of Attempts”, *Journal of Legal Studies*, 19, 435-466.

¹⁶⁸ Clarke, Randolph (1993), “Toward a Credible Agent-Causal Account of Free Will”, *Nous*, 27, 191-203; Mele, Alfred R. (1999), “Ultimate Responsibility and Dumb Luck”, *Social Philosophy and Policy*, 16, 274-293; Mele, A.R. (2006); O'Connor, T. (2000); Taylor, Richard (1966), *Action and Purpose*, Englewood Cliffs NJ, Prentice-Hall; Tiboris, Michael (2006), “Denying the Control Principle” (paper).

originária desse carácter propiciou e vedou possibilidades morais, então, concluir-se-á, aquele que é como é e agiu como agiu (ou deixou de agir) é inteiramente *responsável*, ainda que eventualmente não chegue a ser responsável *por coisa nenhuma*¹⁶⁹; querendo isto dizer que pode não ter ocorrido uma transformação em «estados do mundo», mas decerto a pura intenção no momento do controle total permite já uma modificação do estatuto moral, do registo do carácter, revelando ao mundo o potencial para, em diferentes circunstâncias ou com diferentes antecedentes, essa vontade se converter eficientemente em resultados.

Esta nova visão sobre a responsabilidade mais não faz, afinal, do que estender, com máxima amplitude, o domínio da «condição de controle» para a esfera do contrafactual, consistindo portanto na defesa mais congruente do carácter «transcendental» ou «presidente» da «condição de controle». Resta saber, contudo, se é aceitável, se não é contra-intuitiva, a noção de *responsabilidade sem objecto* que decorre desta posição, e se os próprios referenciais contra-factuais não fazem esta posição soçobrar no irrealismo e na irrelevância¹⁷⁰.

27. A SOLUÇÃO DA RESTRIÇÃO

Esta linha de solução entende que há «sorte moral» apenas nalguns aspectos das nossas vidas, sendo que a sua invocação é incongruente em muitos recantos da nossa acção no mundo, em especial no que se refere à «sorte constitutiva» – essencialmente porque mesmos os traços básicos, herdados ou precocemente adquiridos, da nossa personalidade, por muito que tenham chegado até nós fora do âmbito do nosso controle, não obstante compõem a própria identidade do agente moral e podem ser dele incindíveis¹⁷¹.

Retornemos à observação de Nicholas Rescher, de que a identidade deve preceder logicamente a «sorte», e ao corolário de que não faz muito sentido dizermos que temos «sorte» em sermos individualmente quem somos, devendo reservar a expressão «sorte» para aquilo que nos sucede (circunstancialmente) e para aquilo que fazemos suceder (como resultado da nossa acção)¹⁷². Acrescentemos que não somos auto-criadores, ao menos em toda a extensão da nossa personalidade moral, pelo que não deixa de fazer sentido a admissão de uma margem de «sorte constitutiva» - e eis-nos assim defrontados com uma incongruência na invocação da «sorte moral», ao menos numa das suas específicas facetas¹⁷³.

¹⁶⁹ Zimmerman, Michael J. (2002), "Taking Luck Seriously", *Journal of Philosophy*, 99, 565ss. (553-576).

¹⁷⁰ Nelkin, Dana K. (2004), "Irrelevant Alternatives and Frankfurt Counterfactuals", *Philosophical Studies*, 121, 1-25.

¹⁷¹ Kolb, R.W. (org.) (2008), 1427.

¹⁷² Ver ainda: Rescher, N. (1995), 155-158.

¹⁷³ Browne, Brynmor (1992), "A Solution to the Problem of Moral Luck", *Philosophical Quarterly*, 42, 345-356; Nagel, T. (1986), 118ss.; Strawson, G. (1986).

28. A SOLUÇÃO DA ADMISSÃO DA SORTE MORAL: O ATAQUE À PURA AGÊNCIA

Nesta última via de solução directa do problema, entende-se que há «sorte moral» e há um acaso que preside às nossas vidas, que não são susceptíveis de «descontaminação» dos efeitos da fortuna e do infortúnio. Esta posição rejeita a «condição de controle» e o pano de fundo kantiano em que ela se desenvolve. Poderia pensar-se que a plena adopção desta posição deveria reflectir-se ao nível dos nossos juízos morais comuns, levando ao abandono dos juízos de imputação e de responsabilidade, em favor de formas de avaliação mais permeáveis ao peso dos factos. No entanto, isso parece atribuir um alcance máximo à interferência da «sorte moral», o que não se afigura óbvio ou pacífico.

Alguns defendem a este respeito uma posição que deriva do «compatibilismo», ou seja, do entendimento de que mesmo num mundo determinista há espaço para manifestações de livre arbítrio, sustentando que pode haver um domínio parcial de circunstâncias mesmo que isso não signifique o controle perfeito, desde que esse domínio parcial implique a susceptibilidade de geração de efeitos que sejam «apropriáveis» como emanações do «carácter moral» do agente – ou seja, desde que os actos sejam minimamente demonstrativos da índole do indivíduo¹⁷⁴. Para os compatibilistas, foi já judiciosamente observado, a separação entre «responsabilidade» e «controle», e a concomitante responsabilidade por coisas que, como agentes, não controlamos, é facto inteiramente pacífico¹⁷⁵.

Outros seguem a linha libertária de argumentação a que nos referimos já, insistindo na preservação das condições, tanto de formação como de expressão livre, das nossas características morais por sobre um pano de fundo circunstancial que não controlamos mas que sabemos sujeito à cadência não-determinista das leis da natureza, e que nessa medida se revela dúctil aos nossos esforços intencionais¹⁷⁶.

Mais convincente é o regresso à ideia de que a «condição de controle» reclama uma «pureza de agência» verdadeiramente «numenal» que, além de revelar-se inatingível, reclamaria da nossa actuação moral um empobrecimento de objecto que tornaria a nossa vida particularmente desinteressante, desprovida da fragilidade que por si mesma gera oportunidades para a virtude e para a solidariedade entre membros da espécie¹⁷⁷; ainda que a possibilidade de tragédia seja o preço a pagar pela imersão nesse universo de contingência no qual aceitamos andar à deriva, determinando cadeias causais e deixando-nos determinar por elas sem fronteiras nítidas entre essas situações, navegando ao sabor da «agência impura»¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Fischer, J.M. & M. Ravizza (1998); Wolf, S. (1990).

¹⁷⁵ Nida-Rümelin, Julian (2004), "There Is No Moral Luck" (paper), 1.

¹⁷⁶ Kane, R. (1996); Kane, Robert (1999), "Responsibility, Luck, and Chance: Reflections on Free Will and Indeterminism", *Journal of Philosophy*, 96, 217-240; Nozick, Robert (1981), *Philosophical Explanations*, Oxford, Oxford University Press.

¹⁷⁷ Cottingham, John (2009), "The Good Life and the «Radical Contingency of the Ethical»", in Callcut, D. (org.) (2009), 24-42.

¹⁷⁸ Walker, Margaret Urban (1993), "Moral Luck and the Virtues of Impure Agency", in Statman, D.

Percamos o «medo da contingência», para reconhecemos que nada ganhamos em definir a «condição de controle» como algo contraposto ao mundo, algo de imune ao ascendente da sorte: o «controle» de que falamos é algo de imerso na contingência, e que só parcialmente é livre ou emancipável dessa contingência¹⁷⁹.

“O correcto entendimento de que a morte nada significa torna aprazível a mortalidade da vida, não porque lhe acrescente um tempo ilimitado mas porque anula o desejo de imortalidade. Porque nada permanece terrível na vida daquele que perdeu o terror de deixar de viver”

Epicuro, Epistula ad Menoeceum, 124-125

29. A VULNERABILIDADE DA CONDIÇÃO HUMANA

Pese o respeito que os estóicos merecem, reconheçamos que uma vida moral estritamente assente na invulnerabilidade seria uma vida muito pobre – uma vida de abstenção e de contemplação, privada da acção que comporta com ela uma margem ineliminável de risco, privada do empenho na promoção de valores éticos que se articulam entre eles de modo contingente, privada das emoções que são o alimento da vida virtuosa e a condição da gratificação da própria virtude¹⁸⁰. As nossas dores, as nossas fraquezas, as nossas tragédias, podem ser onerações demasiado pesadas para a nossa vulnerabilidade, para a nossa condição terrena¹⁸¹, e é como consolação contra ela que por vezes nos representamos a auto-suficiência dos deuses (com a única excepção, na era pré-cristã, de *Dioniso / Baco*, o único deus vulnerável, que morre e ritualmente ressuscita¹⁸²) ou a inocência dos animais não-humanos¹⁸³ – mas cedo percebemos que a Ética e a Filosofia nos são necessárias porque não somos uns nem outros, pois o nosso inacabamento reclama de nós «investimento no mundo», e que este «investimento» é o próprio «sal» da existência¹⁸⁴.

Não é possível vivermos e conservarmos as mãos limpas nesse afã existencial, nem abandonarmo-nos à ilusão de conciliações na «*sittlichkeit*» hegeliana¹⁸⁵; como enfatizava o «apóstolo da imersão», Aristóteles, visamos ser

(org.) (1993), 243-244 (235-250).

¹⁷⁹ Bittner, Thomas (2008), “Punishment for Criminal Attempts: A Legal Perspective on the Problem of Moral Luck”, *Canadian Journal of Philosophy*, 38/1, 73 (51-84).

¹⁸⁰ Nussbaum, M.C. (2001), xxix-xxx.

¹⁸¹ Sabini, J. & M. Silver (1998); Sankowski, Edward (1977), “Responsibility of Persons for Their Emotions”, *Canadian Journal of Philosophy*, 7, 829-840; Schlossberger, Eugene (1986), “Why We Are Responsible for Our Emotions”, *Mind*, 95, 37-56; Schlossberger, E. (1992); Sherman, Nancy & Heath White (2003), “Intellectual Virtue: Emotions, Luck, and the Ancients”, in DePaul, M. & L. Zagzebski (orgs.) (2003), 34-53; Sherman, Nancy (1999), “Taking Responsibility for Our Emotions”, *Social Philosophy and Policy*, 16, 294-323.

¹⁸² Nussbaum, M.C. (2001), 194-195.

¹⁸³ Statman, Daniel (1993), “Introduction”, in Statman, D. (org.) (1993), 3-4.

¹⁸⁴ Nussbaum, M.C. (1994), 256.

¹⁸⁵ Wilson, C. (2007), 101; Nussbaum, Martha C. (2009), “Bernard Williams: Tragedies, Hope, Justice”,

corajosos, não apenas indagar o que a coragem é, ser justos e não nos ficarmos pelas reflexões sobre a justiça (*Ética a Eudemo*, I,5, 1216^b22-25).

Podemos, em suma, sonhar com essas invulnerabilidade e auto-suficiência da divindade e da animalidade: mas ao acordarmos perceberíamos que a ausência de limites seria, para nós, um limite em si mesmo – uma privação da vulnerabilidade que nos faz amarmos e termos aspirações¹⁸⁶. A rematar uma análise minuciosa daquela criação paradoxal que é um poema trágico escrito por um autor estoíco, Martha Nussbaum observa sobre a *Medeia* de Sêneca: “nunca o verdadeiro perigo que a literatura representa para a filosofia esteve tão evidente como aqui, no seio desta peça: porque no próprio acto de converter a tragédia num argumento estoíco, o estoicismo fere-se a si mesmo”¹⁸⁷.

30. NO CERNE DA SORTE MORAL

Regressemos à admissão de que, no próprio momento em que procuramos traçar em nosso redor uma fronteira para concluirmos que só temos responsabilidade por aquilo que ocorre dentro dessa fronteira e não por aquilo em que se traduz a nossa presença fora dela, de imediato se nos impõe que a sorte interfere também naquilo que se passa no interior daquela fronteira; e que se procurarmos cingir mais essa fronteira, limitando-a ao domínio das nossas puras intenções e projectos, não demoraremos a reconhecer que também aí a sorte desempenha um papel fulcral; pelo que, não havendo mais para onde recuar, deveríamos antes conciliar-nos com a ideia de que todas as facetas das nossas vidas são tocadas pela sorte, e que esse é o próprio âmago da nossa natureza de agentes livres que actuam e são relevantes no mundo real, no mundo dos eventos efectivos¹⁸⁸.

Percebe-se por isso que haja quem entenda que é preciso demarcar a «condição de controle» de outras que dela se aproximam e que podem por isso confundir-se com ela, como por exemplo as formas de imputação que censuram ou aplaudem características e atitudes morais que manifestamente não emergem de opções nossas e são antes espelho de um «zeitgeist», por exemplo, ou que longe de preencherem o quadro total do nosso carácter moral apenas representam uma base mínima de identificação do que é «normal» na conduta moral expectável (desse modo convergindo para os padrões da juridicidade)¹⁸⁹.

Uma vez aceite a existência de sorte moral, conclua-se, é difícil, se não impossível, impor uma demarcação dos seus efeitos que, em nome de juízos de

in Callcut, D. (org.) (2009), 215ss. (213-241).

¹⁸⁶ Nussbaum, M.C. (2001), 342, 416-417.

¹⁸⁷ Nussbaum, M.C. (1994), 471.

¹⁸⁸ Bittner, Thomas (2008), “Punishment for Criminal Attempts: A Legal Perspective on the Problem of Moral Luck”, *Canadian Journal of Philosophy*, 38/1, 78 (51-84).

¹⁸⁹ Adams, Robert Merrihew (1985), “Involuntary Sins”, *Philosophical Review*, 94, 3-31; Moore, M.S. (2009); Sverdlik, Steve (1993), “Crime and Moral Luck”, in Statman, D. (org.) (1993), 181-194.

«aceitabilidade» e «inaceitabilidade», exclua a sua presença de todo e qualquer quadrante no horizonte da nossa realização pessoal. Qualquer esforço nesse sentido poderia muito simplesmente redundar em cepticismo moral¹⁹⁰.

31. A SOLUÇÃO ARISTOTÉLICA

Parece-nos, em suma, que a posição de Aristóteles não foi ainda superada como resposta global e coerente ao problema da sorte moral e às devastações trazidas pela fortuna (*tuchê*) – principalmente porque aponta para a forma como o carácter moral pode ser preservado em presença dos embates da tragédia pessoal, fazendo-o de um modo «integracionista» (balanceando a faceta delicada, passiva e vulnerável dos seres humanos com a sua faceta autónoma, activa e resistente¹⁹¹), abarcando esta perene oscilação entre admissão e repúdio da sorte, que está, como temos visto, no âmago da nossa Ética¹⁹².

Não que, confrontada com Kant, a sua posição não sofra alguns abalos, ao menos por contraponto: o projecto kantiano é mais radical e igualitário, depositando toda a fé na possibilidade de conversão moral pela força de uma racionalidade que ele pressupõe universalmente distribuída, enquanto que na visão aristotélica a margem de «sorte» faz descreer da hipótese de redenção moral universal, encaminhando-se antes para uma solução elitista; em Kant o juízo moral pode ser absoluto e binário, por simples aferição baseada em imperativos transparentes à razão, enquanto que em Aristóteles tudo dependerá do arco evolutivo da moralidade, do estágio de sedimentação do hábito virtuoso, pelo que se admitirão todas as gradações e *nuances* na emissão do juízo moral; na visão kantiana a moralidade será desafiante e policiadora, na visão aristotélica ela será a base impulsionadora de uma acção virtuosa¹⁹³.

Mas Aristóteles, insistamos, parece aproximar-se mais de um quadro coerente¹⁹⁴:

Primeiro, porque repetidamente insiste no facto de não haver vida humana que valha a pena sem risco, sem que em contrapartida a vulnerabilidade dos justos seja invariavelmente paralisante¹⁹⁵ – pois no meio da adversidade a sabedoria

¹⁹⁰ Uma «hiper-moralização» da nossa presença causal no mundo dos eventos levaria a absurdos: aquele que atropelou um transeunte não o teria feito se tem demorado mais cinco minutos a sair de casa, se por exemplo tem gasto esse tempo suplementar no seu pequeno almoço. Mas que valor moral tem (no contexto de imprevisibilidade, entenda-se) a decisão de se gastar mais cinco minutos num pequeno almoço? Cfr. Baker, Tom (2008), "Liability Insurance, Moral Luck, and Auto Insurance", *Theoretical Inquiries in Law*, 9, 165-184.

¹⁹¹ Athanassoulis, N. (2005), 17.

¹⁹² Goldberg, John C.P & Benjamin C. Zipursky (2007), "Tort Law and Moral Luck", *Cornell Law Review*, 92, 1130-1131 (1123-1176).

¹⁹³ Athanassoulis, N. (2005), 133-134.

¹⁹⁴ Farwell, Paul (1994), "Aristotle, Success, and Moral Luck", *Journal of Philosophical Research*, 19, 37-50.

¹⁹⁵ O'Connor, David (1988), "Aristotelian Justice as a Personal Virtue", in French, P.A., T.E. Uehling & H.K. Wettstein (orgs.) (1988), 417-427.

prática é capaz de ductilidade e de inteligência na revelação de rumos (daí a sua abertura à consideração dos dilemas trágicos, que espelham a necessidade de ductilidade das soluções equitativas como contraponto contra o «*summum ius summa iniuria*» de uma regra de conduta insensível à vulnerabilidade¹⁹⁶).

Segundo, porque admite que a vulnerabilidade seja tão real que, privado da oportunidade de desenvolver um hábito moral, o agente acabe definitivamente arredado da possibilidade de *eudaimonia* (*Ética a Nicómaco*, I,8, 1099^a16-1099^b8)¹⁹⁷.

Terceiro, porque em vez de uma invulnerabilidade alcançada por diminuição ou eliminação das nossas expectativas sobre o mundo, defende pelo contrário uma intensificação da actividade sobre ele, de forma a aproximar esse mundo dos nossos ideais e das nossas expectativas¹⁹⁸.

Quarto, porque em vez de querer centrar a Ética naquilo que está imune à sorte, no sentido daquilo que está já sob o nosso controle, faz um apelo a que conquistemos activamente aquilo que para nós é importante, centrando o mérito moral nessa conquista de controle¹⁹⁹.

Por fim, porque perante os embates da fortuna e perante a sua prevalência, Aristóteles apela à aceitação serena e não-resignada, apela ao seu reconhecimento e identificação (a conciliação pragmática do «intelectualismo»), como desafio e não como motivo de desespero com a condição humana²⁰⁰.

32. SORTE MORAL E TRAGÉDIA PESSOAL

Forçoso será reconhecer que, em boa congruência, a tragédia pessoal, a causalidade que conduz de acções moralmente boas (ou neutras) a más consequências, a degradação involuntária das condições de que depende a persistência da prática moral, pode vedar o florescimento de uma vida virtuosa e plena, mas como mera má sorte não se converte em «sorte moral» em sentido estrito, por não contribuir, seja de que forma for, para qualquer avaliação do carácter moral do agente, por não promover qualquer «diferença ética» – mas apenas propiciar o lamento, quando as circunstâncias tenham abreviado o horizonte de afirmação de um bom carácter moral.

Reconheçamos singelamente que é preciso «sorte moral» não apenas na formação do carácter virtuoso mas também na sua defesa, na sua manutenção: a «lavagem ao cérebro», a tortura, podem quebrar a firmeza moral, a personalidade pode alterar-se radicalmente com uma lesão cerebral, o carácter pode dissolver-

¹⁹⁶ Corcoran, Marlena G. (1992), "Aristotle's Poetic Justice", *Iowa Law Review*, 77, 850 (837-850).

¹⁹⁷ Annas, J. (1993).

¹⁹⁸ Um ponto muito enfatizado por aqueles que não querem ver em Aristóteles um conformado com a «sorte moral»: cfr. Athanassoulis, N. (2005), 81; Sherman, Nancy (1999b), "Character Development and Aristotelian Virtue", in Carr, D. & J.W. Steutel (orgs.) (1999), 35-48.

¹⁹⁹ Burnyeat, Miles F. (1980), "Aristotle on Learning to Be Good", in Rorty, A.O. (org.) (1980), 69-92.

²⁰⁰ Nussbaum, M.C. (2001), 340, 352, 392.

se progressivamente com a doença de Alzheimer, e a morte tudo inutiliza²⁰¹. E também é preciso ter a sorte de que o destino nos conceda o tempo necessário para a consumação de alguns ideais éticos dentro do confinamento das nossas vidas, a sorte de termos uma longevidade adequada ao nosso projecto de deixarmos uma marca relevante nos «estados do mundo», a fortuna, ao menos, de nos arrependermos a tempo dos nossos pecados²⁰².

Para isso precisamos de ter presente ao nosso espírito as verdadeiras implicações existenciais da tragédia pessoal, aquela que ocorre e aquela que está latente, como inversão de fortuna, em toda a nossa vida – seja para despertarmos do atordoamento de um optimismo imbecil que é propiciado pela nossa civilização protectora e veneradora do «critério do sucesso», seja ao invés para sacudirmos o fatalismo que, sempre que redunde em irracionalismo e desânimo quanto à nossa capacidade de progresso moral redentor, tende a alastrar e a auto-confirmar-se²⁰³.

Regressemos a Aristóteles e Kant para concluirmos que eles representam, afinal, duas perspectivas polarizadas de uma única verdade partilhada entre eles, a de que aquilo que designamos por moralidade é uma tensão entre, por um lado, a força com que defrontamos o mundo e procuramos criar nele o espaço do nosso mundo cultural, a marca perene da nossa liberdade, e por outro lado somos forçados, por imperativo de plausibilidade, a reconhecer que a sorte preside ao nosso fado²⁰⁴.

Poderíamos pensar na «sorte moral» como não mais do que um curioso pretexto para reflectirmos sobre as fronteiras entre o «moral» e o «não-moral»: mas no fim talvez sejamos conduzidos a reconhecer que esse problema nos ensina a olharmos para a moralidade da perspectiva de investidores de longo prazo, que examinam as condutas, próprias e alheias, no âmbito particular das suas circunstâncias, sem perderem de vista que o que realmente conta é a avaliação da moralidade no contexto mais geral do arco completo da vida do agente, a avaliação do seu *carácter*²⁰⁵.

“A tragédia grega mostra-nos pessoas boas a serem arruinadas por coisas que simplesmente lhes acontecem, coisas que elas não controlam”

Martha Nussbaum, The Fragility of Goodness, 25

“Ainda mesmo que por um desfavor especial do destino, ou pelo apetrechamento avaro de uma natureza madrasta, faltasse totalmente a esta boa vontade o poder de fazer vencer as suas intenções, mesmo que nada

²⁰¹ Adams, R.M. (2006), 160.

²⁰² Adams, R.M. (2006), 163.

²⁰³ Midgley, M. (2001), 29; Pritchard, Duncan H. & Matthew Smith (2004), “The Psychology and Philosophy of Luck”, *New Ideas in Psychology*, 22, 1-28; Smith, T. (2000).

²⁰⁴ Korsgaard, Christine M. (1996), “From Duty and for the Sake of the Noble: Kant and Aristotle on Morally Good Action”, in Engstrom, S. & J. Whiting (orgs.) (1996), 203-236; Athanassoulis, N. (2005), 160-163.

²⁰⁵ Michaelson, Christopher (2008), “Moral Luck”, in Kolb, R.W. (org.) (2008), 1428.

puдesse alcanęar a despeito dos seus maiores esforęos, e s3 afinal restasse a boa vontade [...], ela ficaria brilhando por si mesma como uma j3ia, como alguma coisa que em si mesma tem o seu pleno valor. A utilidade ou a inutilidade nada podem acrescentar ou tirar a esse valor”

Immanuel Kant, *Fundamentaę3o da Metaf3sica dos Costumes, I (Ak IV: 394)*

“Se uma pessoa n3o estiver livre de doenęas, ou se n3o for forte, n3o estar3 imune ao sofrimento. E n3o poder3 levar uma vida longa e saud3vel se n3o tiver sorte”

Arist3teles, *Ret3rica, I.5 (1361^b29-31)*

BIBLIOGRAFIA

- Adams, Robert Merrihew (2006), *A Theory of Virtue. Excellence in Being for the Good*, Oxford, Clarendon
- Annas, Julia (1993), *The Morality of Happiness*, New York, Oxford University Press
- Arist3teles (1984), *The Complete Works of Aristotle. The Revised Oxford Translation* (Jonathan Barnes, ed.), 2 vols., Princeton NJ, Princeton University Press
- Arpaly, Nomy (2003), *Unprincipled Virtue: An Inquiry into Moral Agency*, Oxford, Oxford University Press
- Athanassoulis, Nafsika (2005), *Morality, Moral Luck and Responsibility: Fortune’s Web*, New York, Palgrave – McMillan
- Audi, Robert (1997), *Moral Knowledge and Ethical Character*, New York, Oxford University Press
- Benn, Piers (1998), *Ethics*, London, UCL Press
- Bostock, David (2000), *Aristotle’s Ethics*, New York, Oxford University Press
- Bowlin, John (1999), *Contingency and Fortune in Aquinas’s Ethics*, New York, Cambridge University Press
- Brewer, Talbot (2000), *The Bounds of Choice: Unchosen Virtues, Unchosen Commitments*, New York, Garland Publishing
- Byrne, Alex, Robert Stalnaker & Ralph Wedgewood (orgs.) (2001), *Fact and Value*, Cambridge MA, MIT Press
- Callcut, Daniel (org.) (2009), *Reading Bernard Williams*, London, Routledge
- Campbell, Joseph Keim, Michael O’Rourke & David Shier (orgs.) (2005), *Law and Social Justice*, Cambridge MA, MIT Press
- Card, Claudia (1996), *The Unnatural Lottery: Character and Moral Luck*, Philadelphia PA, Temple University Press
- Carr, David & J.W. Steutel (orgs.) (1999), *Virtue Ethics and Moral Education*, New

York, Routledge

Dancy, Johnathan, J.M.E. Moravcsik & C.W.W. Taylor (orgs.) (1988), *Human Agency: Language, Duty, and Value*, Stanford CA, Stanford University Press

Dennett, Daniel C. (1984), *Elbow Room*, Cambridge MA, MIT Press

Dent, N.J.H. (1984), *The Psychology of the Virtues*, Cambridge, Cambridge University Press

DePaul, Michael & Linda Zagzebski (orgs.) (2003), *Intellectual Virtue. Perspectives from Ethics and Epistemology*, New York, Oxford University Press

Dickenson, Donna (2003), *Risk and Luck in Medical Ethics*, Cambridge, Polity Press

Doris, John M. (2002), *Lack of Character: Personality and Moral Behavior*, Cambridge, Cambridge University Press

Duff, R. Anthony (1990b), *Intention, Agency and Criminal Liability*, Oxford, Blackwell

Duff, R. Anthony (1996), *Criminal Attempts*, New York, Clarendon

Dworkin, Ronald (2000), *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge MA, Harvard University Press

Eaton, Marcia Muelder (2001), *Merit, Aesthetic and Ethical*, New York, Oxford University Press

Engstrom, Stephen & Jennifer Whiting (orgs.) (1996), *Aristotle, Kant and the Stoics. Rethinking Happiness and Duty*, Cambridge, Cambridge University Press

Epicurus (1926), *The Extant Remains. With Short Critical Apparatus, Translation and Notes* (Cyril Bailey, ed.), Oxford, Clarendon

Feinberg, Joel (1970), *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton NJ, Princeton University Press

Fischer, John Martin & Mark Ravizza (1998), *Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press

Fischer, John Martin (org.) (1986), *Moral Responsibility*, Ithaca NY, Cornell University Press

Flanagan, Owen J. & Amélie Oksenberg Rorty (orgs.) (1990), *Identity, Character, and Morality*, Cambridge MA, MIT Press

Foley, Richard (1987), *A Theory of Epistemic Rationality*, Cambridge MA, Harvard University Press

Foot, Philippa (2001), *Natural Goodness*, New York, Oxford University Press

Foot, Philippa (2002), *Moral Dilemmas*, New York, Oxford University Press

Foot, Philippa (2002b), *Virtues and Vices*, New York, Oxford University Press

- French, Peter A., Theodore E. Uehling & Howard K. Wettstein (orgs.) (1988), *Ethical Theory: Character and Virtue*, Notre Dame IN, University of Notre Dame Press
- Garver, Eugene (2004), *For the Sake of Argument: Practical Reasoning, Character, and the Ethics of Belief*, Chicago, University of Chicago Press
- Haddock, A., A. Millar & D.H. Pritchard (orgs.) (2009), *Epistemic Value*, Oxford, Oxford University Press
- Hurley, Susan L. (2003), *Justice, Luck, and Knowledge*, Cambridge MA, Harvard University Press
- Jacobs, Jonathan (2001), *Choosing Character: Responsibility for Virtue and Vice*, Ithaca NY, Cornell University Press
- Jacobs, Jonathan (2002), *Dimensions of Moral Theory. An Introduction to Metaethics and Moral Psychology*, Oxford, Blackwell
- Kamm, F.M. (2007), *Intricate Ethics. Rights, Responsibilities, and Permissible Harm*, New York, Oxford University Press
- Kane, Robert (1996), *The Significance of Free Will*, New York, Oxford University Press
- Kant, Immanuel (1986), *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (trad. p/ Paulo Quintela), Lisboa, Edições 70
- Katz, Leo (1987), *Bad Acts and Guilty Minds*, Chicago, University of Chicago Press
- Kekes, John (1993), *The Morality of Pluralism*, Princeton NJ, Princeton University Press
- Kolb, Robert W. (org.) (2008), *Encyclopedia of Business Ethics and Society*, Los Angeles CA, Sage
- Kornblith, Hilary (org.) (2001), *Epistemology: Internalism and Externalism*, Oxford, Basil Blackwell
- Maugham, William Somerset (1919), *The Moon and Sixpence*, London, William Heinemann
- McKenna, Michael & Paul Russell (orgs.) (2008), *Free Will and Reactive Attitudes. Perspectives on P.F. Strawson's «Freedom and Resentment»*, Farnham, Ashgate
- McNamee, Stephen J. & Robert K. Miller (2004), *The Meritocracy Myth*, Lanham MD, Rowman & Littlefield
- Mele, Alfred R. (2006), *Free Will and Luck*, New York, Oxford University Press
- Midgley, Mary (1994), *The Ethical Primate. Humans, Freedom and Morality*, London, Routledge
- Midgley, Mary (2001), *Wickedness. A Philosophical Essay*, London, Routledge
- Milo, Ronald D. (1984), *Immorality*, Princeton NJ, Princeton University Press

- Montmarquet, James A. (1993), *Epistemic Virtue and Doxastic Responsibility*, Lanham MD, Rowman & Littlefield
- Moore, Michael S. (2009), *Causation and Responsibility*, New York, Oxford University Press
- Morris, Herbert (org.) (1961), *Freedom and Responsibility*, Stanford CA, Stanford University Press
- Nagel, Thomas (1979), *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, ("Moral Luck", 24-38)
- Nagel, Thomas (1986), *The View from Nowhere*, New York, Oxford University Press
- Nagel, Thomas (1997), *The Last Word*, New York, Oxford University Press
- Najemy, John M. (org) (2010), *The Cambridge Companion to Machiavelli*, New York, Cambridge University Press
- Nozick, Robert (1974), *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books
- Nozick, Robert (1981), *Philosophical Explanations*, Oxford, Oxford University Press
- Nussbaum, Martha C. (1994), *The Therapy of Desire. Theory and Practice in Hellenistic Ethics*, Princeton NJ, Princeton University Press
- Nussbaum, Martha C. (2001), *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, 2^a ed., Cambridge, Cambridge University Press
- O'Connor, Timothy (2000), *Persons and Causes: the Metaphysics of Free Will*, New York, Oxford University Press
- O'Neill, Onora (1989), *Constructions of Reason: Explorations of Kant's Practical Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press
- Owen, David G. (org.) (1995), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Clarendon
- Penco, Carlo, Massimiliano Vignolo, V. Ottonelli & Cristina Amoretti (orgs.) (2007), *Proceedings of the 4th Latin Meeting in Analytic Philosophy, Genoa 20-22 September 2007*, Génova, University of Genoa Press
- Pereboom, Derk (2001), *Living Without Free Will*, Cambridge, Cambridge University Press
- Platão (1997), *Plato. Complete Works* (John M. Cooper & D.S. Hutchinson, eds.), Indianapolis IN, Hackett Publishing
- Pocock, J.G.A. (1975), *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton NJ, Princeton University Press
- Postema, Gerald J. (org.) (2001), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge,

Cambridge University Press

Pritchard, Duncan H. (2005), *Epistemic Luck*, Oxford, Oxford University Press ("Postscript: Moral Luck", 254-272)

Rawls, John (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge MA, Belknap

Rawls, John (1999), *A Theory of Justice. Revised Edition*, Cambridge MA, Belknap

Rescher, Nicholas (1995), *Luck: The Brilliant Randomness of Everyday Life*, New York, Farrar Straus & Giroux

Ripstein, Arthur (1999), *Equality, Responsibility, and the Law*, Cambridge, Cambridge University Press

Rist, John M. (2004), *Real Ethics. Reconsidering the Foundations of Morality*, Cambridge, Cambridge University Press

Roemer, John E. (1996), *Theories of Distributive Justice*, Cambridge MA, Harvard University Press

Roemer, John E. (1998), *Equality of Opportunity*, Cambridge MA, Harvard University Press

Rorty, Amélie Oksenberg (org.) (1980), *Essays on Aristotle's Ethics*, Los Angeles CA, University of California Press

Roth, John K. (org.), *Ethics. Revised Edition*, Pasadena CA, Salem Press

Russell, Daniel C. (2009), *Practical Intelligence and the Virtues*, Oxford, Clarendon

Sabini, John & Maury Silver (1998), *Emotion, Character, and Responsibility*, New York, Oxford University Press

Scanlon, T.M. (2008), *Moral Dimensions. Permissibility, Meaning, Blame*, Cambridge MA, Belknap

Schlossberger, Eugene (1992), *Moral Responsibility and Persons*, Philadelphia PA, Temple University Press

Slote, Michael (1983), *Goods and Virtues*, Oxford, Clarendon

Slote, Michael (2001), *Morals from Motives*, New York, Oxford University Press

Smilansky, Saul (2007), *10 Moral Paradoxes*, Oxford, Blackwell

Smith, Tara (2000), *Viable Values: A Study of Life as the Root and Reward of Morality*, New York, Rowman & Littlefield

Statman, Daniel (1997), *Virtue Ethics. A Critical Reader*, Edinburgh, Edinburgh University Press

Statman, Daniel (org.) (1993), *Moral Luck*, Albany NY, State University of New

York Press

Strawson, Galen (1986), *Freedom and Belief*, New York, Oxford University Press

Strawson, Peter F. (1973), *Freedom and Resentment and Other Essays*, Oxford, Methuen

Taylor, Richard (1966), *Action and Purpose*, Englewood Cliffs NJ, Prentice-Hall

Timmons, Mark, John Greco & Alfred R. Mele (orgs.) (2007), *Rationality and the Good. Critical Essays on the Ethics and Epistemology of Robert Audi*, New York, Oxford University Press

Vargas Llosa, Mario (2010), *O Paraíso na Outra Esquina* (trad. p/ J. Teixeira de Aguiar), 6ª ed., Lisboa, Dom Quixote

Watson, Gary (1982), *Free Will*, New York, Oxford University Press

Williams, Bernard (1985), *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge MA, Harvard University Press

Williams, Bernard (1993c), *Shame and Necessity*, Berkeley CA, University of California Press

Williams, Bernard (1995), *Making Sense of Humanity and Other Philosophical Papers 1982-1993*, New York, Cambridge University Press

Wilson, Catherine (2007), *Moral Animals. Ideals and Constraints in Moral Theory*, Oxford, Clarendon

Wolf, Susan (1990), *Freedom Within Reason*, Oxford, Oxford University Press

Zagzebski, Linda Trinkaus (1996), *Virtues of the Mind: An Inquiry into the Nature of Virtue and the Ethical Foundations of Knowledge*, Cambridge, Cambridge University Press

Zimbardo, Philip G. (2007), *The Lucifer Effect : Understanding How Good People Turn Evil*, New York, Random House

Zimmerman, Michael J. (1988), *An Essay on Moral Responsibility*, Totowa NJ, Roman & Littlefield

Zimmerman, Michael J. (1996), *The Concept of Moral Obligation*, New York, Cambridge University Press

(Lisboa, 12/3/2011)



ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A PRODUÇÃO DE EFEITOS DOS TRATADOS DE PROTECÇÃO DO AMBIENTE NO ESPAÇO MARINHO*

*Fernando Loureiro Bastos ***

RESUMO

O presente trabalho se propõe a analisar de que modo os tratados de proteção ambiental repercutem no espaço marítimo. Para tanto, inicia-se com a avaliação da regra geral quanto aos efeitos decorrentes dos tratados sobre os Estados não participantes do respectivo pacto, que aponta no sentido da não vinculação destes. Quanto ao assunto, a Carta da ONU estabelece algumas balizas em relação aos terceiros, formulando a diretriz de que os Estados membros deverão induzir aqueles a agir de acordo com os preceitos das Nações Unidas para a manutenção da paz e da segurança. No caso da produção de efeitos convencionais reflexos em relação a terceiros, a intenção é influenciar o seu comportamento no sentido de gerar ações ou omissões que sejam condizentes com as normas de Direito Internacional, respeitada a soberania de cada Estado. Um exemplo de disposição convencional com efeitos reflexos em relação a terceiros Estados é o nº 3 do artigo 23 do Acordo de 1995, em que os Estados integrantes podem proibir o desembarque de navios de terceiros Estados, nos casos em que a atividade violar os regimes de proteção vigentes. No que se refere especificamente ao espaço marinho, é recomendável a existência de normas que vinculem os sujeitos de Direito Internacional, visto ser um ambiente em que confluem os diversos interesses.

Palavras-chave

Tratados de proteção ambiental. Espaço marinho. Repercussão.

ABSTRACT

This paper aims to analyze how the multilateral environmental treaties impact the maritime space. To achieve this, it starts with the evaluation of the general rule regarding the effects of those treaties upon the non-participating States, which points to the sense of not binding them. On this subject, the UN Charter establishes some beacons regarding to third parties, formulating the guideline that recommend member States to induce them to act in accordance with United Nations precepts for the maintenance of peace and security. In case of being produced conventional reflection effects to third parties, the purpose is to influence their behavior to perform actions or

* Texto da comunicação apresentada no II Seminário Luso-Brasileiro – 2007 (Direito Público e Privado), organizado pelo NELB – Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiro, que teve lugar em 4 de Maio de 2007, no Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. O Autor agradece o convite para a participação nesta realização científica ao Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiro, na pessoa do seu Presidente Licenciado André Saddy.

** Doutor em Direito Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

omissions consistent with the standards of International Law, respected the sovereignty of each State, An example of conventional provision with reflection effects vis-à-vis third parties Member States is the article 23, nº 3 of the 1995` s Convention, which authorizes member States to prohibit the landing of third party members ships, in cases where the activity violates existing protection schemes. With regard specifically to the marine space, it is recommended the rules to obligate all subjects of international law, since it is an atmosphere in which multiple interests come together.

Keywords

Multilateral environmental treaties. Maritime space. Repercussion.

1. A POSSIBILIDADE DE AS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL PRODUZIREM EFEITOS EM RELAÇÃO A TERCEIROS

1.1. Considerações gerais

Em termos abstractos, excluindo as normas costumeiras codificadas¹⁻², a problemática da produção de efeitos dos tratados em relação a terceiros, sejam Estados ou outros sujeitos de Direito Internacional, deve ser reduzida basicamente à produção de efeitos de normas de tratados de fonte estritamente convencional.

A questão da possibilidade de as normas de Direito Internacional convencional produzirem efeitos em relação a terceiros não se põe, como é evidente, se estivermos em presença de regimes jurídicos de natureza consuetudinária, quer estes tenham sido objecto de codificação, quer vigorem independentemente de uma formulação escrita convencionalmente acordada. Nestes casos, o cumprimento é obrigatório para todos os sujeitos de Direito Internacional potenciais destinatários, tenham estes participado ou não na sua formulação. Aplicam-se nestes casos, em conformidade, as regras relativas ao costume, nomeadamente no que concerne aos âmbitos de aplicação espacial e subjectivo³.

¹ Nesse sentido, Juan-Antonio CARRILLO-SALCEDO, «Droit international et souveraineté des États. Cours général de droit international public», Recueil des Cours da Académie de Droit International, vol. 257, 1996, p. 97. Sobre a questão, Christos L. ROZAKIS, «Treaties and third states: a study in the reinforcement of the consensual standards in international law», Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Heidelberg Journal of International Law), vol. 35, 1975, nº 1, pp. 25 a 38; Ravinda PRATAP, «Nuclear arms control treaties and non-parties», Indian Journal of International Law, vol. 39, nº 4, 1999, pp. 632 a 640.

² Nesse sentido, no *Caso da Jurisdição em Matéria de Pescas*, ICJ Reports 1974, §§ 23 e 24, o Tribunal afirmou que “the Court, as a court of law, cannot render judgment *sub specie legis ferendae*, or anticipate the law before the legislator has laid it down”. Deve ser, no entanto, sublinhado que nem sempre é possível encontrar uma linha de demarcação clara e inequívoca entre os tratados e o costume, como o demonstra Christian TOMUSCHAT, «Obligations arising for States without or against their will», Recueil des Cours da Académie de Droit International, vol. 241, 1993, pp. 257 a 261.

³ Sobre a reapreciação a que tem estado sujeito o conceito de costume na doutrina jusinternacionalista, em particular na década de noventa do século XX, David P. FIDLER, «Challenging the classical concept of custom: perspectives on the future of customary international law», German Yearbook of International Law, vol. 39, 1996, pp. 198 a 248; Michael BYERS, «Custom, power, and the power of rules. Customary international law from an interdisciplinary perspective», Michigan Journal of International Law, vol. 17, 1995/1996, pp. 136 a 149; Sienho YEE, «The news that *opinio juris* “is not a necessary element of customary [International] Law” is

Da mesma forma que não se porá, em termos abstractos, relativamente a normas de origem convencional que sejam a expressão de normas de *ius cogens* e às normas convencionais que integrem obrigações *erga omnes*, caso se esteja em presença de compromissos internacionais em que participem a totalidade dos Estados, ou dos sujeitos de Direito Internacional, existentes⁴.

1.2. Os efeitos dos tratados em relação a terceiros Estados

1.2.1. A produção de efeitos dos tratados exclusivamente aos Estados contratantes

Regra geral, os tratados só produzem efeitos em relação aos Estados que manifestaram o seu consentimento a estar vinculados pelo compromisso internacional em causa. Nestes termos, relativamente aos restantes Estados não partes, os tratados são *res inter alios acta*.

Isso significa que, em conformidade com a igualdade soberana e com a consequente liberdade de escolha no modo como prosseguem os seus interesses individuais⁵, os Estados só devem executar os acordos internacionais a que decidiram vincular-se⁶. Caso contrário, estaria irremediavelmente comprometida a autonomia da sua actuação⁷, na medida em que os Estados não poderiam optar entre vários comportamentos alternativos e desenvolver em coerência as actividades escolhidas.

Questão distinta da da produção de efeitos em relação a terceiros é a obrigação genérica que impende sobre todos os Estados de respeitarem os

greatly exaggerated», German Yearbook of International Law, vol. 43, 2000, pp. 227 a 235; Maurice MENDELSON, «The subjective element in customary international law», British Yearbook of International Law, vol. LXVI, 1995, pp. 177 a 208, e «The formation of customary international law», Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, vol. 272, 1998, pp. 155 a 410; e Bin CHENG, «*Opinio juris*: a key concept in international law that is much misunderstood», in YEE, Sienho e TIEYA, Wang (edits), *International law in the Post-Cold War World. Essays in memory of Li Haopei*, Routledge, London - New York, 2001, pp. 56 a 76.

⁴ Sobre a problemática suscitada pelas normas de *ius cogens*, pelas obrigações *erga omnes* e pela qualificação de certos comportamentos como *crimes internacionais*, a síntese feita, através da apreciação da existência de normas de Direito Internacional hierarquicamente superiores, no nosso *A internacionalização dos recursos naturais marinhos. Contributo para a compreensão do regime jurídico-internacional do aproveitamento conjunto de petróleo e de gás natural nas plataformas continentais, do potencial aproveitamento de recursos minerais na Área, da pesca no alto mar e os efeitos da regulamentação convencional respectiva em relação a terceiros*, AAFDL, Lisboa, 2005, pp. 77 a 90.

⁵ Nesse sentido, o comentário da Comissão de Direito Internacional, aos artigos 30 e 31 do projecto (correspondente aos actuais artigos 34 e 35 CVDT69), publicado em *Conférence des Nations Unies sur le Droit des Traités. Première et deuxième sessions. Vienne, 26 mars – 24 mai 1968 et 9 avril – 22 mai 1969. Documents officiels. Documents de la Conférence*, Nations Unies, New York, 1971, pp. 49 e 50.

⁶ As dificuldades em ultrapassar os interesses individuais dos Estados, mesmo em situações onde pareceria ser óbvia a prevalência dos interesses colectivos, pode ser encontrada em PRATAP, «Nuclear arms...», cit., pp. 653 a 676, relativamente à produção de efeitos dos tratados relativos ao controlo das armas nucleares.

⁷ Nesse sentido, Philippe CAHIER, «Le problème des traités à l'égard des États tiers», Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, vol. 143, 1974, p. 599, na medida em que a posição contrária conduziria «à permettre une ingérence inadmissible d'Etats dans les affaires des autres Etats».

tratados que tenham sido concluídos por terceiros Estados, salvo nas situações em que esses compromissos internacionais sejam nulos por violação de uma norma de *ius cogens*. Nestes casos, em razão da oponibilidade *erga omnes* dos tratados ou da sua eficácia externa, todos os terceiros Estados estão obrigados a não impedir a pontual execução das vinculações internacionais em que não participam⁸, desde logo em resultado da aplicação da regra da relatividade dos tratados. Com efeito, sendo a capacidade de concluir vinculações internacionais uma das prerrogativas da subjectividade internacional, a produção de efeitos destes compromissos não deverá ser entravada por aqueles que neles não participam, na medida em que na situação oposta se estaria em presença de uma interferência ilegítima na sua autonomia de actuação.

Nesse sentido, dando expressão a uma norma estruturante do Direito Internacional⁹, o artigo 34 Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (CVDT69)¹⁰ prevê que “um tratado não cria obrigações nem direitos para um terceiro Estado sem o consentimento deste”¹¹. Em conformidade, a regulamentação da CVDT69 autonomiza o regime dos direitos¹² e o regime das obrigações¹³, nos artigos 35 e 36¹⁴, e especifica, no artigo 37, os termos em que pode ter lugar a “revogação ou modificação de obrigações ou de direitos de terceiros Estados”¹⁵.

⁸ Nesse sentido, André GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO de QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 1993, p. 247; e JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 3ª ed., Principia, Cascais, 2006, p. 82.

⁹ Nesse sentido, CAHIER, «Le problème des effets...», cit., p. 616, defende que “il s’agit d’une norme coutumière qui correspond à un besoin de la société internationale actuelle”. Um resumo da jurisprudência relevante sobre a matéria pode ser encontrado em CAHIER, «Le problème des effets...», cit., pp. 612 a 615; PRATAP, «Nuclear arms...», cit., pp. 641 a 648; e Malgosia FITZMAURICE, «Third parties and the law of treaties», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 6, 2002, pp. 46 a 52 e 84 a 96.

¹⁰ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 de Maio de 1969 (versão portuguesa publicada no Diário da República, Série I-A, nº 181, de 7 de Agosto de 2003, pp. 4689 a 4703).

¹¹ Em consonância, o alínea g) do nº 1 do artigo 2 prevê que *parte* “designa um Estado que consentiu em estar vinculado pelo tratado e para o qual o tratado se encontra em vigor” e *terceiro Estado* “designa um Estado que não é parte no tratado”.

¹² Sobre a questão, CAHIER, «Le problème des effets...», cit., pp. 620 a 643; ROZAKIS, «Treaties and third...», cit., pp. 13 a 21; Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, «Treaty stipulations in favor of third states», *American Journal of International Law*, vol. 50, 1956, que defende (p. 353) que nunca pode existir “such thing as a second agreement” dado que “the acceptance of benefits is never registered with the United Nations Secretary General under Article 102 of the Charter”; e Suzanne BASTID, *Les traités dans la vie internationale*, Economica, Paris, 1985, pp. 150 e 151, sobre a *stipulation pour autrui*.

¹³ Sobre a questão, CAHIER, «Le problème des effets...», cit., pp. 644 a 659; e ROZAKIS, «Treaties and third...», cit., pp. 9 a 13.

¹⁴ Embora na prática, como o referem ROZAKIS, «Treaties and third...», cit., p. 17, Christine CHINKIN, *Third parties in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 40 e 41, FITZMAURICE, «Third parties...», cit., pp. 54 e 55, seja, por vezes, difícil distinguir entre direitos e obrigações.

¹⁵ Sobre a questão, Paul REUTER, *Introduction au droit des traités*, 2ª ed., PUF, 1985, pp. 91 e 92; ROZAKIS, «Treaties and third...», cit., p. 21 a 25; e FITZMAURICE, «Third parties...», cit., p. 56 e 57.

A produção de efeitos de um acordo internacional está, assim, dependente do consentimento dos Estados interessados na regulamentação internacional em causa. Esse consentimento pode ter lugar no momento em que se gera o acordo subjacente ao compromisso internacional ou ser expresso num momento posterior à sua negociação, assinatura, manifestação do consentimento a estar vinculado ou entrada em vigor para as outras partes.

Daqui decorre que, em qualquer das situações, a produção de efeitos de uma vinculação internacional em relação a um Estado concreto só tem lugar porque esse sujeito manifestou a sua vontade a estar vinculado a esse compromisso internacional¹⁶. Tendo em consideração que, ao nível do Direito Internacional, não existem regras obrigatórias quanto à forma como pode ser manifestado o consentimento a estar vinculado por um regime convencional¹⁷, os Estados interessados podem manifestar a sua vontade de vinculação internacional em termos explícitos, nomeadamente por escrito¹⁸, ou em termos implícitos, através do seu comportamento¹⁹⁻²⁰.

¹⁶ Sobre a questão, Emmanuel ROUCOUNAS, «Engagements parallèles et contradictoires», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 206, 1991, pp. 31 a 35; e, em termos críticos, Geoffrey PALMER, «New ways to make international environmental law», *American Journal of International Law*, vol. 86, nº 2, 1992, pp. 270 a 278.

¹⁷ Nesse sentido, ROZAKIS, «Treaties and third...», cit., p. 5, defende que “[t]he question of how this will is to be expressed or when it may be presumed that a State is bound by a rule of law is a purely technical one, its answer depending upon the particular sociopolitical mentality existing in any given period of the international relations”; e Rui MOURA RAMOS, «Tratado» (1986), in MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de, *Da Comunidade Internacional e do seu direito. Estudos de Direito Internacional Público e Relações Internacionais*, Coimbra Editora, 1996, p. 137.

¹⁸ Nesse sentido, o artigo 35 CVDT69, relativamente a obrigações, prevê a aceitação expressa por escrito. Sobre a questão, Guido NAPOLETANO, «Some remarks on treaties and third states under the Vienna convention on the law of treaties», *The Italian Yearbook of International Law*, vol. 3, 1977, pp. 82 a 83.

¹⁹ O artigo 36 CVDT69 estipula que o consentimento se presume na medida em que o Estado exerça o direito respeitando as “condições previstas no tratado ou estabelecidas de acordo com as suas disposições”. Nesse sentido, CAHIER, «Le problème des effets...», cit., pp. 603 e 604, 640 e 657; e NAPOLETANO, «Some remarks...», cit., pp. 86 a 89.

²⁰ Um exemplo particularmente relevante desta abordagem pode ser encontrado no nº 4 do artigo 5 do Protocolo de 1978 relativo à Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição por Navios, de 1973 (MARPOL), feito em Londres em 17 de Fevereiro de 1978, em conformidade com o qual “[n]o que se refere aos navios pertencentes a não Partes na Convenção, as Partes aplicarão os requisitos da presente Convenção de modo a garantir que não é dado tratamento mais favorável a tais navios”. Com efeito, tendo em consideração os termos como o Direito Internacional regula a entrada de navios em portos de Estados sem a sua nacionalidade, a utilização de um qualquer porto poderá ser interpretada como significando a aceitação da sujeição às regras que aí sejam aplicadas, em particular as que decorrem do Direito Internacional. A isso acresce que, no nº 3 do mesmo artigo, é expressamente previsto que o Estado parte na Convenção pode “recusar a um navio estrangeiro a entrada nos portos ou terminais sob a sua jurisdição ou tomar qualquer acção contra tal navio por este não cumprir as disposições da presente Convenção”. Nesse sentido, Günther HANDL, «Regional arrangements and third state vessels: is the *pacta tertiis* principle being modified», in RINGBOM, Henrik (edit.), *Competing norms in the law of the marine environmental protection – Focus on ship safety and pollution prevention*, Kluwer Law International, London – The Hague – Boston, 1997, pp. 222 e 223. Em sentido próximo, FITZMAURICE, «Third parties...», cit., pp. 119 a 121, e «Expression of consent to be bound by a treaty as developed in

Mas, importa sublinhá-lo, seja a manifestação do consentimento explícita ou implícita, a vontade do Estado tem de ser manifesta e inequívoca no sentido de estar vinculado ao compromisso internacional concreto. Nestes termos, o consentimento a estar vinculado não pode ser presumido, nomeadamente tendo em consideração a participação em compromissos internacionais semelhantes ou anteriores, haja ou não identidade das partes contratantes.

Daqui resulta que a questão decisiva quanto à produção de efeitos de um tratado é, nestes termos, a manifestação do consentimento do Estado interessado, qualquer que seja o momento em que esta tenha lugar ou a forma através da qual é comunicada aos outros sujeitos vinculados ao compromisso internacional em causa.

Exposta nestes termos, a regra *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* não comporta qualquer excepção²¹, não fazendo, por isso, qualquer sentido referir a potencialidade dos tratados concluídos pelos Estados para produzirem efeitos em

certain environmental treaties», in KLABBERS, Jan e LEFEBER (eds), *Essays on the law of treaties. A collection of essays in honour of Bert Vierdag*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague / Boston / London, 1998, p. 79, refere que “[c]ompliance in practice (...) by non-parties to MARPOL shows that, in environmental law, there may be new means of consent to be bound”. Em termos gerais, na perspectiva do “*Pacta Tertiis* principle and the rules of reference in the 1982 Convention with respect to vessel-source pollution”, o «Final report» do Committee on coastal state jurisdiction relating to marine pollution da International Law Association, pp. 487 a 492, que adopta a ideia de que basta o consentimento inicial a estar vinculado, independentemente do conteúdo concreto das regras que venham a ser posteriormente aprovadas.

²¹ Nesse sentido, André GONÇALVES PEREIRA, *Da sucessão de Estados quanto aos tratados*, Edições Ática, 1968, pp. 196 e 197; MOURA RAMOS, «Tratado», cit., p. 138; GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO de QUADROS, *Manual de Direito...*, cit., p. 247; JORGE MIRANDA, *Curso de Direito...*, cit., p. 81; Eduardo CORREIA BAPTISTA, *Ius Cogens em Direito Internacional*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 356 a 359, que defende (p. 356) que “[e]m rigor, a norma *Pacta tertiis non nocent* não tem carácter normativo, no sentido de se tratar de uma norma susceptível de ser violada. Julga-se que esta norma é logicamente inviolável”, e *Direito Internacional Público. Conceito e Fontes*, vol. I, Lex, Lisboa, 1998, pp. 234 e 235; TOMUSCHAT, «Obligations arising...», cit., p. 244; Paolo FOIS, «Il consenso degli stati ad obbligarli e il principio *pacta sunt servanda*», *Rivista di Diritto International*, vol. LXXXIV, 2001, pp. 5-32, pp. 31 e 32; FITZMAURICE, «Third parties...», cit., p. 38; Anthony AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 207; e CAHIER, «Le problème des effets...», cit., p. 731, que sintetiza a questão afirmando que “les effets des traités à l’égard des Etats tiers s’expliquent soit par leur consentement, donné sous une forme ou une autre, soit par l’application d’une règle du droit international général”. O comentário da Comissão de Direito Internacional ao artigo 30 do projecto (correspondente ao actual artigo 34 CVDT69), publicado em *Conférence des Nations...*, cit., p. 50, refere que “[l]a question de savoir si la règle *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* souffre effectivement des exceptions en droit international est une question controversée, sur laquelle les avis se sont partagés au sein de la Commission. L’accord s’était fait sans réserve sur un point: il n’y a pas d’exception lorsqu’il s’agit d’obligation; un traité ne crée jamais, par lui-même, d’obligation pour des Etats qui n’y sont pas parties”. Em sentido contrário, CHINKIN, *Third parties...*, cit., pp. 25 e 26, 35 e 36 e 142 a 144, que defende a existência de um conjunto de excepções passíveis de serem agrupadas em: “acquiescence in the conduct of parties and non-parties; application of a special principle of law outweighing the general third party rule; the existence of some situation that displaces the application of treaty law”; e Dominique CARREAU, *Droit international*, 7ª ed., Pedone, Paris, 2001, pp. 158 a 166, que defende que a aceitação da produção de efeitos dos tratados em relação a terceiros (p. 163), “constitue à l’evidence une dérogation marqué au consensualisme”.

relação a terceiros. A questão é que, apesar de tudo, são muitas vezes avançadas situações em que a doutrina jusinternacionalista defende existirem exceções em relação à regra da produção de efeitos em relação às partes. O problema é que, nas situações comumente referenciadas, aquilo que é qualificado como um exemplo de produção de efeitos em relação a terceiros limita-se a ser uma forma específica de produção de efeitos em relação às partes.

1.2.2. As pretensas exceções à produção de efeitos dos tratados exclusivamente aos Estados contratantes

Podem ser encontrados na doutrina jusinternacionalista vários exemplos de exceções à produção de efeitos dos tratados exclusivamente aos Estados contratantes. Nuns casos, é manifesta a inadequação dos exemplos apresentados, dado que se trata de situações de produção de efeitos em relação às partes. Noutros casos, a sua apreciação é mais complexa na medida em que o conteúdo do tratado não se circunscreve exclusivamente a normas de origem estritamente convencional.

I - A cláusula da nação mais favorecida e o artigo 103 da Carta das Nações Unidas

No primeiro grupo, relativamente a situações onde é manifesto estar-se em presença de casos específicos de produção de efeitos em relação às partes contratantes, deverão ser postas em destaque as diversas formulações da cláusula da nação mais favorecida que podem ser encontradas em tratados²². Neste caso, a confusão decorre de se dar maior importância ao conteúdo das adaptações que são introduzidas na vinculação inicial do que à autorização genérica de alteração do seu conteúdo que consta do seu articulado. Com efeito, em resultado da inserção de uma cláusula deste tipo, os Estados partes na vinculação inicial aceitam que esta possa ser ajustada posteriormente, em conformidade com as disposições de um tratado ulterior em que não participam na sua totalidade.

Nestes termos, não existe qualquer produção de efeitos do tratado posterior em relação a terceiros Estados, na medida em que este tratado apenas serve de modelo para as alterações que vão ser introduzidas na vinculação inicial. Daqui resulta que, enquanto essa cláusula estiver em vigor, a vinculação inicial pode ser sujeita a sucessivos ajustamentos, de modo a alterar o seu conteúdo em conformidade com o articulado de outros tratados que algumas das partes

²² Sobre a questão, BASTID, *Les traités...*, cit., pp. 145 a 150; Nguyen Quoc DINH, Patrick DAILLIER e Alain PELLET, *Droit International Public*, 7^a ed., L.G.D.J., Paris, 2002, pp. 245 a 247; e Daniel VIGNES, «La clause de la nation la plus favorisée et sa pratique contemporaine. Problèmes posés par la Communauté économique européenne», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 130, 1970, pp. 213 a 235, que sublinha (p. 224) que «la clause n'est pas une règle de droit coutumier en ce sens qu'il n'existe pas d'obligation coutumière de la faire figurer dans aucun traité». O projecto da Comissão de Direito Internacional de 1978 sobre a cláusula da nação mais favorecida pode ser encontrado em Sir Arthur WATTS, *The International Law Commission 1949-1998. Volume Three – Final draft articles not yet having resulted in the conclusion of a treaty and reports other than final draft articles*, Oxford University Press, Oxford – New York, 1999, pp. 1798 a 1916.

venham a concluir posteriormente.

O aspecto mais relevante da cláusula da nação mais favorecida é, assim, a possibilidade do conteúdo do articulado de um tratado ser actualizado sem que seja necessário desencadear um processo de modificação com a intervenção de todas as partes. Não se estabelecem, em conformidade, quaisquer relações jurídico-internacionais entre os participantes na vinculação inicial e as partes nos eventuais tratados posteriores. Da mesma forma que, em nenhum momento, os tratados em causa podem ser qualificados como tratados sucessivos sobre a mesma matéria sem identidade de partes.

Em certas situações, no entanto, na decorrência do *Caso dos cidadãos norte-americanos em Marrocos*, a produção de efeitos de um conteúdo concreto autorizado pela cláusula da nação mais favorecida pode cessar, caso deixe de estar em vigor o tratado posterior que lhe serviu de base²³.

Em segundo lugar, no primeiro grupo, ainda pode ser feita referência ao artigo 103 da Carta das Nações Unidas, em conformidade com o qual as obrigações assumidas pelos Estados em virtude da Carta prevalecem em relação aos compromissos assumidos em resultado de qualquer outro acordo internacional²⁴. Também neste caso não se descortinava qualquer excepção à regra da não produção de efeitos dos tratados em relação a terceiros²⁵. Com efeito, restrita aos membros da ONU, esta disposição prevê que os Estados membros, em conformidade com o

²³ Sobre a questão, José Manuel PUREZA, «A cláusula da nação mais favorecida», Documentação e Direito Comparado, nº 29/39, 1987, pp. 536 a 540.

²⁴ Sobre o âmbito de aplicação do artigo 103 da Carta das Nações Unidas, Rudolf BERNHARDT, «Article 103», in SIMMA, Bruno (edit.), *The Charter of the United Nations. A commentary*, 2ª ed, vol. II, Oxford University Press, Oxford – New York, 2002, pp. 1292 a 1302; Geraldo NASCIMENTO e SILVA, «Le facteur temps et les traités», Recueil des Cours da Académie de Droit International, vol. 154, 1977, pp. 247 a 252; ROUCOUNAS, «Engagements parallèles...», cit., pp. 66 a 70; Sergio MARCHISIO, *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*, Il Mulino, Bologna, 2000, pp. 71 a 75; Ana Gemma LÓPEZ MARTÍN, *Tratados sucesivos en conflicto: criterios de aplicación*, Universidad Complutense – Facultad de Derecho - Servicio de Publicaciones, Madrid, 2002, pp. 118 a 133; Gabriel H. OOSTHUIZEN, «Playing the devil's advocate: the United Nations Security Council is unbound by law», *Leiden Journal of International Law*, vol. 12, 1999, pp. 556 a 559; e Andreas ZIMMERMANN, «"Acting under Chapter VII (...)" – resolution 1422 and possible limits of the powers of the Security Council», in FROWEIN, Jochen Abr., SCHARIOTH, Klaus, WINKELMANN, Ingo e WOLFRUM, Rüdiger (edits), *Verhandeln für den Frieden – Negotiating for peace. Liber Amicorum Tono Eitel*, Springer, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Hongkong, London, Mailand, Paris, Tokio, 2003, p. 272.

²⁵ Nesse sentido, CAHIER, «Le problème des effets...», cit., pp. 716 a 719; Michael BYERS, «Conceptualising the relationship between *jus cogens* and *erga omnes* rules», *Nordic Journal of International Law*, vol. 66, nº 2/3, 1997, p. 221; e Karl ZEMANEK, «The legal foundations of the international system. General course on public international law», Recueil des Cours da Académie de Droit International, vol. 266, 1997, pp. 229 a 232. Em sentido próximo, sem se pronunciar sobre o assunto, Derek W. BOWETT, «Judicial and political functions of the Security Council and the International Court of Justice», in FOX, Hazel (edit.), *The changing constitution of the United Nations*, The British Institute of International and Comparative Law, 1997, pp. 80 a 82; e Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, «Hierarchy of treaties», in KLABBERS, Jan e LEFEBER (edits), *Essays on the law of treaties. A collection of essays in honour of Bert Vierdag*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague / Boston / London, 1998, ao afirmar que "[t]he superiority of a given treaty should be clearly manifested. Rules to this effect, especially Article 103 of the UN Charter, should be strictly interpreted".

seu consentimento, fazem prevalecer, em caso de incompatibilidade, as obrigações previstas na Carta das Nações Unidas²⁶. A questão deixou, no entanto, de ser relevante a partir do momento em que os Estados membros das Nações Unidas correspondem à totalidade dos Estados actualmente existentes²⁷.

II - O nº 6 do artigo 2 da Carta das Nações Unidas e os tratados objectivos

No segundo grupo, relativamente a situações onde a natureza das normas não é estritamente convencional, devem ser objecto de atenção o nº 6 do artigo 2 Carta das Nações Unidas e os denominados tratados objectivos.

Em primeiro lugar, como um dos exemplos mais frequentemente citados da produção de efeitos em relação a terceiros Estados, temos o nº 6 do artigo 2 Carta das Nações Unidas, com base na ideia de que esta disposição estaria a impor obrigações de comportamento em relação a Estados não membros da Organização das Nações Unidas.

Independentemente da irrelevância prática actual desta previsão, tendo em consideração a participação da totalidade dos Estados na Organização das Nações Unidas, o certo é que essa não é uma leitura correcta da disposição em causa²⁸. Com efeito, quer no corpo do artigo, quer no nº 6 do artigo 2 Carta das Nações Unidas, não existe a atribuição de direitos ou a enunciação de obrigações em relação a terceiros, mas antes a imposição de a organização e dos seus membros actuarem de forma a conduzirem os terceiros a agir de acordo com os princípios das Nações Unidas “em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais”²⁹. Daqui resulta serem os Estados membros da

²⁶ Em sentido contrário, com excepções, BERNHARDT, «Article 103», cit., p. 1298, ao defender que o artigo 103 se aplicava ao tratados concluídos entre Estados membros e Estados não membros das Nações Unidas, mas que para os tratados concluídos entre não membros das Nações Unidas “Art. 103 is of no relevance. Such treaties may be invalid or unenforceable because they either conflict with *ius cogens* or are incompatible with other principles of the law of treaties (...). If none of these rules applies, the treaty remains valid and binding despite its conflict with Charter obligations”.

²⁷ Benedetto CONFORTI, *The law and practice of the United Nations*, 2ª ed., Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 2000, p. 132, refere, além disso, que “the provisions of Articles 32, 35, para. 2, 50, 102 and 103 concern non-member States has never given rise to questions in practice”.

²⁸ Nesse sentido, TOMUSCHAT, «Obligations arising...», cit., p. 252; Albrecht RANDELZHOFFER, «Article 2», in SIMMA, Bruno (edit.), *The Charter of the United Nations. A commentary*, 2ª ed, vol. I, Oxford University Press, Oxford – New York, 2002, p. 67, ao defender que “it is generally acknowledged today that para. 6 does not entail legal obligations for non-members States”; e Wolfgang Graf VITZTHUM, «Article 2 (6)», in SIMMA, Bruno (edit.), *The Charter of the United Nations. A commentary*, 2ª ed, vol. I, Oxford University Press, Oxford – New York, 2002, pp. 146 e 147. Em sentido contrário, Hans Kelsen, *The law of the United Nations. A critical analysis of its fundamental problems*, Stevens & Sons, London, 1950, p. 106, ao defender que “the Charter imposes directly obligations only upon the Members of the Organisation; but indirectly also upon all the states which are not Members of the United Nations”; e PRATAP, “Nuclear arms...”, cit., pp. 627 a 630.

²⁹ Em sentido contrário, Jorge MIRANDA, «Sobre as modificações de tratados internacionais», in *Estudos em homenagem a Joaquim M. da Silva Cunha*, Fundação Universidade Portucalense – Infante D. Henrique, Porto, 1999, p.70 nota 11, ao qualificar esta disposição como limite material de revisão da Carta das Nações Unidas.

Organização das Nações Unidas os destinatários desta disposição, na medida em que seriam estes que estão em condições de promover as actuações necessárias à conformação dos comportamentos de terceiros.

Em conformidade, ao longo da sua actividade, a Organização das Nações Unidas não impôs aos Estados não membros a prática de actos destinados à aplicação de sanções a Estados que estivessem a violar os princípios da Carta das Nações Unidas. A excepção poderia ser o caso das sanções económicas, embora possam ser autonomizadas duas fases. Na primeira, relativamente ao embargo decretado no caso da Rodésia, nas resoluções votadas entre 1966 e 1977, o Conselho de Segurança distinguiu entre membros e não membros das Nações Unidas, limitando-se a apelar à actuação dos segundos, enquanto impunha um conjunto de obrigações em relação aos primeiros³⁰. Na segunda, desde 1977, deixou de recorrer a esta distinção, tendo passado a decidir em termos genéricos, pretendendo abranger todos os Estados, a partir do embargo imposto à África do Sul³¹. A importância desta distinção era, contudo, pouco significativa, tendo em consideração que o fundamento de actuação neste âmbito do Conselho de Segurança não é estritamente convencional, mas antes costumeiro³².

Em segundo lugar, devem ser mencionados os compromissos internacionais comumente denominados como tratados objectivos³³. Neste caso, a dúvida

³⁰ Resoluções do Conselho de Segurança 232, de 16 de Dezembro de 1966, § 7, 253 (1968), § 14, 314 (1972), § 2, 388 (1976), § 3 e 409 (1977), § 2. Sobre a questão das sanções económicas aplicadas à Rodésia, em termos críticos, Michael W. REISMAN e Douglas L. STEVICK, «The applicability of International Law standards to United Nations economic sanctions programmes», *European Journal of International Law*, vol. 9, nº 1, 1998, pp. 96 a 101.

³¹ Resolução do Conselho de Segurança 418, de 4 de Novembro de 1977, § 2, onde é expressamente previsto que este órgão “*Decides that all States shall cease forthwith any provision to South Africa of arms and related matériel of all types*” (itálico no original). Sobre a questão, Eduardo CORREIA BAPTISTA, *O poder público bélico em Direito Internacional: o uso da força pelas Nações Unidas em especial*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 358 a 360, nota 833.

³² Nesse sentido, CAHIER, «Le problème des effets...», cit., pp. 709 a 716; e CORREIA BAPTISTA, *O poder público...*, cit., pp. 352 a 362, ao defender (p. 360) que “o Conselho passou a ter autoridade, pelo menos desde 1990, para vincular Estados terceiros à luz do Direito Internacional Costumeiro, seja quando estes são responsáveis pela situação, alterando a sua situação jurídica, ao estabelecer medidas compulsivas contra estes e mesmo para estabelecer obrigações quanto à solução de fundo de questões; seja quando o não são, mas vinculando-os a adoptar tais medidas”. Em sentido próximo, VITZTHUM, «Article 2 (6)», cit., p. 147, afirma que “[n]on-members may potentially weaken their position in international affairs by not acting in accordance with the Principles of Art. 2. By doing so, they do not infringe any legal obligation arising out of Art. 2 (6) but will have to face concerted action by the members of the UN, possibly leading to political isolation”; CONFORTI, *The law and practice...*, cit., p. 128, ao defender que esta matéria “escape a precise evaluation under international law and, even more, under the principle of the non-effect of treaties, with regard to third parties”, dado que (p. 129) “Article 2, para. 6, appears to be a simple provision on the powers of the Organization”; e Jochen Abr. FROWEIN, «Reactions by not directly affected states to breaches of public international law», *Recueil des Cours da Académie de Droit International*, vol. 248, 1994, p. 357. Sobre a questão, Christian TOMUSCHAT, «Obligations arising for States without or against their will», *Recueil des Cours da Académie de Droit International*, vol. 241, 1993, pp. 252 a 257; e MARCHISIO, *L'ONU...*, cit., pp. 65 a 69.

³³ Sobre a questão, o comentário de WALDOCK ao artigo 63, no terceiro relatório sobre o direito dos tratados, de 1964 (*Annuaire de la Commission du Droit International*, 1964, vol. II, pp. 24 a

inicial é a de saber se existe uma categoria de tratados que mereça um tratamento autónomo³⁴. O problema seria, desde logo, conseguir identificar a sua especificidade concreta: ao nível do conteúdo ou do procedimento de conclusão. Nestes termos se compreende que a questão tenha sido discutida na Comissão de Direito Internacional, aquando da preparação do projecto da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, sem se alcançar, contudo, o consenso necessário à inclusão de um artigo específico sobre a matéria no articulado³⁵.

O conceito de “tratados objectivos” tem sido utilizado pela doutrina para agrupar vinculações internacionais relativas à regulação do estatuto jurídico-internacional de espaços³⁶. No seu âmbito, têm sido incluídos tratados de criação do estatuto de neutralidade perpétua de um Estado, como no caso da Suíça, de criação de novos Estados, de desmilitarização de zonas territoriais específicas, como no caso das Ilhas Aaland, e de regulamentação de vias de comunicação internacionais, como no caso dos canais do Suez, do Panamá³⁷ e de Kiel³⁸.

33); Lord McNAIR, *The law of treaties*, Clarendon Press, Oxford, 1961, p. 255 a 271; Bruno SIMMA, «From bilateralism to community interest in international law», *Recueil des Cours da Académie de Droit International*, vol. 250, 1994, pp. 358 a 364; Jean-Paul JACQUÉ, *Eléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1972, pp. 459 a 468; e FITZMAURICE, «Third parties...», cit., pp. 66 a 83.

³⁴ Nesse sentido, CAHIER, «Le problème des effets...», cit., pp. 660 a 677, que conclui a sua análise com a afirmação da (p. 677) “l'impression que la notion de traité établissant des situations objectives est surtout une création de la doctrine”, acrescentando (p. 730) que algumas das situações invocadas têm por consequência “d'expliquer des situations appartenant au passé”; e Theodor SCHWEISFURTH, «International treaties and third states», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Heidelberg Journal of International Law), vol. 45, 1985, p. 665. Em sentido próximo, FITZMAURICE, «Third parties...», cit., p. 82, afirma que [a]s a general conclusion, it may be observed that certain important issues concerning objective régimes (including their very existence) remain still unresolved”. Em sentido contrário, McNAIR, *The law of treaties*, cit., pp. 255 a 271; e Charles ROUSSEAU, *Droit international public, Tome I. Introduction et sources*, Sirey, Paris, 1970, pp. 192 e 193.

³⁵ Sobre a questão, Maurizio RAGAZZI, *The concept of international obligations erga omnes*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 37 a 41.

³⁶ Nesse sentido, o artigo 63 proposto por WALDOCK (Annuaire de la Commission du Droit International, 1964, vol. II, pp. 24 e 25), previa que “[u]n traité établit un régime objectif lorsqu'il ressort de ses dispositions et des circonstances de sa conclusion que l'intention des parties est de créer dans l'intérêt général des obligations et des droits de caractère général concernant une région, un Etat, un territoire, une zone déterminée de la mer, du lit de la mer ou de l'espace aérien”. Uma manifestação desta categoria pode ser encontrada nos artigos 11 e 12 da Convenção de Viena sobre Sucessão de Estados em Matéria de Tratados, de 23 de Agosto de 1978. Sobre a questão, Maria del Carmen MÁRQUEZ CARRASCO, «Régimes de frontières et autres régimes territoriaux face à la succession d'Etats», in EISEMANN, P. M. e KOSKENNIEMI, M. (edits), *La succession d'Etats: la codification à l'épreuve des faits/ State succession: codification tested against the facts*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague/Boston/London, 2000, pp. 495 a 541.

³⁷ Em sentido contrário, em 2002, tendo em consideração o regime jurídico-internacional estabelecido em 1977, nomeadamente o Treaty Concerning the Permanent Neutrality and Operation of the Panama Canal, de 7 de Setembro, FITZMAURICE, «Third parties...», cit., pp. 103 a 108.

³⁸ Sobre a questão, RAGAZZI, *The concept of international...*, cit., pp. 24 a 27; CAHIER, «Le problème des effets...», cit., pp. 689 a 695; BASTID, *Les traités...*, cit., p. 154; Jost DELBRÜCK, «“Laws in the public interest” – some observations on the foundations and identification of erga omnes norms in International Law», in GÖTZ, Volkmar, SELMER, Peter e WOLFRUM, Rüdiger (edits),

Um dos seus exemplos mais controversos é o relativo ao estatuto das regiões antárticas, regulado pelo Tratado de Washington, na medida em que este regime convencional foi elaborado fora do quadro da Organização das Nações Unidas e beneficia os contratantes originários relativamente aos Estados aderentes³⁹.

A problemática subjacente aos denominados tratados objectivos não é, no entanto, no seu núcleo essencial, um problema de efeitos de tratados em relação a terceiros, não obstante a sua configuração poder conduzir nesse sentido.

Não é, por um lado, nas situações em que os terceiros possam beneficiar de um direito, na medida em que a sua actuação em conformidade com o regime jurídico instituído pelo tratado pode ser reconduzida a uma manifestação de consentimento a estar vinculado. Com efeito, ao actuarem em consonância com a regulamentação convencional existente - por exemplo, a relativa à utilização de um canal internacional - os Estados estão a demonstrar que a aceitam⁴⁰. O que significa que, a partir de então, devem passar a respeitá-la em todas as situações em que possam ter um interesse relevante na regulamentação jurídico-internacional em causa. Caso contrário, se entendessem que o regime jurídico em questão era contrário ao Direito Internacional, teriam manifestado a sua discordância, em particular através de protesto⁴¹, de forma a que as suas actuações futuras nessa matéria não pudessem ser condicionados ou afectadas pelo regime jurídico em questão⁴². Da mesma forma que, se entendessem que o compromisso internacional em causa era contrário aos seus interesses, não teriam actuado em conformidade com um regime jurídico com que não concordam.

Liber amicorum Günther Jaenicke – Zum 85 Geburtstag, Springer, Berlin – Heidelberg – New York – Barcelona – Hongkong – London – Mailand – Paris – Singapur – Tokio, 1998, pp. 20 e 21; e ROUSSEAU, *Droit international...*, cit., pp. 187 e 188, que os qualifica como “traités bénéficiant «ipso facto» aux Etats tiers”.

³⁹ Sobre a questão, em termos gerais, FITZMAURICE, «Third parties...», cit., pp. 121 a 136; em termos muito críticos, TOMUSCHAT, «Obligations arising...», cit., pp. 245 a 247; e FROWEIN, «Reactions by not...», cit., p. 362, que o qualifica como fazendo parte do “constitutional system of present-day international law”.

⁴⁰ Em sentido próximo, Afonso RODRIGUES QUEIRÓ, *Direito internacional público*, Coimbra, 1960, pp. 108 e 109, ao abordar a questão na perspectiva dos “tratados que conferem direitos imutáveis a terceiros Estados”; CORREIA BAPTISTA, *Direito internacional...*, vol. I, cit., pp. 238 a 240; e Philippe BRAUD, «Recherches sur l’État tiers en droit international public», *Revue Générale de Droit International Public*, vol. 72, 1968, pp. 31 e 32 e 76 e 77.

⁴¹ Nesse sentido, CAHIER, «Le problème des effets...», cit., p. 685, e JACQUÉ, *Eléments pour une théorie...*, cit., pp. 464 e 465, que citam o regime jurídico-internacional do Danúbio, revisto pelos Estados socialistas, em 1948, na Conferência de Belgrado, no qual o reforço dos poderes dos Estados ribeirinhos foi objecto de protesto por parte dos EUA, da França e do Reino Unido; e FITZMAURICE, «Third parties...», cit., p. 125, que chama a atenção para o facto de que o regime jurídico-internacional das regiões antárticas foi objecto de qualquer protesto, nem no momento da sua conclusão, nem nos anos subsequentes.

⁴² O que implica uma reacção pronta e adequada em relação à situação em causa, caso contrário deixará de ser relevante como o afirmou o TIJ, no *Caso do Diferendo Fronteiriço Terrestre, Insular e Marítimo*, ICJ Reports 1992, p. 577, § 364, ao decidir que o protesto “coming after a long history of acts of sovereignty (...) was made too late to affect the presumption of acquiescence”.

Não é, por outro lado, em termos ainda mais intensos, nas situações em que o regime jurídico em questão pode vigorar na sua plenitude sem que se estabeleçam quaisquer relações com terceiros. Nestes casos, o fundamental é que as partes contratantes criem as condições necessárias ao cumprimento do regime jurídico constante do compromisso internacional entre si concluído e os terceiros não pratiquem qualquer acto que interfira com a produção de efeitos⁴³. O fundamental é, assim, que os Estados partes actuem no âmbito do regime jurídico que foi criado convencionalmente e os terceiros não contratantes respeitem o estatuto jurídico que tenha sido instituído pelo compromisso internacional em causa.

Nestes termos, face às vinculações internacionais que regulam espaços, as actuações dos terceiros não contratantes materializam-se através de actos positivos de aceitação ou de respeito, ou de actos negativos de protesto ou de violação. O que significa que todas as situações de contacto com o regime jurídico em questão, sejam ou não intencionais, podem ser objecto de uma valoração em termos de declaração de vontade.

Daqui resulta que a faceta original desta categoria doutrinal de tratados não seria constituída pelas relações contratuais que se estabelecem entre as partes contratantes, nem pela qualificação das manifestações de vontade dos terceiros Estados não participantes. O fundamental seria antes determinar se estas vinculações internacionais teriam uma natureza estritamente convencionais ou se, pelo contrário, um fundamento distinto. Isso significa, contudo, que a exacta compreensão dos tratados objectivos só poderá ser feita no âmbito da apreciação dos efeitos do costume ou das normas de *ius cogens* e das obrigações *erga omnes*⁴⁴. Daqui resulta que se saiu claramente do âmbito da questão dos efeitos dos tratados em relação a terceiros.

Assim sendo, é muito mais relevante para a compreensão do Direito Internacional vigente nesta matéria proceder à apreciação de uma construção

⁴³ Nesse sentido, BRAUD, «Recherches sur l'État...», cit., p. 69, ao defender que “[l']Etat tiers est tenu de prendre en considération ce fait que constitue l'existence d'un traité licite et valide. Il a l'obligation juridique de s'abstenir d'entraver son exécution et d'accepter même d'en subir les répercussions défavorables; il doit donc adopter une certaine attitude”; e JACQUÉ, *Éléments pour une théorie...*, cit., p. 475, com recurso à noção de “tolérance générale”. Em sentido próximo, NAPOLETANO, «Some remarks...», cit., pp. 84 e 85, refere a possibilidade de uma atitude de neutralidade, em que não manifestada nem concordância nem discordância.

⁴⁴ Nesse sentido, DINH, DAILLIER e PELLET, *Droit international...*, cit., pp. 248 a 252; e Vladimir-Djuro DEGAN, *Sources of International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague – Boston – London, 1997, p. 423. Em 1968, BRAUD, «Recherches sur l'État...», cit., pp. 77 a 84, procurava explicar algumas das situações enquadradas no âmbito dos tratados objectivos como base na “existence d'une hiérarchie de fait”, em resultado da qual (p. 77) “[d]ans une conjoncture internationale particulière, des Etats peuvent se comporter como de véritables législateurs internes, c'est-à-dire dicter une loi à d'autres Etats”. De forma semelhante, em 1972, JACQUÉ, *Éléments pour une théorie...*, cit., pp. 463 e 473 a 476, com base na ideia de uma “gestion commune par un ensemble d'Etats suffisamment représentatifs”, afirmava (p. 463) “qu'un certain nombre de régimes établis conventionnellement s'imposent *erga omnes*. Les conventions qui établissent ces régimes sont l'oeuvre d'un groupe de puissances particulièrement intéressées qui se trouvent dans une situation telle qu'elles peuvent imposer leur volonté aux tiers”.

jurídica convencional em que os tratados, embora não produzam efeitos em relação a terceiros, são intencionalmente modelados para influenciar os seus comportamentos.

2. A PRODUÇÃO DE EFEITOS CONVENCIONAIS REFLEXOS EM RELAÇÃO A TERCEIROS

2.1. Considerações gerais

Na verdade, embora a denominada produção de efeitos das vinculações internacionais em relação a terceiros se limite a ser uma forma específica de alcançar a produção de efeitos em relação às partes vinculadas pelo compromisso internacional em causa, isso não significa que não existam situações em que a produção de efeitos em relação às partes não seja organizada em termos tais que não possa ter efeitos reflexos em relação a terceiros.

São situações diferentes, embora possam parecer idênticas. No primeiro caso, da produção de efeitos dos tratados em relação a terceiros, em claro desrespeito da autonomia dos Estados, o que estaria a suceder seria um caso de manifesta interferência na liberdade de vinculação dos sujeitos de Direito Internacional. Através de um acordo internacional, modelado à medida dos seus interesses individuais ou de pretensos interesses colectivos, o que seria muito mais grave, o que alguns Estados estariam a fazer seria a fixar, de forma directa e intencional, os comportamentos de terceiros, independentemente do seu consentimento. No segundo caso, de produção de efeitos reflexos, em termos distintos, em consonância com a liberdade soberana de cada Estado, o que se pretende é influenciar o comportamento de terceiros Estados. Nestes termos, os terceiros visados mantêm a possibilidade de actuar em sentido distinto do que consta no compromisso internacional em questão, o que é decisivo, na medida em que não manifestaram o seu consentimento a fazê-lo nos termos previstos nesse regime jurídico-internacional.

Em conformidade, não existindo o consentimento do terceiro Estado, os Estados participantes no acordo internacional não podem impor ou exigir um determinado comportamento. O que podem é, com respeito pela vontade dos terceiros visados, desenvolver actuações, conformes ao Direito Internacional, susceptíveis de gerar acções ou omissões voluntárias por parte destes no sentido pretendido. Nestes casos, os tratados em causa não se limitam a produzir efeitos que podem ser relevantes para os interesses dos terceiros Estados. Pretendem, pelo contrário, de uma forma distinta, influenciar intencionalmente o seu comportamento.

2.2. A produção de efeitos convencionais relevantes em relação aos interesses de terceiros

Em resultado da intensa interdependência do mundo actual, é muito frequente os tratados produzirem efeitos que podem ser relevantes em relação

aos interesses de terceiros⁴⁵. Esses efeitos podem ser muito diversificados, variando nomeadamente em função dos sujeitos envolvidos, do objecto da vinculação, da proximidade geográfica e da experiência anterior de colaboração.

Em termos abstractos, podem ser distinguidas duas hipóteses genéricas. Ao nível material, por um lado, a existência de um acordo internacional, por exemplo, entre A e B, poderá implicar a impossibilidade factual de vir a ser alcançado, durante o período da sua vigência, um compromisso internacional do mesmo tipo entre um qualquer terceiro e A e/ou B. Ao nível jurídico, por outro lado, a conclusão de um acordo internacional, por exemplo, entre C e D, poderá desencadear reacções, fundamentadas no Direito Internacional, por parte de um qualquer terceiro que entenda que os seus interesses estão a ser postos em causa pelo compromisso que foi assumido por esses outros sujeitos de Direito Internacional⁴⁶.

Da mesma forma que, configurando um direito passível de ser exercido por qualquer interessado que preencha as condições estipuladas, a inclusão de cláusulas de adesão em tratados alarga as opções que se apresentam aos Estados para prosseguir os seus interesses⁴⁷, em conformidade com o artigo 15 CVDT⁶⁹, na medida em que não se afigura defensável a existência de direito genérico de participação em vinculações internacionais concluídas por terceiros⁴⁸.

Nestes termos, a produção pelos tratados de efeitos que podem ser relevantes para os interesses de terceiros Estados não é intencional, sendo o resultado normal da existência de interesses conflitantes e da finitude do espaço onde os sujeitos de Direito Internacional actuam. No caso da produção de efeitos reflexos, pelo contrário, o que as partes pretendem é que o acordo de vontade alcançado possa contribuir para a modificação do comportamento de terceiros.

2.3. Condições e limites à utilização de tratados com efeitos reflexos em relação a terceiros

A intencional produção de efeitos reflexos por regimes convencionais é particularmente adequada aos casos em que o objecto, os objectivos ou os efeitos da vinculação internacional estejam divididos entre espaços submetidos à jurisdição dos Estados e espaços que não estejam submetidos a essa jurisdição. A sua utilização é, em conformidade, especialmente indicada em duas situações.

Em primeiro lugar, quando os Estados pretendem regular matérias ou questões situadas, parcial ou totalmente, fora do espaço submetido à sua

⁴⁵ Nesse sentido, SCHWEISFURTH, «*International treaties...*», cit., pp. 655 e 656; e CHINKIN, *Third parties...*, cit., pp. 18 a 22, que defende (p. 21) que “[t]he words ‘obligation’ and ‘right’ provide no analysis of what might actually occur within the relationships between the parties and between the parties and non-parties, or of the chain of action and response that is likely to unwind from the conclusion and subsequent performance of any treaty”.

⁴⁶ Sobre a questão, CHINKIN, *Third parties...*, cit., pp. 71 a 80.

⁴⁷ Sobre a questão, CHINKIN, *Third parties...*, cit., pp. 52 a 57.

⁴⁸ Nesse sentido, SCHWEISFURTH, «*International treaties...*», cit., pp. 657 a 660.

jurisdição e relativamente às quais é particularmente relevante a actuação que venha a ser desenvolvida pelos Estados não participantes.

Em segundo caso, na regulamentação jurídico-internacional de matérias ambientais, na medida em que as relações com terceiros Estados não vinculados pode conduzir à subversão do regime instituído pelo compromisso internacional alcançado nessa matéria.

Isso significa, como é evidente, que a eficácia dos efeitos reflexos de regime convencional está dependente da existência de uma qualquer conexão com o terceiro Estado, nomeadamente na existência de uma relação entre o Estado parte e o Estado não parte. Caso contrário, a influência que possa ter na modelação dos comportamentos de terceiros será muito diminuta, na medida em que estará na dependência exclusiva da sua vontade de colaborar.

Daqui decorre que nos tratados com efeitos reflexos em relação a terceiros os Estados pretendem alcançar por essa via aquilo que não foi possível alcançar através da manifestação do consentimento dos terceiros Estados em causa. Nestes termos, este tipo de efeitos só deve ser utilizado em situações excepcionais.

Por um lado, nas situações em que não tenha sido possível conduzir o sujeito renitente a participar em negociações internacionais, após ter sido instado a fazê-lo, ou a justificar adequadamente a sua atitude negativa. Por outro lado, em razão da sua não vinculação aos instrumentos internacionais que vigoram numa determinada matéria, na medida em que a regulação da questão em causa possa transcender manifestamente os interesses estritamente individuais dos sujeitos em causa. Caso contrário, estaria a ser violada a igualdade entre os Estados através de uma interferência ilegítima na sua liberdade de auto-regulação, componente essencial da sua soberania.

A inclusão de efeitos reflexos em vinculações internacionais não pode ser entendida, em conformidade, como uma alternativa a negociações falhadas, em particular se a não participação dos terceiros Estados não tiver consequências negativas na execução da vinculação internacional em causa.

A sua utilização não é, além disso, compatível com as situações em que os efeitos da vinculação internacional estão circunscritos ao âmbito da jurisdição de cada um dos sujeitos de Direito Internacional participantes.

Implicando uma actuação conjugada, a sua utilização não é, em conformidade, compatível com vinculações bilaterais ou em que possam apenas participar um número reduzido de Estados, a menos que a situação geográfica seja muito específica, desde logo pela dimensão dos sujeitos de Direito Internacional envolvidos.

3. A PRÁTICA DA CONCLUSÃO DE REGIMES CONVENCIONAIS COM EFEITOS REFLEXOS EM RELAÇÃO A TERCEIROS

3.1. A prevalência da utilização de regimes convencionais com efeitos reflexos em relação a terceiros no Direito Internacional do Ambiente

Na prática internacional podem ser encontrados alguns exemplos de regimes convencionais com efeitos reflexos em relação a terceiros, com destaque para o Direito Internacional do Ambiente. A sua utilização não é, no entanto, apenas circunscrita a esse domínio, como o exemplifica a Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961⁴⁹.

O artigo 14 da Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961 é relevante nesta matéria, dado que demonstra que a eficácia dos efeitos reflexos está condicionada à existência de uma relação potencial entre os Estados partes no compromisso internacional e os terceiros Estados não partes. Com efeito, tendo em consideração a redação modificada pelo Protocolo de 1972, está previsto na alínea a) do nº 1 que “o Órgão tem o direito de propor ao Governo interessado consultas ou pedir-lhe explicações”, quando tenha “razões objectivas para crer que os fins da presente Convenção são seriamente comprometidos pelo facto de uma Parte, um país ou um território não cumprir as disposições da presente Convenção”⁵⁰. Da mesma forma que, nos termos da alínea b), pode ser pedido “ao Governo interessado que tome as medidas correctivas que, atendendo às circunstâncias, possam parecer necessárias para assegurar a execução das disposições da (...) Convenção”. Contudo, se o terceiro Estado não tomar voluntariamente qualquer atitude em conformidade com o regime convencional, a conduta do terceiro Estado só poderá ser influenciada se, em conformidade com o nº 2, fôr possível “recomendar às Partes a suspensão da importação de estupefacientes provenientes do país interessado, ou a exportação de estupefacientes com destino a esse país ou território, ou, simultaneamente, a importação e exportação, quer por um período determinado, quer até que a situação nesse país ou território seja (...) satisfatória”.

É, contudo, no campo do Direito Internacional do Ambiente que a utilização de regimes convencionais com efeitos reflexos em relação a terceiros tem sido mais frequente. Devem ser referidos quatro exemplos neste domínio: i)

⁴⁹ A Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961 pode ser encontrada em <http://www.unodc.org>.

⁵⁰ Protocolo Emendando a Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961, de 25 de Março de 1972 (Protocolo Emendando a Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961 – Protocole portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961, 25 de Março de 1972 – versão portuguesa publicada no Diário da República I Série, nº 292, de 21 de Dezembro de 1978, pp. 2711 a 2717). Em termos consonantes, na disposição em questão é, ainda, previsto que “[s]e, embora não tenha deixado de cumprir as disposições da presente Convenção, uma parte ou país ou território se tornou num centro importante de cultura, de produção, de fabrico, de tráfico ou de consumo ilícito de estupefacientes, ou que existe manifestamente um grave risco de vir a sê-lo, o Órgão tem o direito de propor ao Governo interessado o início de consultas”.

o artigo X da Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Fauna e da Flora Ameaçadas de Extinção (CITES), de 1973; ii) o artigo 4 do Protocolo de Montreal relativo às Substâncias que Empobrecem a Camada do Ozono, de 1979; ii) os artigos 4 e 11 da Convenção de Basileia sobre o Controlo de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Eliminação, de 1989; iii) e o artigo 24 do Protocolo de Cartagena sobre Segurança Biológica, de 2000.

3.2. O artigo X da Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Fauna e da Flora Ameaçadas de Extinção (CITES) de 1973

Em primeiro lugar, deve ser referenciado o artigo X CITES, de 1973⁵¹, relativo ao “comércio com Estados que não são partes da Convenção”. Em conformidade com esta disposição, as transacções entre os Estados partes e terceiros Estados, relativas a espécies (alínea a) do artigo I) ou espécimes (alínea b) do artigo I) abrangidos por este regime convencional, são permitidas desde que sejam emitidos pelo Estado não parte “documentos similares, concedidos pelas autoridades competentes”, àqueles que são exigidos pela CITES aos Estados partes. A matéria tem sido objecto de regulamentação pela Conferência das Partes, prevista no artigo XI CITES, com o objectivo de especificar o que deve ser entendido por “documento similar” e as condições em que poderá ser aceite pelas Partes⁵²⁻⁵³.

3.3. O artigo 4 do Protocolo de Montreal relativo às Substâncias que Empobrecem a Camada do Ozono, de 1979

Em segundo lugar, é particularmente significativo o artigo 4 do Protocolo de Montreal⁵⁴, baseado em restrições à importação e à exportação de um conjunto

⁵¹ Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da fauna e da Flora Ameaçadas de Extinção – Convention on the International Trade in Endangered Species of World Fauna and Flora – CITES, Março de 1973 (versão portuguesa publicada no Diário da República, Série I, nº 168, de 23 de Julho de 1980, pp. 1807 a 1816).

⁵² Resolução Conf. 9.5., aprovada na nona Conferência das Partes, que teve lugar em Fort Lauderdale, entre 7 a 18 de Novembro de 1994 - Commerce avec les Etats non-parties à la Convention, na qual se exige, nomeadamente, que “iv) en cas d’exportation de spécimens d’une espèce inscrite aux Annexes I ou II, la certification du fait que l’institution scientifique compétente a émis l’avis que l’exportation ne nuira pas à la survie de l’espèce (...) et que les spécimens n’ont pas été obtenus en contravention aux lois de l’Etat d’exportation”, e que “vi) en cas d’exportation ou de réexportation de spécimens vivants, la certification du fait qu’ils seront transportés de façon à éviter les risques de blessures, de maladie ou de traitement rigoureux”.

⁵³ Sobre a questão, W. WIJNSTEKERS, *The evolution of CITES*, 6ª ed., 2001, (disponível em <http://www.cites.org>), pp. 289 a 293, que refere, ao analisar a Resolução Conf. 9.5., que (p. 291) “[t]he fact that comparable documents contain the statements referred to in recommendations iii) to vi) may not be more than that. Non-parties are obviously not bound by the Convention, they may not have the necessary comparable legislation and consequently their comparable documents cannot be expected to have the same value and provide the same guarantees as those issue by Parties”. A não produção de efeitos da CITES em relação a terceiros Estados não partes foi, além disso, implicitamente reconhecida pela Conferência das partes, ao não renovar posteriormente a solicitação de serem apresentados relatórios anuais pelos Estados não partes, formulada em 1985.

⁵⁴ Protocolo de Montreal relativo às Substâncias que Empobrecem a Camada do Ozono – Montreal

de produtos pelos Estados partes em relação aos Estados não participantes no seu regime convencional⁵⁵⁻⁵⁶. O seu objectivo é conduzir o Estado não parte a actuar em conformidade com o disposto na vinculação internacional, apesar de não ser possível exigir o seu cumprimento, através da limitação das suas possibilidades de actuação nesta matéria.

Com esse objectivo, o artigo 4⁵⁷ comporta cinco obrigações específicas para os Estados partes. Em primeiro lugar, no nº 1, proíbe a importação de substâncias controladas de qualquer Estado não contratante. Em segundo lugar, no nº 2, proíbe a exportação de substâncias controladas para qualquer Estado que não seja parte no Protocolo. Em terceiro lugar, no nº 4, prevê a possibilidade de ser proibida ou restringida a importação de terceiros Estados de produtos que sejam produzidos com a utilização de substâncias controladas, embora esses produtos as não contenham, após a elaboração de uma lista dos produtos em questão. Em quarto lugar, no nº 5, estipula que os Estados partes devem, na medida do possível, evitar a exportação para Estados não partes de tecnologia destinada a produzir ou a utilizar substâncias controladas. Em quinto lugar, determina o nº 6 que os Estados partes devem limitar a concessão de meios financeiros destinados à exportação para Estados não partes de produtos, equipamentos, fábricas ou tecnologia que possam facilitar a produção das substâncias controladas.

Nestes termos, apesar de o Protocolo de Montreal não produzir

Protocolo n Substances that Deplete the Ozone Layer, de 16 de Setembro de 1987 (versão portuguesa publicada no Diário da República, I Série, nº 200, de 30 de Agosto de 1988, pp. 3567 a 3572).

⁵⁵ Sobre a questão, Betsy BAKER, «Eliciting non-party compliance with multilateral environmental treaties: U.S. legislation and the jurisdictional bases for compliance incentives in the Montreal Ozone Protocol», GYL, vol. 35, 1992, em especial, pp. 357 a 360; Winfried LANG, «Trade restrictions as a means of enforcing compliance with international environmental law. Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer», in WOLFRUM, Rüdiger (edit.), *Enforcing environmental standards: economic mechanisms as viable means?*, Springer, Berlin – Heidelberg – New York – Barcelona – Budapest – Hongkong – London – Mailand – Paris – Santa Clara – Singapur – Tokio, 1996, pp. 268 a 273; David HURLBUT, «Beyond the Montreal protocol: impact on nonparty states and lessons for future environmental protection regimes», *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 4, nº 2, 1993, pp. 357 a 363; Alfred C. AMAN Jr., «The Montreal protocol on substances that deplete the ozone layer: providing prospective remedial relief for potential damage to the environmental commons», in FRANCONI, F. e SCOVAZZI, T. (eds), *International responsibility for environmental harm*, Graham & Trotman, London/Dordrecht/Boston, 1991, pp. 202 e 203; Scott BARRETT, «International cooperation and the international commons», *Duke Environmental Law and Policy Forum*, vol. 10, nº 1, 1999, p. 143, que salienta que “it can only be acceptable to impose sanctions against free-riders, as opposed to nonparticipants”.

⁵⁶ São manifestas as vantagens deste esquema relativamente ao mecanismo previsto no nº 3 do artigo 15 CDB que, ao não definir quando é que um recurso biológico posto à disposição de um Estado, não obriga os Estados partes a proibir a sua importação ou utilização.

⁵⁷ A versão original do artigo 4 do Protocolo de Montreal de 1987, com a epígrafe “Regulamentação das trocas comerciais com Estados não partes do Protocolo”, foi objecto de um conjunto de aditamentos, em conformidade com as emendas que foram introduzidas ao Protocolo de Montreal, em 1990 (Londres), em 1992 (Copenhaga), em 1995 (Viena), em 1997 (Montreal), e em 1999 (em Pequim) – a versão actualizada pode ser encontrada em <http://www.unep.org/ozone> (Protocolo de Montreal relativo a las substancias que agotan la capa de ozono en su forma ajustada y/o enmendada en Londres, 1990, Copenhague, 1992, Viena, 1995, Montreal, 1997 e Beijing, 1999).

directamente efeitos em relação aos Estados não partes, o cumprimento que é exigido aos Estados partes na vinculação internacional tem um efeito reflexo nos Estados não contratantes⁵⁸. Com efeito, no estrito respeito da soberania territorial, não é imposta aos Estados não partes qualquer proibição de produção ou de utilização das substâncias controladas. Da mesma forma que não existe qualquer interferência nas relações que podem ser estabelecidas exclusivamente entre Estados não participantes. O que fica substancialmente reduzido, em resultado do artigo 4, é a margem de manobra dos Estados partes no Protocolo relativamente a estas matérias e, em contraponto, as opções de negociação dos Estados não partes em relação aos Estados partes.

3.4. Os artigos 4 e 11 da Convenção de Basileia sobre o Controlo de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Eliminação, de 1989

Em terceiro lugar, devem ser referidos os artigos 4 e 11 da Convenção de Basileia sobre o Controlo de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Eliminação, de 22 de Março de 1989⁵⁹, na medida em que proibem a exportação e a importação de resíduos perigosos para Estados não partes, a menos que estejam reunidas algumas das condições previstas na Convenção sobre a matéria⁶⁰. Na verdade, embora o n.º 5 do artigo 4 preveja taxativamente que não será permitida a exportação para Estados não partes e a importação de Estados não partes, o n.º 1 do artigo 11 permite esses movimentos transfronteiriços de resíduos perigosos desde que sejam conformes com determinadas condições compatíveis com a Convenção, a incluir em acordos bilaterais, regionais ou multilaterais a serem concluídos com terceiros Estados. Isso significa que os Estados partes estão obrigados a propor aos terceiros Estados um regime jurídico com um conteúdo mínimo previamente determinado, sob pena de estarem em violação do artigo em questão, o que condiciona a margem de negociação dos Estados em presença⁶¹.

⁵⁸ Sobre a questão, o estudo «*The implications of becoming or not becoming a party to the Vienna Convention and the Montreal Protocol including its amendments*», elaborado pelo Ozone Secretariat (UNEP/OzL Pro/12/INF/5, 27 September 2000).

⁵⁹ Convenção de Basileia sobre o Controlo de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Eliminação – Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal, 22 de Março de 1989 (versão portuguesa publicada no Diário da República, I Série-A, n.º 246, de 20 de Outubro de 1993, pp. 5890 a 5904).

⁶⁰ Sobre a questão, Duncan BRACK, «Reconciling the GATT and multilateral environmental agreements with trade provisions: the latest debate», *Review of European Community & International Environmental Law*, vol. 6, 1997, p. 113.

⁶¹ Além disso, em termos que não consubstanciam um efeito reflexo em sentido próprio, o artigo 7 prevê que os movimentos fronteiriços de resíduos perigosos e de outros resíduos a partir de uma parte, e através de Estados que não são partes da Convenção, devem ser objecto de consentimento pelos terceiros Estados, em conformidade com o n.º 2 do artigo 6, aplicável *mutatis mutandis*, que estabelece que “[o] Estado de importação responderá ao notificador por escrito, consentindo no movimento com ou sem condições, negando permissões para o movimento ou requerendo informações adicionais”. Sobre a questão, HANDL, «Regional arrangements...», cit., pp. 224 e 225.

3.5. Artigo 24 do Protocolo de Cartagena sobre Segurança Biológica, de 2000

E, finalmente, em quarto lugar, deve ser mencionado o artigo 24 do Protocolo de Cartagena sobre Segurança Biológica, de 29 de Janeiro de 2000⁶², que sujeita os movimentos transfronteiriços de organismos vivos modificados entre Estados partes e Estados não partes aos objectivos previstos no Protocolo. Em contraponto, a questão da relação entre os Estados partes e os terceiros Estados não foi objecto de tratamento expresso na Convenção da Diversidade Biológica (CDB)⁶³.

Nos termos do nº 1 do artigo 24, as transacções com terceiros Estados são permitidas desde que sejam consistentes com os objectivos do Protocolo. O apuramento dessa compatibilidade poderá ser feito de forma individualizada ou enquadrado no âmbito de acordos internacionais, sejam estes bilaterais, regionais ou multilaterais. Em qualquer das situações, no entanto, será ao Estado parte que caberá propor ao terceiro Estado as condições compatíveis com o cumprimento do Protocolo, sem o respeito das quais o movimento transfronteiriço não poderá ter lugar⁶⁴, independentemente de se tratar de uma importação ou de uma exportação. A percepção do terceiro Estado para os problemas envolvidos poderá ser, contudo, distinta, consoante seja ou não parte da CDB. É que no primeiro caso, sendo parte da CDB, independentemente do regime jurídico instituído pelo Protocolo, está obrigado ao respeito da alínea g) do artigo 8 CDB e do nº 4 do artigo 19 CDB⁶⁵.

Ao tornarem a questão da aplicação dos tratados em relação a terceiros não contratantes os Estados prosseguem dois objectivos. Por um lado, ao utilizarem esta técnica de imposição indirecta de comportamentos, os Estados alcançam resultados que não seriam obtidos com a inclusão dos Estados não partes no âmbito de aplicação subjectiva do compromisso internacional em questão, em resultado da relatividade dos tratados. Por outro lado, ao regularem a matéria no âmbito de pressupostos estritamente convencionais, demonstram a sua intenção positiva em escapar às dificuldades insitas na utilização dos conceitos das normas de *ius cogens* e das obrigações *erga omnes*.

⁶² Protocolo de Cartagena sobre Segurança Biológica à Convenção sobre a Diversidade Biológica – Cartagena Protocol on Biosafety, de 29 de Janeiro de 2000 (versão portuguesa publicada no Jornal Oficial da União Europeia, L201, de 31 de Julho de 2002, pp. 50 a 65).

⁶³ Convenção sobre a Diversidade Biológica – Convention on Biological Diversity, Nairobi, 22 de Maio de 1992 (versão portuguesa publicada no Diário da República, I Série-A, nº 143, de 21 de Junho de 1993, pp. 3368 a 3380).

⁶⁴ Em sentido próximo, Ruth MACKENZIE, Françoise BURHENNE-GUILMIN, Antonio G. M. LA VIÑA, Jacob D. WERKSMAN, Alfonso ASCENCIO, Julian KINDERLERER, Katharina KUMMER e Richard TAPPER, *An explanatory guide to the Cartagena Protocol on Biosafety*, IUCN Environmental Policy and Law Paper nº 46, IUCN – The World Conservation Union, 2003, p. 155, ao referirem que “[w]hile the agreement or arrangement would not need to replicate the same procedures and techniques, such as the AIA, provisions, contained in the Protocol (...) as a minimum, it should provide for a mechanism to ensure safe transfer, handling and use of LMOs, and for a method to provide the importing country with an opportunity and a basis for deciding whether or not to consent to the import of LMOs”.

⁶⁵ Nesse sentido, MACKENZIE, BURHENNE-GUILMIN, LA VIÑA, WERKSMAN, ASCENCIO, KINDERLERER, KUMMER e TAPPER, *An explanatory guide...*, cit., p. 153.

4. A PRODUÇÃO DE EFEITOS CONVENCIONAIS REFLEXOS DOS TRATADOS DE PROTECÇÃO DO AMBIENTE NO ESPAÇO MARINHO

4.1. Considerações gerais

O espaço marítimo é particularmente adequado à existência de normas que produzem efeitos em relação a um conjunto diversificado de sujeitos. Na verdade, com excepção das águas interiores, todas as restantes zonas dos oceanos devem ser compreendidas como espaços onde podem actuar e coexistir simultaneamente vários sujeitos de Direito Internacional⁶⁶.

Nestes termos, fundado em zonas com estatutos diferenciados, o Direito do Mar concilia o direito do Estado costeiro a exercer, de forma exclusiva, um conjunto de direitos nas zonas submetidas à sua jurisdição, com a permissão concedida a todos os outros Estados de também poderem actuar no espaço em questão, ao abrigo de direitos fundados no Direito Internacional que são próprios e específicos.

Nas zonas submetidas à jurisdição do Estado costeiro, o Direito do Mar procura conciliar a actuação do Estado costeiro, em relação ao espaço, com a prossecução de um conjunto de actividades por parte dos restantes Estados. Nas zonas não submetidas à jurisdição nacional, a sua função é regular primordialmente actividades, na medida em que esteja garantido que o alto mar e a Área não podem ser objecto de apropriação por parte de qualquer Estado.

No entanto, a necessidade de assegurar a liberdade da navegação leva a que, na coluna de água, os poderes dos Estados costeiros nunca possam ser assimilados a uma soberania territorial. Em termos exemplares, a zona económica exclusiva foi concebida a partir de uma estrutura de poderes funcionais, de forma a garantir ao Estado costeiro o acesso ao aproveitamento dos recursos naturais, com destaque para os recursos naturais marinhos vivos, e a permitir que não fosse posto em causa o direito à circulação dos restantes Estados nos oceanos.

Complexo seria saber se as normas da Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, assinada em 10 de Dezembro de 1982 (Convenção de 1982)⁶⁷ que regulam a Área teriam sido dotadas da potencialidade de produzirem efeitos em relação a terceiros, constituindo uma notável excepção ao princípio da relatividade dos tratados.

Essa hipótese é, no entanto, expressamente afastada pela própria

⁶⁶ Sobre a questão, a síntese feita no nosso «A evolução futura da cooperação transfronteiriça nos domínios do ambiente e do ordenamento do território nas zonas costeiras e no espaço marítimo», nos *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocência Galvão Telles por ocasião dos seus noventa anos de idade*, Lisboa, 2007 (no prelo).

⁶⁷ Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do mar, de 10 de Dezembro de 1982 (versão portuguesa publicada no Diário da República, Série I, nº 238, de 14 de Outubro de 1997, pp. 5486 (95) a 5486 (183)).

Convenção de 1982, em conformidade com o nº 6 do artigo 311⁶⁸. Com efeito, nos termos da disposição em causa, a salvaguarda do “princípio fundamental relativo ao património comum da humanidade estabelecido no artigo 136” é uma tarefa que está exclusivamente atribuída aos Estados partes⁶⁹.

A rejeição da produção de efeitos da Parte XI em relação a terceiros Estados não impede, contudo, que a sua existência não deva ser respeitada por todos os Estados não partes na Convenção de 1982, em resultado da oponibilidade *erga omnes* da sua regulamentação. Com efeito, não só os terceiros Estados devem ter em consideração a sua existência nas actividades que venham a desenvolver no espaço em questão, ao abrigo da liberdade do alto mar, como não devem praticar quaisquer actos que intencionalmente possam pôr em causa o seu funcionamento⁷⁰.

4.2. O problema da qualificação do controlo de navios pelo Estado do porto, no que respeita ao cumprimento das regras relativas a construção, equipamento, tripulação e operação, em resultado da aplicação dos denominados MOU (Memorandum of Understanding)

Antes de prosseguir, importa fazer referência a uma situação que não é passível de ser enquadrada em nenhum dos conceitos anteriores: o controlo de navios pelo Estado do porto, no que respeita ao cumprimento das regras relativas a construção, equipamento, tripulação e operação, em resultado da aplicação dos denominados MOU (Memorandum of Understanding).

⁶⁸ Nesse sentido, o Comentário da Virgínia à Convenção de 1982, no seu volume quinto (Myron H. NORDQUIST, Shabtai ROSENNE e Louis B. SOHN (edits), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982. A commentary. Volume V – Articles 279 to 320.. Annexes V, VI, VII, VIII and IX. Final Act, Annex I, Resolution I, III and IV*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht – Boston – London, 1989), p. 243, ao defender que “[p]aragraph 6 prohibits certain types of amendment, without going so far as to state expressly that the principle set forth in article 136 is a rule of *jus cogens*. This is believed to be one of the first major multilateral treaties to include a provision of this nature. It is doubtful, however, if this can be read as more than a declaration of intent, and it would not affect the validity of any amendment duly adopted in accordance with specific provisions of the Convention relevant to the concrete case”; CORREIA BAPTISTA, *Jus cogens...*, cit., p. 478, nota 272; com dúvidas, Budislav VUKAS, «The Law of the Sea Convention and the law of the treaties», in GÖTZ, Volkmar, SELMER, Peter e WOLFRUM, Rüdiger (edits), *Liber amicorum Günther Jaenicke – Zum 85 Geburtstag*, Springer, Berlin – Heidelberg – New York – Barcelona – Hongkong – London – Mailand – Paris – Singapur – Tokio, 1998, p. 650; e, na dependência do número de Estados vinculados à Convenção de 1982, Lauri HANNIKAINEN, *Peremptory norms (jus cogens) in international law. Historical development, criteria, present status*, Lakimiesliiton Kustannus – Finnish Lawyer’s Publishing Company, Helsinki, 1988, p. 570. Em sentido contrário, ROUCOUNAS, «Engagements parallèles...», cit., p. 236, ao defender que “[l]’article 311, paragraphe 6, établit ainsi expressément la suprématie normative sans distinguer entre les engagements *inter se* et les accords conclus avec les tiers”.

⁶⁹ Nesse sentido, G. M. DANILENKO, *Law-making in the International Community*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1993, p. 241. Em sentido contrário, CORREIA BAPTISTA, *Direito internacional...*, vol. I, cit., p. 269, nota 789.

⁷⁰ Sobre o regime jurídico da Área previsto na Convenção de 1982 com as alterações introduzidas pelo Acordo Relativo à Aplicação da Parte XI da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 10 de Dezembro de 1982, o nosso *A internacionalização dos recursos naturais marinhos*, cit., pp. 516 a 558.

Neste caso, em consonância com o âmbito de aplicação territorial da ordem jurídica do Estado do porto, a administração portuária subscritora do MOU em questão procede à inspeção de navios que se encontram voluntariamente em portos situados no território do respectivo Estado⁷¹, podendo aplicar, no desempenho dessa actividade, compromissos internacionais de que o Estado do porto é parte, independentemente da posição que tenha sido assumida em relação a essas vinculações internacionais pelo Estado de bandeira. Isso significa que as inspeções aos navios em causa irão ser conduzidas de acordo com as normas (international vessel standards) vigentes no Estado do porto, e não em conformidade com as vigentes no Estado da sua nacionalidade.

Contudo, apesar de a situação se traduzir na aplicação a nacionais de terceiros Estados de vinculações internacionais de que o Estado da nacionalidade não é parte, a fiscalização de navios pelo Estado do porto não pode ser compreendida como uma excepção à relatividade dos tratados. Por um lado, na medida em que a sua aplicação é consentida pelo Direito Internacional ao abrigo dos poderes reconhecidos ao Estado do porto quando um navio estrangeiro pretende utilizar os serviços que são postos à sua disposição num porto⁷². Por outro lado, dado que este regime jurídico-internacional, de âmbito regional, tem sido vertido em instrumentos internacionais qualificados como não vinculativos⁷³.

Nestes termos, com intenção de estimular o cumprimento de um conjunto de vinculações internacionais assumidas pelos Estados neste domínio, tendo em consideração a competição entre portos, os MOU (Memorandum of Understanding) são intencionalmente entendidos como documentos internacionais de natureza não vinculativa, não obstante serem aparentemente equiparáveis a um qualquer tratado internacional em termos formais⁷⁴. Em

⁷¹ Sobre a questão, George KASOULIDES, «Global and regional port state regimes», in RINGBOM, Henrik (edit.), *Competing norms in the law of the marine environmental protection – Focus on ship safety and pollution prevention*, Kluwer Law International, London – The Hague – Boston, 1997, pp. 121 a 139; e Ted L. McDORMAN, «Port state control: a comment on the Tokyo MOU and issues of international law», *Asian Yearbook of International Law*, vol. 7, 1997, pp. 211 a 217.

⁷² Sobre a questão, McDORMAN, «Port state...», cit., pp. 231 a 235, e «Regional port state control agreements: some issues of international law», *Ocean and Coastal Law Journal*, vol. 5, 2000, pp. 207-225, pp. 210 e 211 e 216 a 225.

⁷³ Sobre a questão, em termos gerais, AUST, *Modern treaty...*, cit., pp. 18, 20 e 21 e 27 a 46; José Antonio PASTOR RIDRUEJO, «Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: normes, faits et valeurs», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 274, 1998, pp. 49 a 52, que afirma (p. 52) que “les accords politiques ou *memoranda of understanding* ne font pas partie des sources du droit international”, não obstante serem “de plus en plus une partie importante de la vie des relations entre Etats”.

⁷⁴ Nesse sentido, David H. ANDERSON, «Port states and environmental protection», in BOYLE, Alan e FREESTONE, David (edits), *International law and sustainable development. Past achievements and future challenges*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 332, ao sublinhar que “the MOU was concluded as an informal cooperative arrangement amongst shipping administrations, rather than as a treaty”; McDORMAN, «Port state...», cit., p. 236, ao afirmar que “as a matter of form, the MOUs are not international treaties. Operationally, however, the MOUs have all the characteristics of a functioning treaty with national maritime authorities applying the wording and fulfilling the expectations of the MOUs. In reality, only in the most technical sense are the

conformidade, de forma a reforçar a seu carácter voluntário, são subscritos pelas administrações portuárias dos Estados de uma determinada região⁷⁵.

5. A PRÁTICA DA CONCLUSÃO DE REGIMES CONVENCIONAIS DE PROTECÇÃO DO AMBIENTE NO ESPAÇO MARINHO COM EFEITOS REFLEXOS EM RELAÇÃO A TERCEIROS

5.1. Considerações gerais

A prática da conclusão de regimes convencionais de protecção do ambiente no espaço marinho com efeitos reflexos em relação a terceiros tem sido especialmente relevante no âmbito das medidas de gestão e de conservação das espécies marinhas no alto mar⁷⁶.

A existência de medidas de protecção das espécies marinhas no alto mar com esta natureza reflexa é particularmente relevante por duas razões. Por um lado, na medida em que se está em presença de um espaço que não pode ser submetido à soberania ou jurisdição de nenhum Estado, seja ou não um Estado costeiro. Por outro lado, dado que as medidas de gestão e de conservação das espécies marinhas no alto mar só podem ser plenamente eficazes quando sejam observadas por todos os Estados interessados nas respectivas capturas.

A questão principal que se apresenta nesta matéria é a de saber se os Estados que intencionalmente não participam na formulação das medidas de conservação e de gestão podem ser obrigados a conformar os seus comportamentos a estas. É que, caso isso não seja juridico-internacionalmente possível, os Estados que não estão dispostos a regular consensualmente a sua

regional port state control MOUs not international treaties”; e Doris KÖNIG, «The enforcement of the international law of the sea by coastal and port states», *ZaöRV*, vol. 62, 2002, p. 8, ao referir que “[t]hese Memorandums of Understanding are not based on international treaties, but rather on administrative agreements between the maritime authorities of the States concerned. They are, therefore, informal instruments of cooperation which are not legally binding. States parties had no intent to create legal rights and obligations for themselves. This means that in cases of non-compliance the other parties can only resort to political pressure or economic incentives to make a port State play by the rules”. Em sentido contrário, Mario VALENZUELA, «Enforcing rules against vessel-source degradation of the marine environment: coastal, flag, and port state jurisdiction», in VIDAS, Davor e OSTREND, Willy (edits), *Order for the oceans at the turn of the century*, Kluwer Law International, The Hague - London - Boston, 1999, p. 498, defende que “[t]he Paris Memorandum of Understanding, described as a ‘regional administrative agreement’, is in my view an international treaty creating legal rights and obligations among the parties”.

⁷⁵ O elenco dos oito MOU regionais existentes em 2002 pode ser encontrado em KÖNIG, «Enforcement of the law...», cit., p. 7. O texto do Paris Memorandum of Understanding on Port State Control, de 1982, que tem servido de modelo para os restantes regimes, com alterações introduzidas em 9 de Maio de 2002 e em 15 de Maio de 2003, pode ser encontrado em <http://www.parismou.org/ParisMOU.html>. Sobre o Tokyo Port State Control MOU (Memorandum of Understanding on Port State Control in the Asia-Pacific Region, de 1 de Dezembro de 1993), McDORMAN, «Port state...», cit., pp. 236 a 240.

⁷⁶ Sobre a questão, em termos gerais, o capítulo VII – A pesca no alto mar, do nosso *A internacionalização dos recursos naturais marinhos*, pp. 591 a 705.

actuação no alto mar passam a ter uma posição central na gestão das capturas, em razão da conservação e da gestão das espécies poderem ficar dependentes da vontade e do comportamento de um pequeno conjunto de Estados, normalmente em número muito reduzido.

A questão tem uma efectiva relevância prática, dado que a actuação da generalidade dos Estados é afectada pela actuação dos Estados de pesca do largo que, apesar de não pertencerem a organizações internacionais regionais de pesca⁷⁷, continuam a capturar espécies submetidas a medidas de conservação e gestão.

A regra geral é que os navios de pesca, no exercício da pesca no alto mar, não podem ser objecto de controlo por terceiros Estados, em conformidade com a liberdade de pesca no alto mar e a exclusividade da jurisdição do Estado de bandeira⁷⁸. Da mesma forma que os regimes convencionais de gestão e de conservação das espécies só podem produzir efeitos em relação aos Estados partes, no respeito da regra da relatividade dos tratados.

É esta impossibilidade de actuar directamente em relação a terceiros Estados, e de interferir na actividade dos navios com o pavilhão de terceiros Estados⁷⁹, que tem conduzido à criação de mecanismos jurídicos-internacionais com o objectivo de influenciar os comportamentos dos terceiros Estados em questão e dos navios que arvoram a sua bandeira.

O que se visa é, respeitando a liberdade soberana de cada Estado, a produção de efeitos reflexos da regulamentação constante em determinados tratados considerados fulcrais para a regulação da pesca no alto mar. Isso significa que, em conformidade com o objectivo de influenciar intencionalmente o comportamento de terceiros Estados, os Estados participantes na vinculação internacional em questão vão desenvolver actuações que, conformes ao Direito Internacional, pretendem gerar acções ou omissões voluntárias no sentido pretendido por parte dos Estados não partes.

As disposições da Convenção de 1982 relativas à pesca no alto mar foram elaboradas com o propósito de introduzir limites à liberdade de pesca, como pode ser demonstrado pelos artigos 116 a 120. A sua formulação não foi, no entanto, vertida em disposições com um conteúdo passível de aplicação imediata. Com efeito, o artigo 117 limita-se a prever o “dever dos Estados de tomar em relação aos seus nacionais medidas para a conservação dos recursos vivos do alto mar”, sem fornecer qualquer critério que permita concretizar as medidas em causa. O artigo 118, por seu turno, estabelece que os “Estados devem cooperar entre si na conservação e gestão dos recursos vivos nas zonas de alto mar”, sem ir além de um dever de negociar ou, “quando apropriado”, de estabelecer organizações

⁷⁷ Sobre a questão da cooperação entre Estados através de organizações internacionais de pesca, o nosso *A internacionalização dos recursos naturais marinhos*, cit., pp. 664 a 681.

⁷⁸ Nesse sentido, HANDL, «Regional arrangements...», cit., pp. 228 e 229

⁷⁹ Sobre a questão da prevalecente ligação dos navios ao Estado da bandeira, o nosso *A internacionalização dos recursos naturais marinhos*, cit., pp. 609 a 615.

internacionais “sub-regionais ou regionais de pesca para tal fim”. O artigo 119, no que respeita à fixação da captura permissível e ao estabelecimento de medidas de conservação, está dependente dos “melhores dados científicos de que disponham os Estados interessados”, dos “métodos de pesca”, da “interdependência das populações”, e de “quaisquer normas mínimas internacionais geralmente recomendadas”. Enquanto o artigo 120, relativo aos mamíferos marinhos, remete para o artigo 65, que prevê um dever de cooperação e a possibilidade de serem criados regimes internacionais diferenciados nesta matéria.

Foi face à insuficiência das disposições da Convenção de 1982, que os Estados sentiram a necessidade de concluir uma vinculação internacional específica nesta matéria: o Acordo Relativo à Aplicação das Disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 10 de Dezembro de 1982, Respeitantes à Conservação e Gestão das Populações de Peixes Transzonais e das Populações de Peixes Altamente Migradores (Acordo de 1995), assinado em 4 de Dezembro de 1995⁸⁰.

5.2. O Acordo Relativo à Aplicação das Disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 10 de Dezembro de 1982, Respeitantes à Conservação e Gestão das Populações de Peixes Transzonais e das Populações de Peixes Altamente Migradores, de 1995

Face ao carácter geral da Convenção de 1982, o Acordo de 1995⁸¹ foi elaborado com o objectivo de constituir uma excepção ao enquadramento da cooperação entre Estados relativamente à pesca no alto mar, uma matéria que é normalmente caracterizada pela assunção de obrigações internacionais intencionalmente equívocas.

A conclusão do Acordo de 1995 não pode ser considerada, contudo, como um ponto final na disputa sobre o conteúdo da liberdade de pesca no alto mar. Na verdade, o resultado final não é tão explícito e linear quanto a percepção que alguma doutrina tem do seu conteúdo poderia fazer supor. Com efeito, a apreciação do Acordo de 1995 demonstra que não foi dada uma resposta inequívoca a dois problemas fundamentais relacionados com a questão dos seus efeitos em relação a navios de terceiros Estados.

Por um lado, não está resolvida a questão de saber se os navios com a

⁸⁰ Sobre o Acordo de 1995 e o enquadramento geral da cooperação entre Estados quanto às espécies transzonais e altamente migratórias, o nosso *A internacionalização dos recursos naturais marinhos*, cit., pp. 685 a 694

⁸¹ Acordo Relativo à Aplicação das Disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 10 de Dezembro de 1982, Respeitantes à Conservação e Gestão das Populações de Peixes Transzonais e das Populações de Peixes Altamente Migradores – Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks (versão portuguesa publicada no Diário da República, Série I-A, nº 22, de 26 de Janeiro de 2001, pp. 382 a 399).

bandeira dos Estados partes no Acordo de 1995 podem impor a Estados não partes o respeito da exclusão de acesso a recursos naturais marinhos existentes no alto mar, não obstante a redacção do nº 4 do artigo 8 (Cooperação em matéria de conservação e de gestão)⁸² e do artigo 17 (Não membros de organizações e não participantes em convénios)⁸³.

Por outro lado, em termos semelhantes, não está esclarecido se as disposições da Parte VI do Acordo de 1995 (Cumprimento e Execução) legitimam a subida a bordo e a inspecção de navios pesqueiros de terceiros Estados, em particular quando estes estejam a cometer uma infracção grave, em conformidade com a previsão do nº 11 do artigo 21 (Cooperação sub-regional e regional em matéria de execução) do Acordo de 1995.

A impossibilidade de avançar com uma resposta concreta a estes problemas não ficou a dever-se, como é evidente, a nenhuma deficiência de concepção ou de redacção, mas ao facto de os negociadores do Acordo de 1995 não terem legitimidade para lhe atribuírem efeitos em relação a terceiros Estados não partes⁸⁴, em consonância com o respeito da regra da relatividade dos tratados.

Isso significa que, em razão da sua natureza estritamente convencional, não é possível defender que o Acordo de 1995 produza efeitos em relação aos Estados não contratantes⁸⁵. Esta posição é, aliás, confirmada pelo articulado

⁸² Nos termos do nº 4 do Artigo 8 (Cooperação em matéria de conservação e de gestão) do Acordo de 1995, “[s]ó poderão ter acesso aos recursos haliéuticos a que são aplicáveis tais medidas os Estados que sejam membros de uma tal organização ou participantes num tal convénio ou que acordem em aplicar as medidas de conservação e de gestão instituídas por tal organização ou convénio”.

⁸³ Nos termos do nº 1 do Artigo 17 (Não membros de organizações e não participantes em convénios) do Acordo de 1995, “[q]ualquer Estado não membro de um organização sub-regional ou regional de gestão das pescarias ou não participante num convénio sub-regional ou regional de gestão das pescarias, que, além disso, não aceite aplicar as medidas de conservação e de gestão instituídas por tal organização ou convénio, não ficará isento da obrigação de cooperar, nos termos da Convenção e do presente Acordo, para a conservação e a gestão das populações de peixes transzonais e das populações de peixes altamente migradores em causa”.

⁸⁴ Em sentido contrário, DELBRÜCK, «“Laws in the public...”», cit., p. 27, ao defender que o Acordo de 1995 “give rise to obligations *erga omnes*”, o que é justificável em razão de “protecting endangered species is so overwhelming that no State may be permitted not to comply with the protective regimes regardless of whether or not it has consented to the creation of the regime”.

⁸⁵ Nesse sentido, Erik FRANCKX, «*Pacta Tertiis and the Agreement for the Implementation of the Straddling and Highly Migratory Fish Stocks provisions of the United Nations Conventions on the Law of the Sea*», *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 8, 2000, pp. 55 a 81; Michael Sean SULLIVAN, «The case in international law for Canada’s extension of fisheries jurisdiction beyond 200 miles», *Ocean Development and International Law*, vol. 28, 1997, pp. 245 e 246; Rafael CASADO RAIGÓN, «El derecho de la pesca en alta mar y sus últimos desarrollos», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz – 1995*, Tecnos, 1996, pp. 123 e 128 a 130; José Antonio de YTURRIAGA, *The International Regime of Fisheries. From UNCLLOS 1982 to the Presential Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague – Boston - London, 1997, pp. 222 a 225; David H. ANDERSON, «The straddling stocks agreement of 1995 – an initial assessment», *ICLQ*, vol. 45, nº 2, 1996, p. 471; Peter ÖREBECH, Ketill SIGURJONSSON e Ted L. McDORMAN, «The 1995 United Nations Straddling and Highly Migratory Fish Stocks Agreement: management, enforcement and dispute settlement», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 13, 1998, p. 124; Moritaka HAYASHI, «The 1995 UN Fish Stocks Agreement and the Law of the Sea», in VIDAS, Davor e OSTREND,

do Acordo de 1995, ao clarificar expressamente, na alínea a) do nº 2 do artigo 1 (Termos utilizados e âmbito de aplicação), o sentido da expressão “Estados partes”⁸⁶, e ao redigir o nº 4 do artigo 17 (Não membros de organizações e não participantes em convénios) e o artigo 33 (Estados não Partes no presente Acordo) com estrito respeito pela posição jurídica dos terceiros Estados.

Na verdade, o nº 4 do artigo 17 (Não membros de organizações e não participantes em convénios) do Acordo de 1995, artigo único da Parte IV, dedicada aos “não membros e não participantes”, foi concebido de forma a integrar duas obrigações para os Estados partes. Por um lado, a troca de informações “sobre actividades dos navios de pesca arvorando bandeira de Estados que não sejam membros da organização nem participantes no convénio e exerçam a pesca das populações em questão”. E, por outro lado, a possibilidade de serem adoptadas medidas “para dissuadir (os navios de pesca arvorando bandeira de Estados que não sejam membros da organização nem participantes no convénio e exerçam a pesca das populações em questão) de desenvolver actividades prejudiciais para a eficácia das medidas sub-regionais ou regionais de conservação e de gestão”. No

Willy (edits), *Order for the oceans at the turn of the century*, Kluwer Law International, The Hague – London – Boston, 1999, p. 43; Rosemary RAYFUSE, «The interrelationship between the global instruments of international fisheries law», in HEY, Ellen (edit.), *Developments in International Fisheries Law*, Kluwer Law International, The Hague / London / Boston, 1999, pp. 141 e 155; e William T. BURKE, «Compatibility and precaution in the 1995 Straddling Stock Agreement», in SCHEIBER, Harry N. (edit.), *The Law of the Sea. The Common Heritage and emerging challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague – London – Boston, 2000, pp. 109 e 110, ao afirmar que o Acordo de 1995 “has no binding effect on non-parties” e que “the Straddling Stock Agreement follows traditional international law. However innovative a particular provision may be, it applies only by virtue of the consent of the states concerned. Accordingly, the influence of this agreement is dependent upon state consent”; e a *Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu*, de 8.12.1999, relativa à participação da Comunidade Europeia nas Organizações Regionais de Pesca, onde é afirmado (p. 9) que “as medidas de inspeção e de controlo resultantes das disposições do acordo de Nova Iorque (...) serão oponíveis às partes não-contratantes das ORP que tenham ratificado o acordo após a sua entrada em vigor”. Em sentido contrário, Jon M. VAN DYKE, «Modifying the 1982 Law of the Sea Convention: new initiatives on governance of high seas fisheries resources: the straddling stocks negotiations», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 10, p. 225; Julie R. MACK, «International fisheries management: how the U.N. Conference on Straddling and Highly Migratory Fish Stocks changes the law of fishing on the high seas», *California Western international Law Journal*, vol. 26, nº 2, 1996, p. 329; David J. BEDERMAN, «CCAMLR in crisis: a case study of marine management in the southern ocean», in SCHEIBER, Harry N. (edit.), *The Law of the Sea. The Common Heritage and emerging challenges*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague – London – Boston, 2000, p. 191; José Luís MOREIRA da SILVA, «A “segunda revisão” da Convenção de Montego Bay ou o fim do mare liberum», *Revista Jurídica*, nº 24, Abril 2001, p. 59; Carla AMADO GOMES, «A protecção internacional do ambiente na Convenção de Montego Bay», in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 721 e 722; e André TAHINDRO, «Conservation and management of transboundary fish stocks: comments in light of the adoption of the 1995 Agreement for the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Fish Stocks», *Ocean Development and International Law*, vol. 28, 1997, p. 50, em conformidade com o espírito da Convenção de 1982, embora conceda que uma leitura restritiva das suas disposições conduza em sentido contrário.

⁸⁶ Nos termos da alínea a) do nº 2 do Artigo 1º (Termos utilizados e âmbito de aplicação) do Acordo de 1995, “[p]or «Estados Partes» entende-se os Estados que consentiram em vincular-se pelo presente Acordo e a que este último é aplicável”.

segundo caso, é expressamente previsto que as “medidas” devem ser tomadas tendo em consideração o Acordo de 1995 e o Direito Internacional, o que significa que deverá ser respeitado o princípio da jurisdição exclusiva do Estado da bandeira⁸⁷⁻⁸⁸.

Em termos ainda mais expressivos, o artigo 33 (Estados não Partes no presente Acordo) do Acordo de 1995, artigo único da Parte IX, dedicada aos “Estados não partes no presente Acordo”, foi elaborado de forma a respeitar a distinção entre Estados partes e Estados não partes e a não produção de efeitos em relação a terceiros Estados⁸⁹. Com efeito, o nº 1 prevê que os Estados partes “incentivarão os Estados não partes (no Acordo de 1995) a tornar-se Partes no mesmo e a adoptar leis e regulamentos em conformidade com as suas disposições”. Da mesma forma que o nº 2, em consonância com o nº 4 do artigo 17, reforça a possibilidade de serem tomadas “medidas”, em conformidade com o Acordo de 1995 e o Direito Internacional, “com vista a dissuadir os navios arvorando bandeira de Estados não partes de exercerem actividades prejudiciais para a aplicação efectiva” do Acordo de 1995.

Nestes termos, não sendo possível defender que o Acordo de 1995 constitui uma excepção ao princípio da relatividade dos tratados, podem ser encontrados três exemplos de normas geradoras de efeitos reflexos em relação a terceiros nesta vinculação internacional.

Em primeiro lugar, o nº 4 do artigo 17, ao prever que os Estados partes no Acordo de 1995 “adoptarão medidas, em conformidade com o presente Acordo e com o direito internacional, para dissuadir estes navios de desenvolver actividades prejudiciais para a eficácia das medidas sub-regionais ou regionais de conservação e de gestão”.

Em segundo lugar, o nº 2 do artigo 33 ao estabelecer que “[o]s Estados Partes adoptarão medidas em conformidade com o presente Acordo e o direito internacional,

⁸⁷ Sobre a questão, FRANCKX, «*Pacta tertiis...*», cit., pp. 62 e 63.

⁸⁸ Daqui resulta que, em conformidade com a Convenção de 1982, os Estados que pescam no alto mar só estão obrigados a respeitar as limitações à liberdade de pesca que constam do Direito Internacional costumeiro e dos compromissos internacionais a que aceitaram expressamente vincular-se em particular quando se esteja em presença de acordos internacionais de âmbito regional. Daqui resulta que a pesca no alto mar está sujeita a um conjunto de obrigações de carácter geral, nomeadamente ao dever de participar nas medidas de conservação e de gestão que sejam necessárias à reprodução das espécies, mas que esse enquadramento de carácter geral não permite que terceiros Estados possam impor o seu cumprimento a navios de terceiros Estados, salvo nas situações excepcionais em que seja possível justificar represálias ou contramedidas (nesse sentido, em termos mais amplos do que os defendidos, Bernard OXMAN, «The international commons, the international public interest and the new modes of international lawmaking», in DELBRÜCK, Jost (edit.), *New trends in international lawmaking – international ‘legislation’ in the public interest. Proceedings of an international symposium of the Kiel Walther-Schücking-Institute of International Law March 6 to 8, 1996*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997, p. 57, afirma relativamente ao artigo 33 que “[g]iven the existence of a duty to conserve binding on all parties to the Law of the Sea Convention, and a comparable duty under customary law, this provision also may refer not only to the ordinary jurisdiction of states but, beyond that, to lawful countermeasures in light of the failure of the flag state to satisfy its obligations”).

⁸⁹ Nesse sentido, FRANCKX, «*Pacta tertiis...*», cit., pp. 72 e 73; e SULLIVAN, cit., «The case in international...», p. 245.

com vista a dissuadir os navios arvorando bandeira de Estados não partes de exercerem actividades prejudiciais para a aplicação efectiva do presente Acordo”.

Tendo em consideração a redacção do nº 4 do artigo 17 e do nº 2 do artigo 33, aos Estados é concedida uma relativa margem de manobra na escolha das “medidas” que considerem mais adequadas ao objectivo de dissuadir os navios de terceiros Estados de levarem a cabo “actividades prejudiciais”. São referidos dois limites à concretização dessas “medidas”: o Acordo de 1995 e o direito internacional.

No que se refere ao primeiro desses limites, tendo em consideração que os seus destinatários são os Estados partes no Acordo de 1995, é possível entender que os Estados ao estabelecerem “medidas” de dissuasão com efeitos reflexos em relação a terceiros Estados estão obrigados a respeitar os princípios gerais previstos no artigo 5 (Princípios gerais), tendo em consideração a “abordagem cautelar”, constante do artigo 6 (Aplicação da abordagem cautelar). Em conformidade, devem criar medidas que, nomeadamente, “se baseiem nos melhores dados científicos disponíveis” (nos termos da alínea b) do artigo 5), reduzam “ao mínimo a poluição, os resíduos, as devoluções, a captura por artes perdidas ou abandonadas” (nos termos da alínea e) do artigo 5) e tenham em “conta os interesses dos pescadores que se dedicam à pesca artesanal e à pesca de subsistência” (nos termos da alínea i) do artigo 5).

No que se refere ao segundo desses limites, tendo em consideração que todos os Estados estão num plano de idêntica igualdade no que se refere à prossecução de actividades no alto mar, os Estados partes no Acordo de 1995 não podem tomar “medidas” que possam conduzir a uma tentativa de apropriação do espaço em questão, na medida em que a liberdade de pesca continua a ser uma parte integrante da liberdade do alto mar. A posição dos terceiros Estados será, no entanto, distinta consoante sejam ou não partes da Convenção de 1982. Com efeito, os Estados partes da Convenção de 1982, pela simples participação no seu regime jurídico, estão a aceitar o princípio de que a liberdade de pesca é passível de limitações, na medida em que a alínea e) do artigo 87 da Convenção de 1982 refere que a liberdade de pesca deve ser exercida “nos termos das condições enunciadas na secção 2”, isto é, em consonância com os artigos 116 a 120, não obstante o carácter inconclusivo que lhes foi apontado anteriormente.

Respeitados os limites anteriormente referenciados, não existe qualquer impedimento a que as “medidas” sejam o resultado de actuações unilaterais dos Estados partes, ou o resultado da conclusão de vinculações internacionais. A assunção de compromissos internacionais será, aliás, consonante com a intenção de estimular a cooperação internacional que é um dos fundamentos estruturantes do Acordo de 1995 (nesse sentido, a título de exemplo, a regulamentação constante nos artigos 8, 9, 13, 20, 21 e 25).

E, por último, em terceiro lugar, o artigo 23 (Medidas adoptadas pelo Estado do porto), com particular destaque para o seu número 3, onde foi expressamente previsto que “[o]s Estados podem adoptar regulamentos que

habilitem as autoridades nacionais competentes a proibir os desembarques e os transbordos, sempre que tenha sido estabelecido que as capturas foram realizadas de forma prejudicial para a eficácia das medidas sub-regionais, regionais ou mundiais de conservação e de gestão no alto mar⁹⁰.

Face à redacção do artigo 23, e ao objecto da regulamentação a criar, os Estados partes no Acordo de 1995 estão circunscritos, neste âmbito, à adopção de actos de direito interno. Isso não impede, no entanto, que os Estados possam colaborar, em termos informais ou institucionais, no apuramento de que as capturas efectuadas pelos navios dos Estados terceiros foram realizadas de “forma prejudicial” para a eficácia das medidas de conservação e de gestão no alto mar.

5.3. Normas sobre a estruturação de regimes de fiscalização da actuação dos navios de terceiros Estados compatíveis com o princípio da jurisdição exclusiva do Estado da bandeira

No âmbito da protecção ambiental do espaço marinho ainda podem ser encontrados exemplos da produção de efeitos reflexos de tratados na estruturação de regimes de fiscalização da actuação dos navios de terceiros Estados compatíveis com a princípio da jurisdição exclusiva do Estado da bandeira⁹¹.

Por um lado, anteriormente à conclusão do Acordo de 1995, é particularmente merecedora de referência a Convention for the Prohibition of Fishing with Long Drift Nets in the South Pacific, de 1989⁹², na qual foi previsto, em conformidade com o artigo 3, que os Estados partes podem impedir o acesso aos seus portos das embarcações de pesca que procedam a capturas com redes que excedam os 2,5 quilómetros de comprimento.

Por outro lado, posteriormente à assinatura do Acordo de 1995, deve ser posto em destaque a aprovação em 1997, no âmbito da Convenção para a Futura Cooperação das Pescarias do Noroeste do Atlântico (NAFO)⁹³, do “Scheme to Promote Compliance by Non Contracting Party Fishing Vessels with Conservation and Enforcement Measures Established by NAFO”, que atribui ao Estado do porto a competência para fiscalizar qualquer navio de um terceiro Estado que tenha pescado na sua área de aplicação, com fundamento na necessidade de serem controladas as medidas de conservação e de gestão anteriormente aprovadas.

⁹⁰ Sobre a questão, na perspectiva das restrições de acesso a portos, ANDERSON, «Port states...», cit., pp. 338 a 342.

⁹¹ Sobre os regimes convencionais em que os Estados partes autorizaram medidas de controlo no alto mar da actuação dos navios autorizados a arvorar a bandeira de um terceiro Estado, o nosso *A internacionalização dos recursos naturais marinhos*, cit., pp. 695 a 705.

⁹² A Convention for the Prohibition of Fishing with Long Drift Nets in the South Pacific, assinada em Wellington, em 24 de Novembro de 1989, pode ser encontrada no Law of the Sea Bulletin, nº 14, 1989, pp. 31 a 36.

⁹³ Convenção para a Futura Cooperação Multilateral das Pescarias do Noroeste Atlântico – Convention on the Future Multilateral Cooperation in the Northwest Atlantic Fisheries -, de 24 de Outubro de 1978 (versão portuguesa publicada no Diário da República Série I, nº 132, de 8 de Junho de 1979, pp. 1302-1310).

Uma orientação semelhante, ainda que relativamente incipiente, é a que está na base de disposições, como o artigo XIX NAFO e o artigo X da Convenção sobre a Conservação dos Recursos Marinhos Vivos da Antártida (CRMVA)⁹⁴, em que a chamada de atenção aos não participantes para as actividades desconformes é a solução encontrada para resolver o problema dos navios de terceiros Estados que exercem a liberdade de pesca no alto mar com desrespeito pelas medidas de conservação e gestão aplicáveis⁹⁵.

6. CONCLUSÕES

O percurso efectuado na apreciação da produção de efeitos dos tratados de protecção do ambiente no espaço marinho permite chegar a um conjunto de conclusões que se passa a enunciar:

1. Regra geral, os tratados só produzem efeitos em relação aos Estados que manifestaram o seu consentimento a estar vinculados pelo compromisso internacional em causa, sendo em relação aos restantes Estados não partes *res inter alios acta*, em conformidade com a igualdade soberana dos Estados e com a consequente liberdade de escolha do modo como prosseguem os seus interesses individuais.
2. Os Estados estão sujeitos, em razão da oponibilidade *erga omnes* dos tratados ou da sua eficácia externa, a uma obrigação genérica de respeitarem os tratados concluídos por terceiros Estados, salvo nas situações em que esses compromissos internacionais sejam nulos por violação de norma de *ius cogens*.
3. O artigo 34 CVDT69, ao prever que “um tratado não cria obrigações nem

⁹⁴ A *Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources*, Canberra, de 20 de Maio de 1980, pode ser encontrada em P. W. BIRNIE e A. E. BOYLE, *Basic documents on International law and the Environment*, Clarendon Press, 1995, pp. 628 a 644

⁹⁵ Isso não significa, no entanto, que em situações extremas, em que haja manifesto abuso do exercício da liberdade de pesca no alto mar, os Estados que entendam que os seus direitos estão a ser violados, de forma objectiva e grave, não possam avançar com represálias ou contramedidas lícitas, na medida em que alegem e provem que o comportamento do Estado destinatário da medida em causa era manifestamente ilícito ao abrigo do regime jurídico-internacional vigente, ao ultrapassar os padrões de aproveitamento dos recursos naturais marinhos vivos do alto mar fundados consuetudinariamente na liberdade do alto mar, em conformidade com os quais a reprodução das espécies é essencial à manutenção da pesca como uma actividade que pode ser prosseguida por todos os Estados. Assim, em face da ponderação que seja feita da gravidade de uma determinada situação concreta, com particular destaque para o perigo de extermínio irreversível de uma espécie, as represálias podem ter de ser antecedidas, ou não, da utilização de meios pacíficos de resolução de controvérsias, nomeadamente da abertura de negociações entre os Estados em causa (nesse sentido, a alínea b) do n.º 1 e o n.º 2 do artigo 52 do projecto de articulado da responsabilidade internacional dos Estados, em conformidade com os quais as represálias podem, ou não, ser antecedidas da abertura de negociações, em razão da sua urgência para a preservação dos direitos dos Estados em questão). Em qualquer caso, mesmo tendo em consideração as dificuldades envolvidas na sua apreciação, as represálias que sejam levadas a cabo devem ser conduzidas no estrito respeito do princípio da proporcionalidade, em particular se pretenderem impedir o exercício da pesca no alto mar a navios com a bandeira de um terceiro Estado.

direitos para um terceiro Estado sem o consentimento deste”, dá expressão a uma norma estruturante do Direito Internacional, o que significa que a produção de efeitos de uma vinculação internacional está dependente do consentimento dos Estados interessados.

4. O consentimento dos Estados a estarem vinculados pode ter lugar no momento em que se gera o acordo subjacente ao compromisso internacional ou ser expresso num momento posterior à sua negociação, assinatura, manifestação do consentimento a estar vinculado ou entrada em vigor para as outras partes.
5. A produção de efeitos de um tratado em relação a um Estado concreto só tem lugar porque esse sujeito manifestou a sua vontade a estar vinculado, o que pode ter lugar explicitamente, nomeadamente por escrito, ou implicitamente, através do seu comportamento, mas não ser presumido.
6. A regra *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* não comporta qualquer excepção, não fazendo sentido referir a potencialidade dos tratados concluídos pelos Estados para produzirem efeitos em relação a terceiros, dado que os exemplos comumente referenciados se limitam a ser formas específicas de produção de efeitos em relação às partes.
7. As diversas formulações da cláusula da nação mais favorecida são um exemplo de um caso específico de produção de efeitos em relação às partes contratantes, dado que, em resultado da inserção de uma cláusula deste tipo, os Estados partes na vinculação inicial aceitam que esta possa ser ajustada posteriormente, em conformidade com as disposições de um tratado ulterior em que não participam na sua totalidade.
8. No artigo 103 da Carta das Nações Unidas, os Estados membros da ONU deram o seu consentimento à prevalência, em caso de incompatibilidade com outras vinculações internacionais, das obrigações previstas na Carta.
9. No nº 6 do artigo 2 Carta das Nações Unidas não existe a atribuição de direitos ou a enunciação de obrigações em relação a terceiros, mas antes a imposição de a organização e dos seus membros actuarem de forma a conduzirem os terceiros a agir de acordo com os princípios das Nações Unidas “em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais”.
10. A problemática dos denominados “tratados objectivos”, conceito utilizado pela doutrina para agrupar vinculações internacionais relativas à regulação do estatuto jurídico-internacional de espaços, não é, no seu núcleo essencial, um problema de efeitos de tratados em relação a terceiros, dado que as actuações dos terceiros não contratantes se materializam através de actos positivos de aceitação ou de respeito, ou de actos negativos de protesto ou de violação, podendo todas as situações de contacto com o regime jurídico em questão, sejam ou não intencionais, ser objecto de uma valoração em termos de declaração de vontade.

11. A faceta original da categoria doutrinal dos tratados objectivos não é constituída pelas relações contratuais que se estabelecem entre as partes contratantes, nem pela qualificação das manifestações de vontade dos terceiros Estados não participantes, mas antes pela necessidade de ser apurado se basta uma abordagem convencional para aquilatar a sua configuração jurídico-internacional.
12. No caso da produção de efeitos convencionais reflexos em relação a terceiros, em consonância com a liberdade soberana de cada Estado, o que se pretende é influenciar intencionalmente o comportamento de terceiros Estados e, com respeito pela sua vontade, desenvolver actuações, conformes ao Direito Internacional, susceptíveis de gerar acções ou omissões voluntárias por parte destes no sentido pretendido.
13. A produção de efeitos convencionais reflexos em relação a terceiros não deve ser confundida com a possibilidade dos tratados produzirem efeitos relevantes para os interesses de terceiros, mesmo quando estejam a ser assumidas vinculações contraditórias pelos Estados, em razão da normal existência de interesses conflitantes e da finitude do espaço onde os sujeitos de Direito Internacional actuam, na medida em que não se pretende contribuir para a modificação do comportamento de terceiros.
14. A inclusão de efeitos reflexos em vinculações internacionais não pode ser entendida como uma alternativa a negociações falhadas, em particular se a não participação dos terceiros Estados não tiver consequências negativas na execução da vinculação internacional em causa, não sendo compatível com vinculações bilaterais ou em que possam apenas participar um número reduzido de Estados, a menos que a situação geográfica seja muito específica, desde logo pela dimensão dos sujeitos de Direito Internacional envolvidos.
15. A intencional produção de efeitos reflexos por regimes convencionais é particularmente adequada aos casos em que o objecto, os objectivos ou os efeitos da vinculação internacional estejam divididos entre espaços submetidos à jurisdição dos Estados e espaços que não estejam submetidos a essa jurisdição, nomeadamente quando seja relevante a actuação que venha a ser prosseguida pelos Estados não participantes.
16. Os regimes convencionais com efeitos reflexos em relação a terceiros têm sido primordialmente utilizados no Direito Internacional do Ambiente, como o demonstram o artigo X CITES, de 1973, o artigo 4 do Protocolo de Montreal relativo às Substâncias que Empobrecem a Camada do Ozono, de 1979, os artigos 4 e 11 da Convenção de Basileia sobre o Controlo de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Eliminação, de 1989, e o artigo 24 do Protocolo de Cartagena sobre Segurança Biológica, de 2000, embora possam ser utilizados noutros domínios, como o exemplifica o artigo 14 da Convenção Única sobre Estupefacientes de 1961.
17. O artigo X CITES, relativo ao “comércio com Estados que não são partes da Convenção”, prevê que as transacções entre os Estados partes e terceiros

Estados, são permitidas desde que sejam emitidos pelo Estado não parte “documentos similares”, àqueles que são exigidos pela CITES aos Estados partes, o que tem sido objecto de regulamentação pela Conferência das Partes, com o objectivo de especificar as condições em que poderá ser aceite pelas Partes.

18. O artigo 4 do Protocolo de Montreal, baseado em restrições à importação e à exportação de um conjunto de produtos pelos Estados partes em relação aos Estados não participantes no seu regime convencional, não impõe aos Estados não partes qualquer proibição de produção ou de utilização das substâncias controladas, mas comporta cinco obrigações específicas para os Estados partes que reduzem substancialmente a sua margem de manobra relativamente a estas matérias e, em contraponto, as opções de negociação dos Estados não partes com os Estados partes.
19. Os artigos 4 e 11 da Convenção de Basileia sobre o Controlo de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Eliminação, proíbem a exportação e a importação de resíduos perigosos para Estados não partes, a menos que estejam reunidas algumas das condições previstas na Convenção sobre a matéria, o que significa que os Estados partes estão obrigados a propor aos terceiros Estados um regime jurídico com um conteúdo mínimo previamente determinado.
20. O artigo 24 do Protocolo de Cartagena sobre Segurança Biológica sujeita os movimentos transfronteiriços de organismos vivos modificados entre Estados partes e Estados não partes aos objectivos previstos no Protocolo, sendo o apuramento dessa possibilidade feito de forma individualizada ou enquadrado no âmbito de acordos internacionais, em conformidade com condições que o Estado parte deverá propor ao terceiro Estado.
21. O espaço marítimo é particularmente adequado à existência de normas que produzem efeitos em relação a um conjunto diversificado de sujeitos, na medida em que, com excepção das águas interiores, todas as restantes zonas dos oceanos devem ser compreendidas como espaços onde podem actuar e coexistir vários sujeitos de Direito Internacional.
22. O controlo de navios pelo Estado do porto, no que respeita ao cumprimento das regras relativas a construção, equipamento, tripulação e operação, em resultado da aplicação dos denominados MOU (Memorandum of Understanding), não pode ser enquadrada na categoria dos efeitos convencionais reflexos em relação a terceiros, na medida em que a sua aplicação é consentida pelo Direito Internacional, e os regimes jurídico-internacionais em causa, de âmbito regional, têm sido vertidos em instrumentos internacionais qualificados como não vinculativos.
23. O Acordo de 1995 foi elaborado com o objectivo de constituir uma excepção ao enquadramento da cooperação entre Estados relativamente à pesca no alto mar, de forma a ultrapassar a assunção de obrigações internacionais intencionalmente equívocas, mas os seus negociadores não tinham legitimidade para lhe

atribuírem efeitos em relação a terceiros Estados não partes, em consonância com o respeito da regra da relatividade dos tratados.

24. Em conformidade com a sua natureza estritamente convencional, os navios com a bandeira dos Estados partes no Acordo de 1995 não podem impor a Estados não partes o respeito da exclusão de acesso a recursos naturais marinhos existentes no alto mar, apesar da redacção do nº 4 do artigo 8 e do artigo 17, e os responsáveis dos navios dos Estados partes não podem pretender subir a bordo e inspeccionar os navios pesqueiros de terceiros Estados, mesmo que estes estejam, em conformidade com a previsão do nº 11 do artigo 21 do Acordo de 1995, a cometer uma infracção grave, dado que as disposições da Parte VI do Acordo de 1995 não podem ser aplicadas a terceiros Estados não partes.
25. No sentido da não produção de efeitos em relação a terceiros Estados não contratantes do Acordo de 1995, deve ser invocada a alínea a) do nº 2 do artigo 1, ao esclarecer o sentido da expressão “Estados partes”, e a forma como o nº 4 do artigo 17 e o artigo 33 foram redigidos com estrito respeito pela posição jurídica dos terceiros Estados.
26. O nº 4 do artigo 17 do Acordo de 1995, artigo único da Parte IV, dedicada aos “não membros e não participantes”, foi concebido de forma a integrar duas obrigações para os Estados partes, enquanto o artigo 33 do Acordo de 1995, artigo único da Parte IX, dedicada aos “Estados não partes no presente Acordo”, foi elaborado de forma a respeitar a distinção entre Estados partes e não partes e a não produção de efeitos em relação a terceiros Estados.
27. As “medidas” previstas no nº 4 do artigo 17 e no nº 2 do artigo 33 podem traduzir-se em vinculações internacionais entre Estados partes no Acordo de 1995, e integrar normas com efeitos reflexos em relação a terceiros Estados, de forma a alcançar regras de actuação que, sendo respeitadoras do Direito Internacional, sejam simultaneamente capazes de dissuadir os terceiros Estados de exercerem actividades prejudiciais no alto mar.
28. O nº 3 do artigo 23 do Acordo de 1995 é um exemplo relevante de uma disposição convencional com efeitos reflexos em relação a terceiros Estados, ao prever que os Estados partes no Acordo de 1995 podem adoptar regulamentos destinados a proibir desembarques e transbordos efectuados por navios com a bandeira de terceiros Estados, “sempre que se tenha estabelecido que as capturas foram realizadas de forma prejudicial” para os regimes de protecção existentes.
29. A exclusividade da jurisdição do Estado da bandeira, em resultado da qual os navios de pesca, no exercício da pesca no alto mar, não podem ser objecto de controlo por terceiros Estados, a menos que haja uma autorização convencional, tem conduzido à criação de mecanismos jurídicos-internacionais destinados a influenciar os comportamentos de terceiros Estados e dos navios que arvoram a sua bandeira, como na

Convention for the Prohibition of Fishing with Long Drifnets in the South Pacific, de 1989, e, no âmbito da NAFO, em 1997, através do “Scheme to Promote Compliance by Non Contracting Party Fishing Vessels with Conservation and Enforcement Measures Established by NAFO”.



RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EVALUACIÓN DEL IMPACTO AMBIENTAL Y DEL TRATAMIENTO DE RESIDUOS BAJO LA PERSPECTIVA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO: “DEL MEDIOAMBIENTE SOSTENIBLE A LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS”

*María Matilde Ceballos Martín**
*Raúl Pérez Guerra***

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto formular algunas reflexiones acerca de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que resuelve el caso “*Giacomelli contra Italia*”, de 2 de noviembre de 2006. A tal objeto, de un lado, se estudia la normativa ambiental italiana que, carente de un explícito y estructurado referente constitucional e inspirada en las directrices comunitarias, regula los dos relevantes temas aquí inmersos: la evaluación de impacto ambiental y el tratamiento de residuos. Y, de otro lado, se analiza y valora la línea jurisprudencial, seguida por el Tribunal, de protección del ambiente a través de la técnica de eficacia cruzada, subsumiéndolo en el ámbito del derecho al respeto de la vida privada y del domicilio (art. 8.1 CEDH).

Palabras clave

Derecho al ambiente. Desarrollo sostenible. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Eficacia cruzada de derechos. Constitución de Italia de 1947.

ABSTRACT

The purpose of this study is to express some thoughts on the sentencing of 2nd November 2006 by the European Court of Human Rights, in the case of “*Giacomelli v. Italy*.” With the aim of doing this, firstly, the Italian environmental regulations are examined. These regulations, which, devoid of any explicit and structured constitutional requirements nor inspired by community guidelines, govern the two areas examined in this study: the environmental-impact assessment and the treatment of special waste. And secondly, the judicial proceedings followed by the Court are analyzed and assessed, with regards to environmental protection through the technique of crossed effectiveness, subsuming it on the basis of the individual’s right to respect for his or her home and private life. (art. 8.1 ECHR)

* Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Almería - Universidad Oberta de Cataluña.

** Profesora Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Almería - Universidad Oberta de Cataluña

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto la formulación de algunas reflexiones que nos ha suscitado la lectura de la sentencia que resuelve el caso "*Giacomelli contra Italia*", dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), 3ª Sección, el 2 de noviembre de 2006. En ella el Tribunal de Estrasburgo confirma la línea jurisprudencial, abierta desde hace algunos años, de protección del derecho al disfrute del ambiente¹ a través de otros derechos fundamentales, concretamente, en el presente caso, del derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio.

El análisis de esta sentencia (cuyos antecedentes esbozamos en el apartado II de este artículo) nos va a servir de punto de partida para emprender un estudio de algunos de los aspectos que presenta la regulación ambiental en Italia; concretamente, una vez delimitado el marco constitucional italiano desde el que gravita la normativa sobre tutela del ambiente, nos centraremos en el análisis normativo de las dos temáticas administrativas implicadas en el asunto en autos: la evaluación del impacto ambiental (en adelante, EIA) y el tratamiento de residuos (apartado III). Tras un breve repaso del papel desempeñado por el sistema de Estrasburgo en la defensa de los derechos humanos, en general, y del derecho al ambiente, en particular (apartado IV), pasamos a abordar la argumentación jurídica sostenida por el TEDH para la resolución de este caso, cuestión que enjuicamos en dos apartados: en primer lugar, muy brevemente, reseñamos la decisión de admisión del caso por rechazar el Tribunal la objeción procesal de falta de agotamiento de los recursos internos, alegada por el Gobierno italiano (apartado V). El apartado VI lo dedicaremos a profundizar en el análisis de la vía utilizada por el TEDH para proteger el derecho al ambiente: la denominada eficacia cruzada de este derecho a través del derecho a la vida privada y familiar y al domicilio (art. 8 CEDH). Veremos el razonamiento del Tribunal que le conduce a apreciar que no ha habido un equilibrio justo entre este derecho individual y los intereses colectivos (equilibrio asimilable al esquema del "desarrollo sostenible") que podrían servir de límite al mismo, por lo que considera ilegítima la injerencia en este derecho; para concluir examinando el fallo de la sentencia y su ejecución y efectos internos en el ordenamiento italiano.

¹ Utilizamos el término "ambiente", en lugar de "medio ambiente", este último ciertamente más extendido en nuestro país, por considerar, con MARTÍN MATEO, que resulta redundante esta última expresión. MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. I, Trivium, Madrid, 1991, p. 80. Por lo demás, en otros sistemas normativos, entre los que se incluye precisamente el italiano, al que intentaremos aproximarnos en estas páginas, se emplea únicamente el vocablo "ambiente", o su traducción en otros idiomas ("environment", en inglés; "unwelt", en alemán; o "environnement", en francés); SERRANO MORENO, José Luis, *Ecología y Derecho*, 1: *Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica*, Comares, Ecorama, Granada, 2ª edic., 1992, p. 24.

II. ANTECEDENTES

El caso es planteado por una ciudadana italiana, Piera Giacomelli. La demandante vive desde 1950 en una casa situada a las afueras de la localidad italiana de Brescia, a 30 metros de una planta para el depósito y tratamiento de residuos. Una sociedad por acciones, *Ecoservizi*, empezó a operar en la planta en 1982. El 4 de abril de 1989 el Consejo Regional de Lombardía concedió a *Ecoservizi* una licencia para operar en la planta durante un periodo de cinco años; los diferentes tipos de tratamiento de residuos cubiertos por la licencia incluían la desintoxicación de residuos peligrosos. El Consejo Regional autorizó a *Ecoservizi* a incrementar la cantidad anual de residuos tratada en la planta el 30 de octubre de 1991; y el 5 de agosto de 1993 aprobó un número de reformas que implicaban mejoras tecnológicas en la instalación, sin aumentar la cantidad de residuos tratados. Dicho Consejo renovó la licencia para operar para un periodo de cinco años más (decisión de 11 de abril de 1994), bajo la condición de que *Ecoservizi* firmara un *memorándum* de compromiso con las autoridades locales en orden a limitar el impacto ambiental de la planta, condición que quedó cumplida el 18 de noviembre de 1994; y el 13 de diciembre de 1994 tomó nota de la firma del *memorándum* y confirmó el 30 de abril de 1999 como fecha de vencimiento de la licencia para operar.

A) Procesos contenciosos

Las actividades realizadas por *Ecoservizi* dieron lugar a tres grupos de procesos contenciosos:

a) En un primer grupo se encuentran tres demandas interpuestas a la Corte Administrativa Regional de Lombardía, sometiendo a revisión judicial las decisiones adoptadas por el Consejo Regional el 5 de agosto de 1993 y el 11 de abril y 13 de diciembre de 1994². La Corte concedió su solicitud (18 de noviembre de 1994), principalmente porque el *memorándum* de compromiso aún no había sido firmado, y suspendió la decisión del Consejo. *Ecoservizi* recurrió esta decisión judicial. El Consejo de Estado anuló la orden judicial de la Corte Administrativa Regional (7 de abril de 1995), sosteniendo que la firma del *memorándum* había disipado el riesgo de daños irreparables.

En sentencia de 13 de abril de 1996 la Corte Administrativa Regional de Lombardía desestimó las demandas de la solicitante, cuyas reclamaciones se sustentaban en la necesidad de que el Consejo Regional efectuara un nuevo procedimiento de licencia. La Corte Regional consideraba que el tamaño de la instalación y su volumen de actividad habían sido determinados en las decisiones

² La demandante, que cuestionaba la renovación de la licencia para seguir operando *Ecoservizi* y, alegando una infracción de la Ley 441/1987, sostuvo que las alteraciones aprobadas por el Consejo Regional implicaban tal incremento de las actividades que resultaba necesaria una nueva licencia para actuar, incluyendo una EIA de la planta, y solicitó una suspensión de la decisión de renovar la licencia.

del Consejo Regional de 1989 y 1991, no cuestionadas por la demandante; mientras que las alteraciones aprobadas por las decisiones impugnadas de 1993 y de 1994 no suponían un incremento del volumen de actividad de la planta ni un cambio en los tipos de residuos tratados, por lo que no resultaba necesario que el Consejo Regional realizara un nuevo procedimiento de licencia. El Consejo de Estado desestimó el recurso interpuesto por la demandante (6 de noviembre de 1998).

b) El segundo conjunto de procesos contenciosos arranca de tres decisiones adoptadas por el Consejo Regional de Lombardía en el año 1999: la de 29 de abril, mediante la cual este órgano renovaba la licencia para operar a *Ecoservizi* por un periodo de cinco años, decisión revocable a la luz de las conclusiones a que se llegaran en el procedimiento de EIA; la de 12 de abril, en la que autorizaba a *Ecoservizi* a hacer alteraciones en la instalación para el proceso de residuos de aceites; y la de 15 de octubre, en que este Consejo hizo notar que *Ecoservizi* había decidido no actuar bajo la autorización concedida el 12 de abril de 1999, y confirmó la renovación de la licencia para seguir operando. La demandante solicitó la revisión judicial de estas decisiones.

El 18 de febrero de 2000 la Corte Administrativa Regional concedió la solicitud de suspensión de la demandante, argumentando que el procedimiento de EIA aún estaba pendiente. El 11 de abril de 2000, el Consejo de Estado estimó la apelación de *Ecoservizi*, con base en que las últimas inspecciones a la planta demostraban su observancia a los límites establecidos por las regulaciones vigentes.

En sentencia de 29 de abril de 2003, la Corte Administrativa Regional de Lombardía concedió a la demandante sus solicitudes y declaró en suspenso las tres decisiones impugnadas. La Corte sostuvo que las alteraciones autorizadas por el Consejo Regional el 12 de abril de 1999 permitiendo el procedimiento de residuos de aceites, deberían haberse clasificado como sustanciales; y, consecuentemente, de acuerdo con el Decreto núm. 22/1997, el Consejo Regional debería haber suspendido las operaciones de *Ecoservizi* y ordenado los necesarios controles con carácter previo a la renovación de la licencia para poder continuar la instalación con sus actividades. Por tanto, la Corte encontró ilegal la decisión del Consejo Regional de 29 de abril de 1999; y ordenó la suspensión de las actividades de *Ecoservizi*, en espera de los resultados finales a que se llegara con el procedimiento de EIA. *Ecoservizi* apeló al Consejo de Estado, que desestimó su recurso (sentencia de 25 de mayo de 2004), confirmando el criterio de la Corte de Lombardía.

c) Por último, el tercer grupo de procesos contenciosos se inicia con la impugnación de la decisión de 23 de abril de 2004 adoptada por el Consejo Regional de Lombardía, mediante la cual renovaba la licencia para que operara la planta durante un periodo de cinco años, permaneciendo fuera del ámbito de la licencia los residuos industriales que se pretendía fueran desintoxicados, hasta la conclusión del procedimiento de EIA realizado por el Ministerio de Ambiente. Con carácter previo a la concesión de la licencia, se había celebrado, el 31 de marzo de 2004, una reunión de consulta entre las autoridades locales

(*conferenza di servizi*)³, en la que los Consejos Regional, Provincial y de Distrito afectados expresaron su opinión favorable a la renovación de la licencia.

La demandante solicitó a la Corte Administrativa Regional de Lombardía la revisión judicial de esa decisión así como la suspensión de su cumplimiento. La Corte Regional, el 30 de abril de 2004, habiendo tomado nota del Decreto de EIA de 28 de abril de 2004 aprobando el tratamiento por *Ecoservizi* de todos tipos de residuos, confirmó la decisión de renovar la operación de licencia provisional para desintoxicar residuos industriales, válida hasta el 22 de junio de 2004, quedando en espera de la finalización de todo el procedimiento de licencia.

El 28 de junio de 2004 el Consejo Regional extendió la licencia hasta el 31 de diciembre de 2004, al objeto de permitir a *Ecoservizi* someter sus planes de adaptación de la planta para poder cumplir con los requisitos dispuestos en el Decreto de EIA. La Corte Administrativa Regional de Lombardía desestimó el 23 de julio de 2004 una solicitud de la demandante de suspensión, sosteniendo que la decisión de 23 de abril de 2004 se había concedido de acuerdo con la opinión favorable de las autoridades locales y que había tenido en cuenta todos los factores constitutivos de un riesgo potencial a las propiedades vecinas a la planta, y subrayando que la decisión cuestionada había establecido un número de requerimientos dirigidos a eliminar las molestias sufridas por la demandante.

Al momento de dictar la sentencia que comentamos, el proceso en autos estaba aún pendiente ante la Corte Administrativa Regional de Lombardía. Por otra parte, hay que hacer mención a los procedimientos de EIA realizados por el Ministerio de Ambiente.

B) Procedimientos de evaluación del impacto ambiental

Por decisión de 13 de diciembre de 1996 el Consejo Regional de Lombardía ordenó a *Ecoservizi* iniciar un procedimiento de EIA en relación a las actividades de desintoxicación de la planta. El 11 de mayo de 1998 la compañía sometió su instalación al Ministerio de Ambiente, de acuerdo con la Ley 349/1986 (art. 6).

El 24 de mayo de 2000 el Ministerio de Ambiente dictó un Decreto de EIA, señalando que la planta había sido construida en tierra agrícola, cerca del río Garza y de una cantera de arena. A causa de la permeabilidad del terreno existía un riesgo significativo de que los residuos químicos tóxicos generados por las operaciones de desintoxicación en la planta pudieran contaminar el agua del terreno, una fuente de agua potable para los habitantes de los pueblos vecinos. El Ministerio consideró que las operaciones de la planta eran incompatibles con las regulaciones ambientales, aunque permitía a *Ecoservizi* continuar con sus actividades hasta la expiración, el 29 de abril de 2004, de la más reciente licencia

³ La *conferenza di servizi* «constituye la fórmula procedimental ordinaria para el examen contextual de varios intereses públicos implicados en un procedimiento administrativo». PAULI, Luca De, "L'interesse ambientale nel procedimento", en *Jus. RSG*, 2-3, (maggio-dicembre, 2001), p. 337.

para operar, concedida por el Consejo Regional, estipulando que cumpliera con ciertos requerimientos. Tras haber estimado la Corte Administrativa Regional del Lazio (31 de agosto de 2000) la revisión judicial de la decisión y su suspensión, solicitada por *Ecoservizi*, el Ministerio expidió un ulterior Decreto de EIA (30 de abril de 2001) confirmando que las operaciones de la planta eran incompatibles con las regulaciones ambientales. *Ecoservizi* solicitó a la Corte Administrativa Regional del Lazio la revisión judicial de este nuevo Decreto. La Corte concedió dicha solicitud y ordenó al Ministerio realizar una nueva EIA (11 de julio de 2001)⁴.

El 28 de abril de 2004 el nuevo procedimiento de EIA se completó y el Ministerio de Ambiente dictó un nuevo Decreto de EIA, señalando que *Ecoservizi* procesaba un 27% de los residuos generados en el norte de Italia y un 23% a escala nacional. Consiguientemente, exponía que los requisitos establecidos por el Consejo Regional deberían mejorar significativamente las condiciones para operar y controlar la planta, y expresó su opinión favorable a la continuación de las operaciones de la planta de *Ecoservizi*, procurando que cumpliera con aquellos requerimientos.

La demandante solicitó a la Corte Administrativa Regional del Lazio la revisión judicial del Decreto de EIA y su suspensión, siéndole denegado por la Corte (24 de julio de 2004), por razón de que la demandante no había notificado al Ministerio de Ambiente su solicitud.

C) Quejas contra las actividades de *Ecoservizi* e inspecciones de las autoridades competentes

Habiéndose sucedido numerosas reclamaciones por la demandante y otros habitantes del área cercana a la planta, las autoridades competentes elaboraron una serie de informes acerca de las actividades de *Ecoservizi*.

a) Expertos de la *azienda sanitaria locale* elaboraron, en 1993, un informe que reflejaba que en las emisiones producidas en la planta se excedían los límites

⁴ En el periodo que transcurre entre esta resolución judicial y el tercer Decreto ministerial de EIA, el Consejo Regional de Lombardía (decisión de 4 de noviembre de 2002) notificó a *Ecoservizi* las condiciones para operar la planta, como habían sido determinadas en los Decretos dictados por el Ministerio de Ambiente. El 4 de octubre de 2002 *Ecoservizi* suscribió un plan para modificar la instalación, que preveía una serie de obras y mejoras tendentes a controlar y evitar la emisión de vertidos, ruidos y emisiones peligrosas. El 17 de octubre de 2003 las autoridades sanitarias locales (*azienda sanitaria locale*) expusieron su opinión al Consejo Regional de Lombardía acerca de la compatibilidad de las actividades de *Ecoservizi* con la normativa ambiental, señalando que, de acuerdo con los resultados de análisis técnicos efectuados entre 2000 y 2003, que evidenciaban la presencia de concentraciones anormales de ciertas sustancias orgánicas en la atmósfera, la continuidad de las actividades de la planta podía causar problemas de salud a quienes vivían cerca, y expresaron que las precauciones previstas por *Ecoservizi* para proteger la salud pública no eran suficientes. A pesar de esto, el Consejo Regional de Lombardía aprobó (7 de noviembre de 2003) la continuidad de las actividades de la planta, estipulando que la compañía cumpliría una serie de requerimientos, cuya ejecución debería ser verificada cuando llegara el momento de renovar su licencia para operar, que expiraba el 30 de abril de 2004.

legales para ciertas sustancias, e informaron a las autoridades judiciales de los resultados de los análisis. También inspeccionaron la planta en 1995, advirtiendo ciertos hechos que podían implicar efectos contaminantes; en el informe se consignaba que la *azienda sanitaria locale* interponía una reclamación ante las autoridades judiciales competentes.

- b) En un informe emitido en 1997, la NAS (división especial de los *carabinieri* destinada a asuntos de salud) comunicó al Consejo Provincial de Brescia que se había interpuesto una reclamación contra el representante legal de *Ecoservizi* por incumplimiento de las condiciones presentadas en las licencias para operar la planta.
- c) En varias ocasiones entre 1999 y 2003 el Consejo del Distrito de Brescia pidió al Consejo Regional de Lombardía que interviniera para trasladar la instalación a un lugar más seguro y mejor situado para las necesidades crecientes de producción. Y en diciembre de 2002 el Consejo del Distrito de Brescia realojó temporalmente a la familia Giacomelli, sin cargos, hasta el resultado de la disputa judicial con *Ecoservizi* a fin de paliar las molestias ocasionadas a la demandante por la planta.
- d) En mayo de 2002 la Agencia Regional de Protección Ambiental dictó un informe técnico sobre *Ecoservizi* tras una solicitud de la demandante y de sus vecinos de una urgente inspección del lugar. Los expertos detectaron un elevado nivel de amoníaco en la atmósfera, lo que indicaba un error en el proceso de desintoxicación. Advirtieron que la compañía había omitido activar los necesarios dispositivos para asegurar que los residuos a desintoxicar fueran compatibles con las especificaciones de la instalación. Además, percibieron deficiencias estructurales en el lugar que podían haber conducido, potencialmente, a fallas en la actividad generadoras de emisiones de humos y gases.

III. NORMATIVA INTERNA APLICABLE AL CASO: LA TUTELA AMBIENTAL EN EL ORDENAMIENTO ITALIANO

A) La tutela ambiental en el sistema constitucional italiano

Cronológicamente, la primacía en el reconocimiento constitucional expreso de derechos relacionados con el ambiente, o del deber del Estado de proteger la naturaleza, corresponde a regímenes situados al margen del Estado de Derecho: antiguos Estados comunistas (Constituciones de Hungría, 1949 y 1972; Polonia, 1952 y 1976; Checoslovaquia, 1960; Bulgaria, 1971; Yugoslavia, 1974; República Democrática Alemana, 1974). Tales enunciados sólo llegan al constitucionalismo liberal-democrático, junto con otros derechos o principios que

trascienden la esfera de lo estrictamente individual⁵, en la década de los setenta, al calor del movimiento de ideas impulsado por la Conferencia de Estocolmo (1972) y de la conciencia sobre el carácter limitado de los recursos naturales manifestada por la crisis del petróleo (1973) (Constitución de la Confederación Helvética, tras reforma de 1971; Grecia, 1975; Portugal, 1976; o España, 1978), siendo, sin duda, en América Latina donde se detecta mayor receptividad en cuanto a introducir esta problemática en las Constituciones nacionales⁶.

En cambio, los Textos del Constitucionalismo democrático liberal promulgados tras la Segunda Guerra Mundial, contexto histórico en que no estaba definida la percepción de la problemática ambiental, apenas contienen una alusión al ambiente como derecho, principio o mera atribución competencial de naturaleza constitucional. Tal sucede con la Constitución italiana, aprobada el 22 de diciembre de 1947, en cuyo articulado no encontramos una disciplina orgánica sobre el tema ambiental. Se ha suscitado, así, una laguna que ha sido preciso colmar haciendo referencia, por vía interpretativa, a los artículos 2 («*La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, ora como individuo, ora en el seno de las formaciones sociales donde aquel desarrolla su personalidad*»), 9 («*La República [...] salvaguardará el paisaje*»), 32 («*La República protegerá la salud como derecho fundamental del individuo e interés básico de la colectividad*»); y, en menor medida, a los artículos 3 (dignidad, y deber de los poderes públicos de lograr la igualdad y libertad efectivas, pleno desarrollo de la personalidad y participación efectiva de los trabajadores); 41-44 (límites a la iniciativa económica privada y a la propiedad privada); 24 y 113 (tutela judicial); y 117⁷ y 118 (ámbito competencial del Estado, las Regiones y los Municipios), todos de la Constitución⁸.

La ausencia de un claro marco constitucional donde encuadrar con cierta precisión la cuestión ambiental es una de las causas que explica el retraso del legislador italiano en ofrecer una regulación normativa destinada a la tutela ambiental, así como la confusión interpretativa y falta de pericia técnico-jurídica que caracterizaban las primeras leyes dictadas en la materia⁹. No será sino a partir de la segunda mitad de la década de los ochenta cuando tanto en el plano legislativo como jurisprudencial se consolide la orientación hacia una concepción

⁵ LÓPEZ MENUDO, Francisco, "El derecho a la protección del medio ambiente", en *RCEC*, núm. 10 (septiembre-diciembre, 1991), p. 165.

⁶ LÓPEZ RAMÓN, Fernando, "Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente", en *REDA*, núm. 95 (julio-septiembre, 1997), pp. 349-350; MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho Ambiental*, Aranzadi, Pamplona, 3ª edic., 2003, pp. 59-60.

⁷ En este precepto se contiene la única alusión al "ambiente" en la Constitución italiana, en virtud de la reforma operada a este artículo por Ley Constitucional núm. 3, de 18 de octubre de 2001 (*Gazzetta Ufficiale* [en adelante, *G.U.*] núm. 248, de 24 de octubre de 2001), considerándolo una materia cuya competencia exclusiva corresponde al Estado (párr. 2, s).

⁸ Vid. CARAVITA, Beniamino, *Diritto pubblico dell'ambiente*, Il Mulino, Serie di diritto, Bologna, 1990, pp. 13-18; y MANTINI, Pierluigi, *Lezioni di Diritto Pubblico dell'Ambiente*, Cedam, Padova, 1991, pp. 33-36.

⁹ CARAVITA, Beniamino, *Diritto pubblico...*, *op. cit.*, pp. 19-20.

unitaria del bien ambiental¹⁰. Surge así una legislación destinada a unificar el fenómeno ambiental, que abandona la anterior tendencia legislativa calificada de “indirecta”¹¹, consistente en tomar prestadas normas relativas a otras materias¹² (urbanística, sanidad, bienes culturales, agricultura, etc.) que sólo transversalmente contenían referencias a la materia ambiental, para terminar confiriendo a la política ambiental una posición central. Un proceso de unificación y clarificación en el que ha desempeñado un notable papel la Corte Constitucional, cuya jurisprudencia, aunque discontinua, ha estado guiada por el propósito de evitar que se generase un escenario en el cual la ausencia de una norma constitucional explícita pudiese dar curso al desarrollo de una política ambiental al margen de una referencia constitucional, y en la cual el legislador ordinario procediese de un modo incierto y aislado al enfrentar los nuevos problemas continuamente planteados por la cuestión ambiental a las instituciones¹³.

Dentro del cuadro constitucional que hemos esbozado, se encuadran los dos bloques normativos que fueron de aplicación en el supuesto fáctico arriba descrito, incardinados dentro de las normas del Derecho Administrativo que disciplinan la cuestión ambiental: el procedimiento de EIA y el tratamiento de residuos. Ambas cuestiones se encuentran actualmente reguladas, en el ordenamiento italiano, por el Decreto Legislativo de 3 de abril de 2006, núm. 152, Normas en Materia Ambiental (*G.U.* núm. 88, de 14 de abril de 2006, *Suppl. Ord.* núm. 96). Ahora bien, en el transcurso de los procedimientos que concluyeron con la sentencia objeto de nuestro estudio, eran otras las disposiciones vigentes en estas materias. Por este motivo, en los dos siguientes subapartados procedemos a repasar la actual normativa reguladora de estas cuestiones haciendo referencia también a las disposiciones que estaban en vigor en el momento en que se sucedieron los hechos repasados en el apartado anterior.

Señalemos antes que el Decreto Legislativo 152/2006 fue dictado siguiendo lo estipulado por la Ley de 3 de mayo de 2004, núm. 308¹⁴, que delegaba al Gobierno, en el plazo de dieciocho meses desde su entrada en vigor, la ordenación, coordinación e integración de las disposiciones legislativas en determinados sectores ambientales. Y así, el ámbito material de este Decreto Legislativo coincide con el que le señalaba la Ley 308/2004, viniendo a disciplinar: el procedimiento para la evaluación ambiental estratégica, para la EIA y para la autorización

¹⁰ MANTINI, Pierluigi, *Lezioni di Diritto Pubblico...*, op. cit., p. 43.

¹¹ RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, *El derecho constitucional al medio ambiente. Dimensión jurisdiccional*, Tirant lo Blanch, Monografías, 162, Valencia, 2000, p. 21.

¹² En esta línea señalaba GIANNINI: «una normativa que desea disciplinar los problemas del ambiente no puede ser sino sectorial»; GIANNINI, Massimo Severo, “‘Ambiente’: Saggio sui diversi suoi aspetti giuridici”, en *RTDP*, 1 (1973), p. 22.

¹³ D’IGNAZIO, Guerino, “La tutela del ambiente y la protección de las áreas naturales en Italia”, en RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (Coord.), *Derecho Comparado del medio ambiente y de los espacios naturales protegidos*, Comares, Col. Ecorama, 13, Granada, 2000, pp. 152-153, 161-162, 171 y 199.

¹⁴ Ley que “Delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l’integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione” (*G.U.* núm. 302, de 27 de diciembre de 2004; *Suppl. Ord.* núm. 187).

ambiental integrada (Parte Segunda); la defensa del suelo y la tutela del agua (Parte Tercera); la gestión de los residuos y el saneamiento de los lugares contaminados (Parte Cuarta); la tutela del aire y la reducción de las emisiones atmosféricas (Parte Quinta), y la tutela por resarcimiento por los daños al ambiente (Parte Séptima) (art. 1 Decreto Legislativo 152/2006 en relación al art. 1.1 Ley 308/2004).

Habida cuenta la inevitable sectorialización que caracteriza al Derecho ambiental, dada su condición horizontal o transversal, aparte de otros síntomas que en el ordenamiento italiano evidenciaban la necesaria racionalización y sistematización de la normativa ambiental, juzgamos loable la promulgación de este texto normativo¹⁵, que ha sido calificado de “texto unificado” en materia ambiental¹⁶, como esfuerzo por elaborar una normativa en esta materia con la necesaria dosis de integración¹⁷.

Como ha expuesto FONDERICO al respecto: «*L'unità del diritto ambientale (...) non è imposta solamente dall'unità del sistema sociale, ma prima ancora dall'unità del sistema ambientale (ecosistema), che ben poco tollera le odierne 'settorializzazioni'*»¹⁸. De este modo, se consigue nivelar la cláusula de integración y el principio de transversalidad, dos facetas inherentes a una política ambiental eficiente¹⁹.

El objetivo fundamental de este Decreto Legislativo es la promoción de los niveles de calidad de vida humana, a realizar a través de la salvaguarda y del mejoramiento de las condiciones del ambiente y de la utilización prudente y racional de los recursos naturales (art. 2.1). Para dar cumplimiento a dicha finalidad, esta disposición regula las materias objeto de la misma conforme a los principios y criterios establecidos por la Ley 308/2004 (en el aptdo. 8 de su art. 1), y en el respeto al ordenamiento comunitario y a las atribuciones de las regiones y de los entes locales (art. 2). Pasemos, sin más, al análisis de las dos temáticas de Derecho Ambiental que aparecen reflejadas en la sentencia del caso “*Giacomelli contra Italia*”.

¹⁵ Nuestra doctrina también formuló tempranamente propuestas de una Ley general que sirviera de ‘*quilla ordenadora*’ para articular eficazmente el abigarrado y variopinto conjunto normativo ambiental. Vid. PÉREZ MORENO, Alfonso; ESCRIBANÓ COLLADO, Pedro; y LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, “Desarrollo legislativo de la Constitución en materia de protección del medio ambiente”, en *RAP*, núm. 103 (enero-abril, 1984), pp. 361 y sigs.

¹⁶ Pues, de hecho, «è il frutto della mera ‘unificazione’ –fatta ex post e per occasionale convenienza- dei vari schemi di decreti che avrebbero dovuto separatamente riordinare i singoli settori oggetto della delega»; descartándose que tenga naturaleza de código ni de texto único. Vid. FONDERICO, Francesco, “La ‘codificazione’ del Diritto dell’Ambiente in Italia: modelli e questioni”, en *RTDP*, 3 (2006), especialmente, pp. 615-617 y 630-635.

¹⁷ En esta línea, BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier, “Criterios de una nueva reglamentación ambiental. A propósito de la regulación económica y el medio ambiente”, en *RDUMA*, núm. 198 (diciembre, 2002), p. 125.

¹⁸ FONDERICO, Francesco, “La ‘codificazione’ del Diritto...”, *op. cit.*, p. 637.

¹⁹ Cfr. MONTORO CHINER, María Jesús, “El estado ambiental de Derecho. Bases constitucionales”, en SOSA WAGNER, Francisco (Coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, T. III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 3456.

B) El procedimiento de evaluación de impacto ambiental

El desarrollo social y económico, y los efectos perjudiciales que provoca en el ambiente, obligan a valorar de modo prioritario el factor ambiental en todas las actividades que requieran ser aprobadas por una autoridad pública. Ello ha motivado el desarrollo de nuevos instrumentos administrativos, específicamente ambientales, adaptados a esta nueva exigencia social²⁰, entre los que se situaría el procedimiento de EIA. Se desprende de lo dicho que una de las técnicas de mayor trascendencia en el Derecho Ambiental sea la referente a los procesos de evaluación de impacto ambiental de los proyectos de obras, actividades, planes y programas, que puedan tener repercusiones en el ambiente²¹.

El precedente normativo de esta técnica, o, mejor dicho, proceso²², se sitúa en el Derecho norteamericano: en la *National Environmental Policy Act*, de 1969, promulgada el 1 de enero de 1970. En este ordenamiento, la declaración de impacto ambiental se consolidó muy rápidamente como una obligación procedimental en la toma de decisiones públicas de relevancia ambiental. Este proceso se ha extendido, partiendo de la experiencia norteamericana, a otros países, sea por vía legislativa o por simple decisión administrativa (Australia, 1974; Canadá, 1973; República Federal de Alemania e Inglaterra, 1975; o Francia, Irlanda y Holanda, 1976)²³.

También siguiendo el modelo norteamericano se implanta el procedimiento de EIA en el Derecho Comunitario. Fue a través de la Directiva del Consejo 85/337, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DOCE L 175/40, de 5 de julio de 1985). La aprobación de esta Directiva –que ha sido modificada por las Directivas 97/11, de 3 de marzo de 1997 (DOCE L 73/5, de 14 de marzo de 1997) y 2001/42, de 27 de junio de 2001 (DOCE L 197/30, de 21 de julio de 2001)-, se produjo en el marco del III Programa de Acción Comunitaria en Materia de Medio Ambiente (en adelante, PACMA),

²⁰ SORO MATEO, Blanca; FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel; ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago y GUTIÉRREZ LLAMAS, Antonio, “El Derecho Administrativo y la protección del medio ambiente”, en VICENTE GIMÉNEZ, Teresa (Coord.), *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*, Trotta, Col. Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, 2002, p. 204.

²¹ Así lo reconoce la doctrina; por todos, ROSA MORENO, Juan, “Las evaluaciones de impacto ambiental y las evaluaciones estratégicas en la nueva normativa comunitaria”, en *NUE*, núm. 190 (noviembre, 2000), p. 133; o LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Problemas viejos y actuales tras el nuevo régimen de la evaluación de impacto ambiental”, en *RAAP*, núm. 43 (julio-septiembre, 2001), p. 11.

²² Nos hacemos eco de la precisión formulada por ALLENDE DE LANDA, que rechaza la denominación de “técnica” por equívoca, dado que, en puridad, nos encontramos ante un proceso de toma de decisión política; ALLENDE DE LANDA, José, “La Evaluación de Impacto Ambiental. Marco de referencia y aspectos relevantes a debatir”, en *CyT*, núm. 83-1 (Invierno, 1990), pp. 54 y 61. O, propiamente, como señala ALONSO GARCÍA, estamos ante una norma adjetiva o procedimental que impone las correcciones en el juicio de oportunidad que conlleva toda decisión administrativa de carácter discrecional; ALONSO GARCÍA, Enrique, *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea. Vol. I*, Fundación Universidad-Empresa, Col. Cuadernos de Estudios Europeos, Madrid, 1993, pp. 118-119.

²³ Vid. ALLENDE DE LANDA, José, “La Evaluación de Impacto Ambiental...”, *op. cit.*, pp. 46-51.

1982-1986²⁴. Si bien tales Programas no son de naturaleza normativa, por lo que carecen de carácter obligatorio, siendo así caracterizados como “Derecho Comunitario complementario”²⁵, su virtualidad no sólo reside en suministrar a la Comunidad, y a los Estados miembros, un marco para la definición y la puesta en práctica de su política ambiental²⁶, sino que también sirven de soporte para la interpretación de la normativa ambiental europea²⁷.

El III PACMA se caracterizó por hacer énfasis en la necesidad de adoptar un enfoque eminentemente preventivo, que ya apareciera establecido desde el I (1973-1977)²⁸ y el II PACMA (1977-1981)²⁹, integrándose la política ambiental en el contexto del resto de actividades y políticas de la Comunidad. Esta idea se materializaría con la aprobación de la Directiva 85/337³⁰, que ve la luz tras un largo proceso de formación: supuso cerca de cinco años de discusión desde que se formulara, en 1980, el texto de la Propuesta por parte de la Comisión. La Directiva resultaba ineludible para homogeneizar las diversas legislaciones internas nacionales sobre la EIA y armonizar el control del desarrollo y estándares ambientales, a fin de que la diversidad en el tratamiento de dichas iniciativas no significase una distorsión en el funcionamiento del mercado común³¹.

Así pues, el principio director que subyace a la técnica de la EIA es el de acción preventiva. Según se dijo, ya los primeros PACMAS habían venido destacando el carácter preferente que es preciso otorgar a las políticas dirigidas a evitar, desde el origen, la creación de contaminaciones o daños, sobre aquéllas cuyo objeto es combatir, posteriormente, sus efectos negativos. Sin embargo, fue a través de la aprobación del Acta Única Europea (1986)³² como se introduce en

²⁴ Aprobado como Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros el 7 de febrero de 1983 (DOCE C 46/1, de 17 de febrero de 1983).

²⁵ ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, “La Evaluación de Impacto Ambiental en el Derecho Comunitario”, en *RDUMA*, núm. 190 (diciembre, 2001), p. 144.

²⁶ RUBIO FERNÁNDEZ, Eva María, “Expansión de la legislación ambiental: su dimensión internacional”, en VICENTE GIMÉNEZ, Teresa (Coord.), *Justicia ecológica...*, *op. cit.*, p. 123.

²⁷ TRUJILLO SEGURA, Julio, “El Derecho Europeo y el medio ambiente”, en CARMONA LARA, M^a del Carmen y HERNÁNDEZ MEZA, Lourdes (Coords.), *Temas selectos de Derecho Ambiental*, UNAM-Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, 360, México D.F., 2006, pp. 368-369.

²⁸ Aprobado como Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros el 22 de noviembre de 1973 (DOCE C 112, de 20 de diciembre de 1973).

²⁹ Aprobado como Resolución del Consejo y de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros el 17 de mayo de 1977 (DOCE C 139, de 13 de junio de 1977).

³⁰ GARCÍA URETA, Agustín, *Marco jurídico del procedimiento de evaluación de impacto ambiental: El contexto comunitario y estatal*, IVAP, Col. Tesis Doctorales, Bilbao, 1994, p. 50.

³¹ ALLENDE DE LANDA, José, “La Evaluación de Impacto Ambiental...”, *op. cit.*, p. 53.

³² Pese a que los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas (EURATOM, CEEA y CEE) incluían algunas referencias a aspectos sectoriales ambientales, fue el Acta Única Europea la que, una vez adquirida la conciencia acerca del calado que entrañaba la problemática ambiental para los intereses comunitarios, expresamente declaró la competencia comunitaria en estos temas, permitiendo así la intervención directa de la Comunidad en la realización de una política común del ambiente. Ahora bien, su consideración expresa, y con mayor grado de concreción como política comunitaria tuvo que esperar al Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht, 1992): fue de esta forma, y dada su naturaleza intrínseca, como el ambiente se diseñó como una política que habría de estar presente en la configuración y desarrollo de las restantes

el Tratado de Roma, en el Título VII de la Tercera Parte (art. 130 R.2) el principio de acción preventiva como una de las exigencias básicas del comportamiento de la Comunidad en materia ambiental. Desde entonces, este principio se erige en el principio jurídico sustantivo que disciplina la acción tanto de la Comunidad como de los Estados miembros para la protección ambiental³³.

En el orden jurídico comunitario, el principio de acción preventiva poseerá, desde entonces, un carácter prioritario (frente a los otros principios recogidos en el art. 130 R.2 del Tratado: los de corrección de ataques al ambiente, preferentemente en la fuente misma, y el principio de “quien contamina, paga”) y sustantivo (pues significa una clara opción en la ordenación jurídica ambiental) para la protección del ambiente, funcionalizando al mismo tiempo las políticas sectoriales de la Comunidad que puedan afectar a los objetivos de la calidad del ambiente, la salud de las personas y los recursos naturales³⁴.

Este principio, decíamos, resulta de aplicación en el Derecho interno de los Estados miembros, incluyéndolo la doctrina iusadministrativista dentro del catálogo de “principios funcionales” del Derecho Ambiental, que son aquellos principios jurídicos que orientan la regulación jurídica del ambiente. En este marco, constituye un axioma que la evitación de riesgos es preferible al remedio del mal causado; lo cual, en el ámbito de la salvaguardia ambiental es, si cabe, aún más cierto, ya que los daños ambientales en ocasiones son irreversibles y, cuando menos, dejan importantes secuelas. No es de extrañar, por tanto, que el principio de prevención se considere la regla de oro del Derecho ambiental³⁵. Las dos ideas-fuerza en que se basa son: podemos conocer el riesgo³⁶ de daño ambiental³⁷ y podemos adoptar medidas para neutralizarlo³⁸.

políticas comunitarias, al tiempo que venía a innovar notablemente en el ámbito ambiental, como corrobora la inclusión entre los principios comunitarios, junto al desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas, el de un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el ambiente. PÉREZ SOLA, Nicolás, “Instrumentos Jurídicos y Programas de la Política Comunitaria de Medio Ambiente”, en *RAAP*, núm. 20 (octubre-diciembre, 1994), pp. 76-81; y RUBIO FERNÁNDEZ, Eva María, “Expansión de la legislación ambiental...”, *op. cit.*, pp. 123-124.

³³ LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, “El Régimen Jurídico de la evaluación de impacto ambiental”, en *RAAP*, núm. 4 (octubre-diciembre, 1990), p. 62.

³⁴ Cfr. LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, “El Régimen Jurídico de la evaluación...”, *op. cit.*, pp. 62-63.

³⁵ ALENZA GARCÍA, José Francisco, *Manual de Derecho ambiental*, UPN, Col. Aspectos Jurídicos, 4, Pamplona, 2001, p. 44; MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho Ambiental...*, *op. cit.*, p. 48.

³⁶ Estimamos más apropiado aquí el uso del término “riesgo” que el de “peligro”, pues mientras que este último tiene un origen natural (peligro natural), aquél tiene un origen tecnológico, y, por consiguiente, no hay intervención humana en el origen del peligro, pero sí en el del riesgo, por lo que somos responsables de éste. ESTEVE PARDO, José, “El Derecho del medio ambiente como Derecho de decisión y gestión de riesgos”, en *REDUR*, núm. 4 (2006), p. 8.

³⁷ Aquí radica la diferencia del principio de prevención con otro principio funcional de Derecho Ambiental: el de precaución o cautela -principio que aconseja no tomar decisiones arriesgadas cuando no se conozcan científicamente con certeza las posibles consecuencias; ALENZA GARCÍA, José Francisco, *Manual de Derecho ambiental...*, *op. cit.*, p. 45-, con el que se encuentra estrechamente vinculado, pues este último, en su formulación más radical se basa en las siguientes ideas: el riesgo de daño ambiental no puede ser conocido anticipadamente porque no podemos conocer materialmente los efectos a medio y largo plazo de una acción. JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia, “Análisis del principio de precaución en Derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea”, en *PS*, vol. 40, núm. 3 (2003), p. 16.

³⁸ «La acción preventiva anticipa 'a priori' los posibles daños que puedan resultar y las medidas que 'a posteriori' se

Pues bien, como señalábamos, el principio de prevención inspira el procedimiento de EIA³⁹, cuyo objetivo fundamental es, precisamente, predecir con antelación suficiente, dentro del enfoque preventivo al que nos venimos refiriendo, las implicaciones e impactos sobre el ambiente humano y físico natural de obras, proyectos y actuaciones susceptibles de generar *a priori* efectos considerables sobre el entorno; del resultado de dicha evaluación, reflejada en la Declaración de Impacto Ambiental, podrán derivarse exigencias u obligaciones para el proyecto que, hipotéticamente, pueden llegar hasta su no realización⁴⁰.

De lo anterior podemos deducir la siguiente definición del procedimiento de EIA que nos propone MARTÍN MATEO: «un procedimiento participativo para la ponderación anticipada de las consecuencias ambientales de una prevista decisión de Derecho público». Partiendo de esta definición, repasemos los caracteres que, teóricamente, debería tener este procedimiento⁴¹:

- a) En primer lugar, y como ya sabemos, el énfasis preventivo: en línea con la estrategia más fiable para la protección ambiental, se trata de identificar los elementos de riesgo para eliminarlos, paliar su incidencia o, en su caso, aconsejar el desistimiento de la acción.
- b) Ponderación⁴²: la EIA constituye un procedimiento de análisis de los resultados, ambientalmente anticipables, de una decisión contemplada; en este sentido, las técnicas aplicables están íntimamente relacionadas con las que sopesan los factores de riesgo-beneficio.
- c) Integración: en la realización de este tipo de valoraciones deberán concurrir expertos de todas las disciplinas implicadas (interdisciplinariedad), ponderándose los distintos efectos que las acciones previstas habrán de tener en los respectivos ámbitos y sus interacciones (sistemático).
- d) Participación: se pone especial acento en la garantía de que, a lo largo de todo este procedimiento, serán oídos los afectados por la decisión final, tanto particulares (sujetos interesados⁴³, grupos y comunidades) como

deban tomar para reparar el perjuicio»; TRUJILLO SEGURA, Julio, "El Derecho Europeo...", op. cit., p. 379.

³⁹ El Preámbulo de la Directiva 85/337 enfatiza el papel capital reservado al principio de prevención en la regulación de este procedimiento, cuando afirma: «la mejor política de medio ambiente consiste en evitar, desde el principio, la creación de contaminaciones o daños, más que combatir posteriormente sus efectos y afirmar la necesidad de tener en cuenta, lo antes posible, las repercusiones sobre el medio ambiente de todos los procesos técnicos de planificación y decisión».

⁴⁰ ALLENDE DE LANDA, José, "La Evaluación de Impacto Ambiental...", op. cit., p. 46.

⁴¹ MARTÍN MATEO, Ramón, *Tratado...*, vol. I..., op. cit., pp. 303-304.

⁴² «L'impostazione si ispira alla filosofia comunitaria della prevenzione, e comporta l'integrazione dell'interesse ambientale con gli altri interessi oggetto di ponderazione nell'ambito delle procedure autorizzatorie di determinati impianti ed opere». PAULI, Luca De, "L'interesse ambientale...", op. cit., p. 353.

⁴³ Hay que tener presente aquí la precisión formulada por la Directiva 2003/35 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de mayo de 2003 (DOCE L 156/17, de 25 de junio de 2003), por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación

organismos con competencias concurrentes.

- e) El contexto de Derecho Público: el procedimiento de EIA tiene como rasgo definitorio básico la imperatividad de su adopción en cuanto que su seguimiento se impone con carácter previo a la adopción de determinadas resoluciones contempladas en la ley.

En todo caso, al tratarse de una institución jurídica, una EIA tendrá el alcance y el contenido que establezca el legislador⁴⁴. Lo cual nos lleva a examinar el texto de la mencionada Directiva 85/337, modificada en este punto por la Directiva 97/11, cuando señala (art. 3): «*La evaluación del impacto ambiental identificará, describirá y evaluará de forma apropiada, en función de cada caso particular y de conformidad con los artículos 4 a 11, los efectos directos e indirectos de un proyecto sobre los factores siguientes:*

- *el ser humano, la fauna y la flora,*
- *el suelo, el agua, el aire, el clima y el paisaje,*
- *los bienes materiales y el patrimonio cultural,*
- *la interacción entre los factores mencionados en los guiones primero, segundo y tercero».*

La Directiva obligaba a los Estados a adoptar las medidas necesarias para cumplir lo estipulado por la misma en un plazo de tres años a partir de su notificación (art. 12.1); habiendo sido notificados el 3 de julio de 1985. Exceptuando ciertas formas embrionarias de EIA presentes de forma dispersa en su legislación sectorial⁴⁵, fue la Ley 349/1986, de 8 de julio (G.U. núm. 162, de 15 de julio de 1986), la encargada de diseñar las grandes líneas del procedimiento de EIA, de forma transitoria⁴⁶, en el ordenamiento italiano, dando cumplimiento así, aunque con notables imperfecciones⁴⁷, a la Directiva sobre EIA. Así mismo, esta Ley creaba el

del público y al acceso a la justicia, las Directivas 85/337 y 96/61 del Consejo (de la Directiva 96/61 destacamos que establece un sistema *integrado* de control y prevención de la contaminación industrial; vid. CHINCHILLA MARÍN, Carmen, "La autorización ambiental integrada: la Ley 16/2002, de 1 de Julio, de prevención y control integrados de la contaminación", en RAAP, 47 (julio-septiembre, 2002), pp. 45-46), al ofrecer estas definiciones: «*el público*: una o varias personas físicas o jurídicas y, de conformidad con el derecho o la práctica nacional, sus asociaciones, organizaciones o grupos; *el público interesado*: el público afectado, o que pueda verse afectado, por procedimientos de toma de decisiones medioambientales (...), o que tenga un interés en el mismo; a efectos de la presente definición, se considerará que tienen un interés las organizaciones no gubernamentales que trabajen en favor de la protección del medio ambiente y que cumplan los requisitos pertinentes previstos por la legislación nacional» (art. 3.1).

⁴⁴ MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho Ambiental...*, op. cit., pp. 91-92.

⁴⁵ MANTINI, Pierluigi, *Lezioni di Diritto Pubblico...*, op. cit., p. 177.

⁴⁶ La propia Ley estipulaba que en el plazo de seis meses desde su entrada en vigor, el Gobierno presentaría al Parlamento un proyecto de ley relativo a la ejecución de la Directiva comunitaria en materia de impacto ambiental (art. 6.1), pues esta Ley se limitaba a diseñar las grandes líneas de este procedimiento. Es lo que la doctrina califica de técnica de '*promesa de ley*'; CARAVITA, Beniamino, *Diritto pubblico...*, op. cit., p. 331.

⁴⁷ «Un esempio di riduzionismo (...) è quello costituito dalla ricezione, nel nostro ordinamento, dell'istituto della valutazione di impatto ambientale adottato dalla direttiva n. 337/1985, ma completamente stravolto

Ministerio del Ambiente, y dictaba normas en materia de daño ambiental.

El artículo 6 de dicha Ley, precepto que regulaba esta materia, ha sido derogado por el Decreto Legislativo 152/2006 (art. 48.1.a), que se ocupa de esta cuestión en su Segunda Parte. Extraemos de aquí la siguiente definición legal del Procedimiento de EIA: «*la elaboración de un estudio relativo al impacto sobre el ambiente*⁴⁸ *que puede derivar de la realización y del ejercicio de una obra, cuyo proyecto se somete a aprobación o autorización, el desarrollo de consultas, la evaluación del estudio ambiental y de los resultados de las consultas en el iter decisorio de las aprobaciones o autorizaciones del proyecto de la obra y la puesta a disposición de las informaciones sobre la decisión*» (art. 5.1.b).

Respecto al ámbito material de la Directiva, se distinguen dos grupos de proyectos: aquellos, listados en el Anexo I, cuyas repercusiones deben ser sometidas obligatoriamente a EIA, y los que sólo serán sometidos a EIA si un Estado signatario considera que las características del proyecto así lo exigen, y que se enumeran en el Anexo II de la Directiva (art. 4). Entre los primeros, el Decreto núm. 377/1988, de 10 de agosto, de desarrollo de la Ley 349/1986 (G.U. núm. 204, de 31 de agosto de 1986), al desplegar el listado contenido en el Anexo II de la Directiva, comprendía las instalaciones para el tratamiento de residuos tóxicos y peligros mediante tratamiento químico (art. 1), tales como *Ecoservizi*⁴⁹.

De forma esquemática, las fases en que se divide el procedimiento de EIA (*procedura di valutazione di impatto ambientale*), según la normativa italiana aplicable al presente caso, serían las siguientes:

1. La fase de iniciativa, articulada en torno al proyecto de obra sujeto a evaluación, el cual debe ser presentado al Ministerio del Ambiente, al Ministerio para los Bienes Culturales y Ambientales y a las Regiones

dal legislatore italiano»; BENVENUTI, Luigi, "Il diritto dell'ambiente nella prospettiva dell'etica applicata", en *Jus. RSG*, 3 (settembre-dicembre 2000), p. 473. En 1992 la Comisión Europea inició un procedimiento de infracción contra el Estado italiano y en 1993 le solicitó la adopción de los trámites necesarios para someter a procedimiento de EIA los proyectos de obra enumerados en el Anexo II de la Directiva; incluso la Comisión planteó un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea por este motivo. PAULI, Luca De, "L'interesse ambientale...", *op. cit.*, p. 354. Con todo, hay que recordar que en el Informe presentado en 1991 por la Comisión al Parlamento Europeo acerca de la aplicación del Derecho Comunitario en 1990, se indicaba que diez Estados miembros no habían implementado la Directiva correctamente; vid. GARCÍA URETA, Agustín, *Marco jurídico del procedimiento...*, *op. cit.*, pp. 150-151. No en vano la Directiva 85/337 ha sido calificada como la Directiva cuya puesta en práctica ha causado mayores problemas; ROSA MORENO, Juan, "Las evaluaciones...", *op. cit.*, p. 133.

⁴⁸ Entendiendo por "impacto ambiental" la alteración cualitativa y/o cuantitativa del ambiente, concebido como sistema de relaciones entre factores antropológicos, físicos, químicos, naturales, climáticos, paisajísticos, arquitectónicos, culturales y económicos, como consecuencia de la actuación sobre el territorio de planes o programas o de la realización de proyectos relativos a determinadas instalaciones, obras o intervenciones públicas o privadas, así como de la puesta en ejercicio de las actividades correspondientes (art. 5.1.c).

⁴⁹ El actual elenco de proyectos sometidos al procedimiento de EIA se encuentra recogido en el Anexo III a la Parte Segunda del Decreto Legislativo 152/2006, en relación con su art. 23.1.

territorialmente interesadas. La comunicación contendrá, además de la solicitud de compatibilidad ambiental y del proyecto de obra, un estudio de impacto ambiental referente a las cuestiones que, resumidamente exponemos: a) la indicación de la localización, con referencia a la incidencia espacial y territorial de la intervención; b) la especificación de los sumideros hídricos; c) residuos sólidos; d) emisiones en la atmósfera de sustancias contaminantes; e) emisiones sonoras y técnicas reductivas de los ruidos previstos; f) la descripción de los dispositivos de eliminación y resarcimiento de los daños al ambiente con referencia a la selección de proyectos, a las mejoras técnicas disponibles y a los aspectos técnico-económicos; g) los planes de prevención de daños al ambiente; h) los planes de control ambiental; i) un resumen no técnico de todo lo previsto en los apartados anteriores. Y ello, especificando, además, tales cuestiones con referencia a las exigencias de la normativa vigente⁵⁰ (art. 2.3 Decreto 377/1988, en desarrollo del art. 6.3 Ley 349/1986)⁵¹.

2. El anuncio conteniendo la indicación de la obra, de su localización y una sumaria descripción del proyecto, debe ser publicado en el diario de mayor difusión en la región territorialmente interesada, así como en un diario de difusión nacional; al mismo tiempo, ha de depositarse copia del proyecto y de los escritos de la comunicación en las Oficinas del órgano competente de la región o provincia interesada, para facilitar su consulta por el público⁵² (art. 5 Decreto 377/1988 en relación al art. 14.3 Ley 349/1986)⁵³.
3. El ejercicio del derecho de acceso a la información que se posibilita con lo expuesto en el párrafo anterior, resulta esencial, a su vez, para garantizar la participación ciudadana en las cuestiones ambientales. En este sentido, se prevé que cualquier ciudadano puede presentar, en forma escrita, al Ministerio del Ambiente, al Ministerio para los bienes culturales y ambientales y a la región interesada solicitudes, observaciones o pareceres sobre la obra sujeta a EIA, en el plazo de treinta días desde el anuncio

⁵⁰ Vid. art. 5.5 y Anexo IV Directiva 85/337, modificados por Directiva 97/11; y art. 5.1 y Anexo I Directiva 2001/42.

⁵¹ Esta fase inicial del procedimiento, de presentación de la solicitud a la autoridad competente, acompañada del proyecto, del estudio de impacto ambiental y de un resumen no técnico, está actualmente regulada en el art. 26 del Decreto Legislativo 152/2006, viniendo regulado el contenido del estudio de impacto ambiental en el art. 27.

⁵² Partiendo de que los datos que afectan a la biosfera son de interés común, resulta una consecuencia evidente contar con la publicidad de los datos de actividades, públicas o privadas, con posibles repercusiones ambientales. «*Sin ese conocimiento no se puede ejercer derecho alguno, ni como ciudadano tener una opinión fundada que oriente sus decisiones en las vías de participación democrática*». LOPERENA ROTA, Demetrio, *Los principios del Derecho Ambiental*, Civitas-IVAP, Madrid, 1998, p. 69.

⁵³ Las actuales medidas de publicidad que han de seguirse en Italia, en art. 28 Decreto Legislativo 152/2006.

de la comunicación del proyecto⁵⁴ (art. 6.9 Ley 349/1986)⁵⁵. En este punto, toca destacar el énfasis que pone la Comunidad en la participación ciudadana, como uno de los objetivos básicos de su política ambiental⁵⁶. Concretamente, en este procedimiento, como reconoce la doctrina de forma unánime⁵⁷, la información y participación públicas constituyen uno de sus elementos esenciales y, por tanto, uno de sus trámites más significativos, que deben propiciarse y facilitarse al máximo con el fin de democratizar y agilizar el mismo⁵⁸.

4. La fase de instrucción prevé la acción de una Comisión técnico-consultiva, especial para la EIA (art. 6 Decreto 377/1988). Dicha Comisión revisará el proyecto y está facultada para solicitar la opinión de los entes y administraciones públicas y de los órganos de consulta técnico-científica del Estado. Al término del examen, esta Comisión científica emite su parecer de forma motivada, evaluando las consecuencias, directas e indirectas, de la obra sobre el ambiente. Puede, así mismo, identificar eventuales prescripciones dirigidas a la compatibilidad ambiental del proyecto⁵⁹.
5. El Ministro del Ambiente⁶⁰, oída la región interesada, de acuerdo con el Ministro para los bienes culturales y ambientales, se pronuncia sobre la compatibilidad ambiental en los siguientes noventa días desde la publicación del anuncio de la obra (art. 6.4 Ley 349/1986)⁶¹.
6. Para concluir el procedimiento, los resultados del estudio y de los pareceres obtenidos, son transmitidos a la autoridad llamada, por tener competencia sustantiva para ello, a autorizar el proyecto, pues, como toda claridad señala la Directiva 97/11: «*la evaluación [de los proyectos] debería llevarse a cabo antes de que se haya otorgado dicha autorización*» (5^o Considerando)⁶². La

⁵⁴ En el caso que nos ocupa, el Consejo del Distrito de Brescia y la demandante tomaron parte en el procedimiento, junto con las autoridades locales de Borgosatollo y Castenedolo, dos pueblos situados a varios cientos metros de la planta.

⁵⁵ La vigente regulación de la participación en el procedimiento de las personas interesadas, en art. 29 Decreto Legislativo 152/2006.

⁵⁶ Vid. art. 3.4 Directiva 2003/35, de reforma al art. 6 Directiva 85/337.

⁵⁷ Por todos, ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, "La Evaluación de Impacto Ambiental...", *op. cit.*, p. 180

⁵⁸ ALLENDE DE LANDA, José, "La Evaluación de Impacto Ambiental...", *op. cit.*, p. 62.

⁵⁹ Vid. arts. 30, 37 y 38 Decreto Legislativo 152/2006.

⁶⁰ Se criticó a esa normativa su sentido 'centralístico'; MANTINI, Pierluigi, *Lezioni di Diritto Pubblico...*, *op. cit.*, pp. 182-183. El vigente Decreto Legislativo 152/2006, en cambio, al regular la materia de EIA en el Tit. III de su Segunda Parte, distingue, junto a una serie de disposiciones comunes (Cap. I), las disposiciones específicas en sede estatal (Cap. II) y en sede regional o provincial (Cap. III).

⁶¹ Vid. art. 31 Decreto Legislativo 152/2006.

⁶² Y en su articulado ordena: «*Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que, antes de concederse la autorización, los proyectos que puedan tener efectos significativos en el medio ambiente (...), se sometan al requisito de autorización de su desarrollo y a una evaluación con respecto a sus efectos*» (art. 1.1 Directiva 97/11, por el que se modifica art. 1.2 Directiva 85/337). De ahí que se haya dicho que el procedimiento de EIA «*pese a su gran importancia, está configurado como un procedimiento subordinado o accesorio del procedimiento principal, que es el correspondiente a la toma de decisión administrativa sobre el proyecto sujeto a evaluación*»; LOPEZ RAMÓN, Fernando, "Problemas viejos y actuales...", *op. cit.*, p. 35. Desde esta perspectiva, este mismo autor recuerda que la técnica

Ley de 1986 preveía que si el Ministro competente para realizar la obra no estuviera conforme con la evaluación de Ministro del Ambiente, la cuestión sería remitida al Consejo de Ministros (art. 6.5)⁶³.

7. La disposición final concerniente a las obras sometidas a EIA será publicada, juntamente con el resumen de la EIA, en la Gaceta Oficial y en un diario de difusión nacional.
8. Finalmente, se prevé desde la fecha de la publicación en la Gaceta Oficial un término para eventuales impugnaciones en sede judicial por parte de los sujetos interesados⁶⁴.

En todo caso, está prevista igualmente la posibilidad de suspensión de las actividades, remitiéndose la cuestión al Consejo de Ministros, cuando, a resultas de los controles administrativos oportunos, se apreciaran comportamientos contrarios a la declaración sobre compatibilidad ambiental efectuada por el Ministro de Ambiente, o cuando, de cualquier forma, se comprometieran las exigencias fundamentales de equilibrio ecológico y ambiental (arts. 6.6 Ley 349/1986 y 41 Decreto Legislativo 152/2006).

C) EL TRATAMIENTO DE RESIDUOS

La intensificación y diversificación de la actividad industrial que ha tenido lugar en las últimas décadas ha traído consigo un peligroso cambio cualitativo y cuantitativo en la composición y características de los residuos que se generan⁶⁵.

evaluatoria conecta con el carácter bifronte de la protección del ambiente, pues, por una parte, la tutela ambiental constituye el objeto de una específica política pública: la política ambiental, y, por otra, la protección del ambiente es un objetivo general para todas las políticas públicas; este segundo sentido de la protección ambiental es asegurado mediante las denominadas "técnicas horizontales", como la EIA, que se configura, por tanto, como una importante vía de transformación de los sectores; LÓPEZ RAMÓN, Fernando, "Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos del Estado", en *RAP*, núm. 160 (enero-abril, 2003), pp. 12-13. Carácter bifronte que se manifiesta, lógicamente, en la necesaria intervención de dos tipos de órganos: por un lado, el órgano sustantivo material, que es aquél que tiene finalmente que autorizar la realización de la actividad pretendida; y, por otro, el órgano ambiental, que es aquél que tiene encomendada la competencia para evaluar ambientalmente la pretendida actuación; ARANA GARCÍA, Estanislao, "Aspectos competenciales de la Evaluación de Impacto Ambiental. Comentario a la STC 13/1998, de 22 de enero de 1998", en *RDUMA*, núm. 162 (junio, 1998), p. 154.

⁶³ Vid. arts. 31.3 y 36.9 Decreto Legislativo 152/2006.

⁶⁴ «Los Estados miembros garantizarán que, de conformidad con su Derecho interno, los miembros del público interesado: a) que tengan un interés suficiente, o subsidiariamente; b) que sostengan el menoscabo de un derecho, cuando la legislación en materia de procedimiento administrativo de un Estado miembro lo imponga como requisito previo, tengan la posibilidad de presentar un recurso ante un tribunal de justicia o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo o en cuanto al procedimiento, de decisiones, acciones u omisiones que caigan dentro del ámbito de las disposiciones relativas a la participación del público de la presente Directiva» (art. 3.7 Directiva 2003/35).

⁶⁵ CUBEL SÁNCHEZ, Pablo, "La caracterización de los residuos peligrosos en el ordenamiento jurídico español tras la Ley 10/1988, de 21 de abril, de Residuos", en *RDUMA*, núm. 166 (diciembre, 1998), pp. 163-164; y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Juan J., "Los residuos peligrosos", en RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Juan J. e IRABIEN GULÍAS, Ángel (Eds.), *Los residuos peligrosos. Caracterización*,

La temática de los residuos constituye el factor limitante más serio de nuestro modelo de crecimiento. Los límites del hipotético crecimiento indefinido no son sólo el agotamiento progresivo o disminución de la disponibilidad de los recursos, sino la capacidad de la biosfera para aceptar los residuos⁶⁶. Pero junto a la preocupación por una gestión idónea de los recursos naturales y la energía, y por el valor ambiental, que considera el impacto que los residuos pueden tener sobre el paisaje, la fauna y flora, la atmósfera, suelo y agua, se suma también el problema sanitario que conlleva la inadecuada gestión de los residuos⁶⁷.

Dada la enorme trascendencia de esta cuestión, se entiende que los legisladores supranacionales y nacionales le hayan prestado una especial atención. Y así, desde comienzos de los años setenta, la mayoría de los Estados miembros de la Comunidad Europea, comenzaron a dotarse de una legislación enfocada a garantizar una organización y un control de la gestión de los residuos. Aparece así un mosaico de reglamentaciones, que presentaba numerosos inconvenientes tanto para el mercado único, en la medida en que su disparidad amenazaba con crear unas condiciones de competencia desleal⁶⁸, como por obstaculizar una adecuada tutela ambiental⁶⁹.

Para prevenir esta doble eventualidad, las autoridades comunitarias adoptaron, el 15 de julio de 1975, una Directiva marco relativa a los residuos: la Directiva del Consejo 75/442 (DOCE L 194, de 25 de julio de 1975), que, siguiendo las líneas maestras de la nueva política comunitaria sobre residuos plasmada en la Estrategia Comunitaria sobre residuos⁷⁰, sería modificada por la Directiva del Consejo de 18 de marzo de 1991 (Directiva 91/156; DOCE L 78, de 26 de marzo de 1991), también denominada "Directiva marco" sobre residuos por ser aplicable en defecto de normativa especial y por contener las reglas generales que serían de aplicación a todo tipo de residuos, reglas generales que fueron posteriormente completadas por Directivas específicas que regulan aspectos concretos aplicables a determinados recursos.

De acuerdo con la Directiva 91/156 se entiende por "residuo" «*cualquier sustancia u objeto perteneciente a una de las categorías que se recogen en el Anexo I y del cual su poseedor se desprenda o del que tenga la intención o la obligación de desprenderse*»; estipulándose, así mismo, que la Comisión elaboraría una lista, abierta, que sería

tratamiento y gestión, Síntesis, Madrid, 1999, p. 13.

⁶⁶ DEL VAL, Alfonso, "La prevención, objeto final de toda gestión ecológicamente avanzada de los residuos", en ROMANO, Dolores y BARRENECHEA, Pablo (Coords.), *Instrumentos económicos para la prevención y el reciclaje de los residuos urbanos*, Bakeaz-Fundación Ecología y Desarrollo, Zaragoza, 2001, p. 12.

⁶⁷ SERRANO LOZANO, Rubén, "Régimen jurídico español de los residuos", en ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Lecciones de Derecho de Medio Ambiente*, Lex Nova, Valladolid, 2ª edic., 2000, p. 340.

⁶⁸ IBÁÑEZ MENDIZÁBAL, Raquel e IRABIEN GULÍAS, Ángel, "Identificación y caracterización de residuos peligrosos", en RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Juan J. e IRABIEN GULÍAS, Ángel (Eds.), *Los residuos peligrosos...*, op. cit., p. 37.

⁶⁹ Vid. *infra*, nota a pie de pág. núm. 72.

⁷⁰ Aprobada mediante Resolución del Consejo de 7 de mayo de 1990 (DOCE C 122, de 18 de mayo de 1990).

revisada periódicamente, de residuos pertenecientes a las categorías enumeradas en el Anexo I⁷¹. Con esta definición se trataban de superar tanto la vaguedad y ambigüedad (denunciada en varias sentencias del TJCE) como la enorme disparidad de criterios, y los problemas que ello podía suscitar⁷², a que daba lugar la anterior concepción de “residuo” existente en la Directiva 75/442: «*cualquier sustancia u objeto del cual se desprenda su poseedor o tenga la obligación de desprenderse en virtud de las disposiciones nacionales en vigor*»⁷³ (art. 1).

Ciñéndonos a la normativa italiana aplicada en el supuesto en examen, el Decreto Legislativo de 5 de febrero de 1997, núm. 22⁷⁴, por el que se traspone, tardíamente⁷⁵, las Directivas 91/156, 91/689⁷⁶ y 94/62⁷⁷, en clara consonancia con lo previsto en la Directiva 91/156, definía el residuo como cualquier sustancia u objeto que se encuentre mencionado dentro de las categorías referidas en el Anexo A y de las cuales su poseedor se desprenda o haya decidido o tenga la obligación de desprenderse (art. 6.1)⁷⁸. El actual Decreto Legislativo 152/2006, que deroga al de 1997 (art. 264.1), mantiene la misma definición, remitiéndose al Anexo A de la Cuarta Parte del Decreto para determinar tales sustancias (art. 183.1.a).

Las Directivas mencionadas reflejan las estrategias que la Comunidad Europea marca en lo referente a la gestión de residuos⁷⁹, estrategias que han sido recogidas en el vigente Decreto Legislativo 152/2006. Las principales directrices son⁸⁰:

⁷¹ Lista que sería aprobada por Decisión de la Comisión 94/3/CEE, de 20 de diciembre (DOCE L 5, de 7 de enero de 1994), bajo la denominación de “Catálogo Europeo de Residuos”, sustituida por Decisión 2000/532/CE de la Comisión, de 3 de mayo de 2000 (DOCE L 226, de 6 de septiembre de 2000), que a su vez ha sido modificada por Decisiones de la Comisión 2001/118/CE, de 16 de enero y 2001/119/CE, de 22 de enero (ambas, en DOCE L 47, de 16 de febrero de 2001).

⁷² Problemas reflejados en la Exposición de Motivos de la Directiva 91/156, donde leemos: «*Considerando (...) que una disparidad entre las legislaciones de los Estados miembros en lo relativo a la eliminación y la valorización de los residuos puede afectar a la calidad del medio ambiente y al buen funcionamiento del mercado interior*».

⁷³ El subrayado es nuestro.

⁷⁴ G.U. núm. 38, de 15 de febrero de 1997; también denominado “Decreto Ronchi”, en honor a su artífice.

⁷⁵ La Directiva 91/156 imponía como fecha límite a los Estados miembros para adoptar las decisiones precisas para dar cumplimiento a lo establecido en su texto el 1 de abril de 1993 (art. 2); a los mismos efectos, el plazo máximo establecido por la Directiva 91/689 era el 12 de diciembre de 1993 (art. 10.1); y el 30 de junio de 1996 para transponer la Directiva 94/62.

⁷⁶ Directiva de 12 de diciembre de 1991, relativa a los residuos peligrosos (DOCE L 377, de 31 de diciembre de 1991).

⁷⁷ Directiva de 20 de diciembre de 1994, relativa a los envases y residuos de envases (DOCE L 365, de 31 de diciembre de 1994).

⁷⁸ Algunas consideraciones críticas acerca de las definiciones de “residuo” contempladas en la normativa comunitaria y en la italiana, en JIMÉNEZ PLAZA, Carmen, “Una nueva clave interpretativa del concepto residuo en el Derecho italiano: ¿Un paso más hacia la diversidad conceptual comunitaria?”, en RDUMA, núm. 207 (enero-febrero, 2004), pp. 151-192.

⁷⁹ Vid. Resoluciones del Consejo Europeo de 7 de mayo de 1990, sobre la política en materia de residuos (DOCE C 122, de 18 de mayo de 1990), y de 24 de febrero de 1997, sobre una estrategia comunitaria de gestión de residuos (DOCE C 76, de 11 de marzo de 1997).

⁸⁰ Al respecto nos remitimos a ALONSO GARCÍA, Enrique, *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea. Vol. II...*, op. cit., pp. 159-162; y a SERRANO LOZANO, Rubén, “Régimen jurídico español...”, op. cit., pp. 351-359.

1. Jerarquía de actuación⁸¹.- Una de las pautas claves en la política europea sobre residuos es el objetivo de reducir el número de residuos generados. Así pues, una regla clara de actuación consiste en que en los planes de gestión se confiera prioridad a la prevención de residuos: esto es, máxima reducción de residuos así como de sus propiedades peligrosas; prioridad que ha sido recogida en la normativa italiana, que obliga a las Administraciones Públicas a procurar iniciativas directas para favorecer, prioritariamente, la prevención y la reducción de la producción y de la nocividad de los residuos mediante la adopción de ciertas medidas⁸² (art. 179 Decreto Legislativo 22/1997, siguiendo lo preceptuado por art. 3.1 Directiva 75/442, modificado por Directiva 91/156). Al mismo tiempo, se insiste en la necesidad de fomentar la valorización de residuos a fin de reducir al mínimo posible la cantidad de los residuos destinada a la eliminación, economizando recursos naturales⁸³; criterio igualmente plasmado en los Decretos Legislativos 152/2006 (art. 181⁸⁴) y 22/1997 (art. 4).
2. Prácticas correctas en la gestión de los residuos.- Se establece que los residuos han de ser recuperados o eliminados sin peligro para la salud humana y sin usar procedimientos o métodos que puedan causar perjuicio al ambiente, y, en particular: a) sin ocasionar riesgos para el agua, el aire, el suelo, ni para la fauna y la flora; b) sin provocar incomodidades por el ruido o los olores; y c) sin atentar contra el paisaje y los lugares de particular interés (art. 178.2 Decreto Legislativo 152/2006, siguiendo lo preceptuado por art. 4 Directiva 75/442, según redacción dada por Directiva 91/156; y, en términos similares, art. 2.2 antiguo Decreto Legislativo 22/1997).
3. Principios de autosuficiencia comunitaria en la eliminación de residuos, de adecuación y de proximidad.- La normativa comunitaria obliga a los Estados miembros, de forma independiente o en cooperación con otros

⁸¹ «Considerando que para alcanzar un alto nivel de protección del medio ambiente, es necesario que los Estados miembros, además de garantizar la eliminación y la valorización responsables de los residuos, adopten medidas encaminadas a limitar la producción de residuos» (Exposición de Motivos de la Directiva 91/156).

⁸² El desarrollo de tecnologías puras, que permitan un uso más racional y un mayor ahorro de recursos naturales; la puesta a punto técnica y la introducción en el mercado de productos diseñados de tal modo que no contribuyan, o contribuyan lo menos posible, a incrementar la cantidad o la nocividad de residuos y de riesgos de contaminación; y el desarrollo de técnicas apropiadas para eliminar sustancias peligrosas contenida en los residuos. Vid. igualmente art. 180 Decreto Legislativo 152/2006 y lo que al respecto prevenía el art. 3 Decreto Legislativo 22/1997.

⁸³ La Directiva 91/156 (al modificar el art. 3.1 Directiva 75/442) obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas adecuadas para fomentar, en primer lugar, la prevención o la reducción de la producción de los residuos y de su nocividad; y en segundo lugar: la valorización de los residuos mediante reciclado, nuevo uso, recuperación o cualquier otra acción destinada a obtener materias primas secundarias, o bien, la utilización de los residuos como fuente de energía.

⁸⁴ Que previene que a los fines de una correcta gestión de residuos las Administraciones Públicas favorecerán la reducción de la eliminación final de residuos a través de: a) la reutilización, la recuperación y el reciclado; b) las otras formas de recuperación para obtener materia prima secundaria de los residuos; c) la adopción de medidas económicas y la previsión de condiciones de concesión que prescriban el uso de materiales recuperados de residuos; y d) la utilización de residuos como medio para producir energía.

Estados miembros, a establecer una red de instalaciones de eliminación que se ajusten a la mejor tecnología disponible sin que suponga excesivo coste económico y que permita la eliminación de los residuos en una de las instalaciones más adecuadas para garantizar un nivel elevado de protección del ambiente y de la salud pública, y más próximas; y ello con el propósito de que tanto la Comunidad en su conjunto como cada uno de los Estados miembros puedan ser autosuficientes en materia de eliminación de residuos (Resolución de 7 de mayo de 1990 y Directiva 91/156⁸⁵).

4. Planes de gestión de residuos.- Una planificación integral de los residuos exige que los Estados miembros elaboren uno o más planes de gestión en los que consten: los tipos, cantidades y origen de los residuos que han de valorizarse o eliminarse; las prescripciones técnicas generales; las disposiciones especiales relativas a residuos particulares; y los lugares o instalaciones apropiados para la eliminación; y, de forma facultativa, las personas físicas o jurídicas facultadas para gestionar los residuos; la estimación de los costes de las operaciones de valorización y eliminación; y las medidas apropiadas para fomentar la racionalización de la recogida, la clasificación y el tratamiento de los residuos (art. 7.1 Directiva 75/442, reformado por Directiva 91/156). Siguiendo estos lineamientos, en Italia se institucionalizó, en 1988, el *Catasto dei rifiuti*, que asegura un cuadro cognoscitivo completo y constantemente actualizado, a los fines de la planificación de la actividad de gestión de residuos, de los datos recogidos siguiendo las obligaciones marcadas por la Ley de 25 de enero de 1994, núm. 70⁸⁶ (G.U. núm. 24, de 31 de enero de 1994).
5. El control de los residuos.- Por último, la Directiva 91/156 fue más detallada que su predecesora (Directiva 75/42) en cuanto a los procedimientos administrativos de control de residuos, imponiendo distintas técnicas de control en función de la operación realizada. Partiendo de la prohibición de abandono, vertido y eliminación incontrolada de residuos⁸⁷ (art. 4 *in fine*), se impone a los Estados miembros la adopción de las medidas pertinentes para que todo poseedor de residuos los remita a un recolector privado o público o a una empresa que efectúe las operaciones de eliminación o de valorización, o bien que se ocupe él mismo de realizar tales operaciones (art. 8)⁸⁸. Además, se impone la necesidad de contar con la oportuna autorización administrativa a las empresas o establecimientos que realicen operaciones de eliminación (art. 9) y de valorización (art. 10).

La normativa interna aplicada al caso que nos ocupa exigía a los sujetos

⁸⁵ Vid. al respecto el tenor dado al art. 5 Directiva 75/442 por la Directiva 91/156.

⁸⁶ Vid. arts. 11 Decreto Legislativo 22/1997 (modificado por Decreto Legislativo 389/1997, de 8 de noviembre) y 189 actual Decreto Legislativo 152/2006.

⁸⁷ «1. *L'abbandono e il deposito incontrollati di rifiuti sul suolo e nel suolo sono vietati. 2. E' altresì vietata l'immissione di rifiuti di qualsiasi genere, allo stato solido o liquido, nelle acque superficiali e sotterranee*» (arts. 14 Decreto Legislativo 22/1997 y 192 vigente Decreto Legislativo 152/2006).

⁸⁸ Vid. arts. 10 Decreto Legislativo 22/1997 y 188 vigente Decreto Legislativo 152/2006.

interesados en realizar nuevas instalaciones de eliminación o de recuperación de residuos, incluidos los peligrosos⁸⁹, la obligación de presentar una solicitud al efecto a la región competente por el territorio. Si la instalación debía ser sometida al procedimiento estatal de EIA, junto con la solicitud se presentaría también la comunicación del proyecto a la autoridad competente, suspendiéndose el procedimiento hasta que se adquiriera el oportuno pronunciamiento, emitido por el Ministro del Ambiente, sobre la compatibilidad ambiental, siguiendo el procedimiento previsto por el artículo 6.4 de la Ley 349/1986. Recibida la solicitud la región nombra un responsable del procedimiento y convoca una Conferencia en la que participan los responsables de las Oficinas regionales competentes y los representantes de los entes locales interesados; en el plazo de treinta días desde el recibimiento de las conclusiones de la Conferencia, y sobre la base de los resultados emitidos por la misma, la Junta regional, en caso de evaluación positiva, aprueba el proyecto y autoriza la realización de la instalación. En caso de concederse dicha autorización, por un periodo de cinco años y renovable, en la misma la Junta Regional especifica las condiciones y prescripciones que la empresa habrá de respetar a fin de salvaguardar los fines de salvaguarda del ambiente, y en especial los relativos al tratamiento de residuos, que se explicitan en el Decreto Legislativo (arts. 27 y 28 Decreto Legislativo 22/1997). El nuevo Decreto Legislativo 152/2006 ha venido a mantener, en esencia, si bien con algunas diferencias (p.ej., el periodo de la licencia se amplía a diez años), este procedimiento administrativo (art. 208).

Por lo demás, cuando, a resultas de los controles sucesivos a la instalación, de las inspecciones resulta el incumplimiento de los términos o de las condiciones y requerimientos exigidos por la autorización, se suspenderán las actividades, previo requerimiento, por un periodo máximo de doce meses. Transcurrido este término sin que el titular se haya dispuesto a someterse a lo señalado en la autorización, ésta será revocada (arts. 28.4 Decreto Legislativo 22/1997 y 208.13 Decreto Legislativo 152/2006).

IV. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL AMBIENTE: EL RELEVANTE PAPEL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El Derecho internacional del ambiente ha conocido, en los últimos cuarenta años, un importante esfuerzo por elaborar una ingente cantidad de documentos que diesen respuesta a los grandes retos planteados por la problemática ambiental. No obstante, el núcleo mayoritario de normas que lo integran se caracterizan por ser flexibles, de formulación ambigua y altamente general, esto es, lo que se denomina *'soft*

⁸⁹ Vid. art. 1.4 Directiva 91/689 donde, a fin de superar los problema de divergencias entre las listas de residuos peligrosos en las normativas nacionales que había generado la anterior Directiva 78/319 (derogada por art. 11 Directiva 91/689), ofrece una definición precisa y uniforme de tales residuos, basada en un sistema de lista, si bien no es una lista cerrada, dado el margen de apertura dejado a los Estados al respecto; siguiendo esta conceptualización, vid. arts. 7.4 Decreto Legislativo 22/1997 y 184.5 actual Decreto Legislativo 152/2006.

law'. El imperio, como regla general, del Derecho blando o suave viene motivado por las reticencias de los Estados a adoptar normas demasiado explícitas que impongan obligaciones expresas. De ahí las dificultades de configurar un sistema de ejecución y verificación del cumplimiento efectivo de la normativa adoptada, cuando las normas asumidas carecen de carácter vinculante. Con todo, se constatan significativos avances en las tareas de aplicación, fiscalización y reacción al incumplimiento de la normativa ambiental por parte de ciertos organismos internacionales. Entre ellos se encuentran, en el ámbito regional europeo, la Comunidad Europea y el Consejo de Europa⁹⁰. Por la temática en estudio, nosotros nos vamos a centrar en este último.

El Convenio Europeo para la protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) se encuadra dentro del proceso institucional para la unificación europea en el intento de dotar a los Estados europeos de una carta común de derechos y libertades (liberal-democráticos) que resumiese los valores políticos y culturales de las democracias occidentales. El Convenio fue elaborado en el periodo de la segunda posguerra, etapa en la que aparecen en Europa occidental una serie de organizaciones cuyo objetivo se cifraba en la unión europea. Todos ellos formaron en 1948 el Comité Internacional de Movimientos para la Unidad Europea, que convocó el Congreso de Europa, celebrado en La Haya, en mayo de 1948. La resolución final de dicho Congreso (el denominado "Mensaje a los europeos") contenía dos importantes indicaciones: la redacción de una Carta de Derechos Humanos y el establecimiento de un sistema jurisdiccional⁹¹ que velase por su cumplimiento. Finalmente, el CEDH sería firmado el 4 de noviembre de 1950, entrando en vigor el 3 de septiembre de 1953⁹² para los diez países que ratificaron el Convenio, entre los que se encuentra Italia.

El CEDH, lejos de implicar una mera declaración de intenciones y buenos propósitos de los Estados signatarios, supone un importante y eficaz instrumento dentro del sistema institucional europeo de protección ofrecido a los Estados y a los sujetos privados, titulares de los derechos que en él se declaran, al haberse articulado unos órganos internacionales encargados de velar por su efectiva aplicación⁹³, lo cual explica su éxito. En efecto, más que razones de Derecho sustantivo, es el haber podido alcanzar gracias a su sistema de control un amplio y eficiente desarrollo en la protección de los derechos

⁹⁰ Vid. RUBIO FERNÁNDEZ, Eva María, "Expansión de la legislación ambiental...", *op. cit.*, pp. 143-157.

⁹¹ Inicialmente representado por la Comisión y el Tribunal, y, tras la firma, en Viena, del Protocolo núm. 11 (11 de mayo de 1994), en vigor desde noviembre de 1998, por el nuevo TEDH.

⁹² Vid. ORTEGA, L.I., "El proceso de formación del Convenio Europeo", en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (Coord.), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Monografías, Madrid, 2ª edic., 1983, pp. 61-69.

⁹³ GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, "El reconocimiento de los derechos humanos en las Convenciones Internacionales y su proyección jurisprudencial", en VVAA, *XXI Jornadas de Estudio (9 a 11 de junio de 1999). Hacia una Justicia Internacional*, Ministerio de Justicia-BSCH, Civitas, Madrid, 2000, pp. 47-48; AGUDO ZAMORA, Miguel J., *El Tribunal Constitucional y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001, p. 25.

humanos en el marco europeo, lo que le ha hecho justamente acreedor de un unánime reconocimiento por parte de la doctrina⁹⁴.

Pues bien, el derecho al ambiente no se ha llegado a recoger en el elenco de derechos protegidos por el CEDH, aunque en varias ocasiones el Consejo de Europa ha sometido a estudio esta posibilidad desde 1970 (p.ej., propuesta del Gobierno alemán, 1973).

Dejando aparte el contexto histórico en que surge el Convenio, en que eran otros los problemas que se encontraban en primer plano y cuando aún no estaba arraigada la sensibilidad ambiental, esta ausencia resulta comprensible a la luz de la teoría tradicional de los derechos subjetivos⁹⁵, de un lado, y de las dificultades que conllevan alcanzar un acuerdo en este complejo asunto en el seno de un organismo internacional, de otro. Respecto al primer orden de razones, la positivización del derecho al ambiente, incluso en el ámbito interno, a nivel constitucional, plantea serias dificultades, tales como la propia precisión del concepto de “ambiente”, término difícil de definir y de carácter transversal; el alcance que debe tener el sistema de garantías que ha de acompañar el reconocimiento de este derecho; o cuestiones como la titularidad del derecho, la legitimación para exigir su respeto o las vías de recurso abiertas para ello⁹⁶.

Por otra parte, y avocándonos al CEDH, entre las razones que la doctrina señala para explicar que ninguna de las propuestas presentadas para incorporar este derecho al Convenio, sobresalen el temor de acabar difuminando el CEDH a través de nuevas incorporaciones de derechos humanos, la creencia de que el derecho al ambiente carece de justiciabilidad o que los costes de la misma implicarían un coste elevado, o el hecho de que la mayoría de los Estados miembros posean graves problemas ambientales (pensemos, p. ej., en el rezago que padecen los países procedentes de Europa del Este) que podrían suponer importantes demandas de incorporarse este derecho⁹⁷.

A nuestro modo de ver, los acuciantes problemas ecológicos que, desde hace décadas, se ciernen sobre nosotros, de una gravedad creciente, reclaman un esfuerzo por incorporar el derecho al ambiente, con entidad propia, dentro del catálogo de derechos protegidos por el sistema de Estrasburgo. Insistiremos en esta idea más adelante⁹⁸.

⁹⁴ Así, por todos, RODRÍGUEZ, que señala que el de la Convención es el sistema internacional de protección de derechos fundamentales que mejor ha funcionado, situándose claramente por encima de cualquier otro sistema, tanto de alcance universal como regional. RODRÍGUEZ, Ángel, *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001, pp. 99-100.

⁹⁵ Al respecto, vid. SERRANO MORENO, José Luis, *Ecología y Derecho...*, op. cit., pp. 100-126.

⁹⁶ HERRERO DE LA FUENTE, Alberto A., “Derechos Humanos y protección de medio ambiente: nuevos desarrollos en el plano internacional”, en VVAA, *XXI Jornadas de Estudio...*, op. cit., p. 72.

⁹⁷ VERCHER NOGUERA, Antonio, “Derechos Humanos y medio ambiente”, en *Claves*, núm. 84 (julio-agosto, 1998), p. 18; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “La defensa cruzada de derechos: La protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *REDA*, núm. 132 (octubre-diciembre, 2006), pp. 734-735.

⁹⁸ Vid. *infra*, apartado VI, inciso A.

En cualquier caso, el TEDH viene salvando esta laguna mediante el ejercicio de su conocida interpretación dinámica, y amplia, de los derechos humanos contenidos en la Convención (inspirada en el principio de efectividad), a la que concibe como “instrumento vivo” (*living instrument*). Y así, mediante el ejercicio de una meritoria labor pretoriana de ampliación del ámbito de protección de los derechos del CEDH, este Tribunal ha venido protegiendo el derecho al disfrute al ambiente a través de dos técnicas:

- a) reconociendo los bienes ambientales dentro de los límites a determinados derechos, como a la propiedad⁹⁹ (art. 1 Protocolo 1, 1952) o al derecho al respeto a la vida privada y familiar y al domicilio (art. 8.2 CEDH)¹⁰⁰;
- b) e integrando, a través de una interpretación extensiva de los derechos (efecto útil), los intereses ambientales en el ámbito de algunos de los derechos fundamentales (eficacia cruzada o refleja), tales como la propiedad, la libertad de pensamiento y de conciencia (art. 9 CEDH), la asociación, en su vertiente negativa (art. 11 CEDH), o el principio de no discriminación (art. 14 CEDH)¹⁰¹; el derecho a un proceso equitativo (art. 6 CEDH)¹⁰², la libertad de expresión (art. 10 CEDH)¹⁰³; o, y esta es la vía más frecuentemente empleada y de mayor relieve, dentro del derecho al respeto a la vida privada y familiar y al domicilio (art. 8.1 CEDH), siendo esta última la técnica utilizada para resolver el presente caso, según veremos seguidamente al analizar la *ratio decidendi* de esta sentencia.

V. CUESTIÓN PROCESAL PREVIA: LA FALTA DE AGOTAMIENTO DE LOS RECURSOS INTERNOS

Como sabemos, es necesario agotar las vías judiciales internas, encarnación en el plano procedimental del principio de subsidiariedad del mecanismo de garantía que instaura el CEDH, como requisito previo para poder solicitar al TEDH la tutela de los derechos protegidos por el Convenio¹⁰⁴.

Antes de entrar en el fondo del asunto, el Tribunal responde, negativamente, a la objeción procesal previa que sostiene el Gobierno italiano en base a que aún estaba pendiente de resolución, ante la Corte Regional Administrativa, el último procedimiento interpuesto por la demandante. La demandante se opuso a este razonamiento del Gobierno italiano señalando que desde el año 1994 ella ha solicitado a las Cortes Administrativas en varias ocasiones que se interrumpieran las actividades de la planta industrial, sin que

⁹⁹ Vid., p.ej., S TEDH casos “*Fredin c. Suecia*”, de 18 de febrero de 1991; “*Pine Valley Developments LTD. y otros c. Irlanda*”, de 29 de noviembre de 1991; o “*Saliba c. Malta*”, de 8 de noviembre de 2005.

¹⁰⁰ Vid., p.ej., STEDH caso “*Coster c. Reino Unido*”, de 18 de enero de 2001.

¹⁰¹ Los tres fueron alegados en la STEDH caso “*Chassagnou c. Francia*”, de 29 de abril de 1999.

¹⁰² Vid., p.ej., STEDH caso “*Zander c. Suecia*”, de 25 de noviembre de 1993.

¹⁰³ Vid., p.ej., STEDH caso “*Vides Aizsardzibas Club c. Letonia*”, de 27 de mayo de 2004.

¹⁰⁴ «Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recurso internas, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva» (art. 35.1 CEDH).

nunca se le concediera dicha petición. El Tribunal confirma la decisión adoptada en su momento por la Cuarta Sección (Decisión de 15 de marzo de 2005) que señalaba que esta cuestión preliminar debería ser considerada a la luz de la sustancia del caso. Habiendo observado el asunto planteado por la demanda, se confirma la anterior resolución.

Tan sólo dos ideas queremos expresar en este punto. La primera, que estamos, nuevamente, ante una manifestación de la tendencia jurisprudencial operada por el Tribunal Europeo que, partiendo de una posición muy restrictiva, ha ido relativizando de forma progresiva la rigidez de la regla procesal del previo agotamiento de los recursos internos¹⁰⁵. De tal modo que se condiciona el cumplimiento de esta regla a lo que se denomina un “uso normal de un recurso efectivo”, considerándose efectivo aquel recurso que cumple los siguientes requisitos: 1) que sea accesible directamente al demandante; 2) que tenga eficacia para remediar la violación alegada, es decir, que la autoridad ante quien se ejerza disponga de poder real para corregir o paralizar la lesión del derecho; 3) que el recurso no esté desprovisto de toda posibilidad de prosperar; y 4) la exclusión de la obligación de solicitar medidas de gracia o de interponer recursos de carácter extraordinario¹⁰⁶.

En otro orden de ideas, nos hacemos eco de aquellas propuestas que echan en falta en países como Italia un mecanismo de protección reforzada de los derechos fundamentales ante los órganos de justicia constitucional -semejante a nuestro “recurso de amparo”, o, en cierto modo, a la “reclamación constitucional alemana” (“Verfassungsbeschwerde”), por violación de derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional- como mecanismo que sirva, de un lado, para aliviar la sobrecarga de trabajo del TEDH¹⁰⁷, que corre el riesgo de “morir de éxito”; y, de otro lado, para brindar un mecanismo adicional de garantía interna de los “derechos fundamentales”¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Vid., p.ej., SSTEDH casos “Guzzardi c. Italia”, de 6 de noviembre de 1980, § 72; y “López Ostra c. España”, de 9 de diciembre de 1994, § 38.

¹⁰⁶ CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y GALÁN VIOQUE, Roberto, “¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? (Comentario en torno al asunto López Ostra contra España, resuelto por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994)”, en REDA, núm. 86 (abril-junio, 1995), pp. 275-276.

¹⁰⁷ PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la reforma de la reforma”, en AJR, núm. 6-7 (2000-2001), pp. 438-439.

¹⁰⁸ No desconocemos las similitudes que guardan el juicio de constitucionalidad de la ley por vía incidental, en el sistema italiano, con nuestro recurso de amparo, que han permitido que, en la práctica, la Corte Constitucional italiana pueda proveer a la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos a través del juicio incidental de la constitucionalidad de la ley (en este sentido, PIZZORUSSO, Alessandro, “El Tribunal Constitucional italiano”, en FAVOREU, Louis, et al., *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Col. Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 238 y 262-263; algunos ejemplos de la defensa de los derechos fundamentales a través de este mecanismo, en STURLESE, Laura, “Tribunal Constitucional y sistema institucional italiano”, en VVAA, *Justicia Constitucional Comparada*, Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, México D.F., 1993, pp. 172-174); pero no ignoramos, tampoco, que el origen de ambas figuras, su objeto, y la función que desarrollan

Paso previo sería, obviamente, el decidido reconocimiento constitucional del derecho fundamental al ambiente en la normativa interna (ámbito natural y básico de protección de los derechos humanos¹⁰⁹, en general, y del derecho al ambiente¹¹⁰, en particular), sin perjuicio de su ineludible¹¹¹, pero subsidiaria, protección internacional¹¹², como verdadero derecho subjetivo.

VI. LA RATIO DECIDENDI EN EL CASO “GIACOMELLI CONTRA ITALIA”

- A) La eficacia cruzada de los Derechos Humanos operada por el TEDH: la tutela ambiental a través del derecho al respeto a la intimidad personal y familiar y al domicilio. Consideraciones críticas.

Entrando ya en el fondo del asunto, la demandante alega que los persistentes ruidos y emisiones nocivas de la planta, situada a sólo treinta metros de su vivienda, y cuyas actividades han ido en aumento desde el año 1991, le ocasionan graves molestias a su ambiente, así como un permanente riesgo a su salud y bienestar así como a su hogar, lo cual generara una violación del artículo 8.1 CEDH, que previene: «*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*».

El Gobierno italiano, por su parte, arguye que no se ha provocado tal

en uno y otro sistema, son divergentes. Sobre este tema, vid. VOLPE, Giuseppe, “Sviluppi del giudizio incidentale sulle leggi in italia: verso un processo di ‘amparo’?”, en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Ed.), *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*, Dykinson, Madrid, 2003, especialmente pp. 1211-1215.

¹⁰⁹ Vid. DE VEGA GARCÍA, Pedro, *Mundialización y Derecho Constitucional: para una palíngenesia de la realidad constitucional*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita-Universidad Externado de Colombia, Temas de Derecho Público, 50, Bogotá, 1998, p. 14.

¹¹⁰ La falta de mecanismos rápidos y suficientes de reacción contra las agresiones ambientales de que aún adolecen los instrumentos convencionales internacionales (dejando aparte la política ambiental de la Unión Europea), no permite menospreciar el papel del Estado como eficaz tutelador ambiental. EMBID IRUJO, Antonio, “El papel del Estado en el medio ambiente, ¿vigilante o gestor?”, en SOSA WAGNER, Francisco (Coord.), *El Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 3477.

¹¹¹ La realidad ecológica «*exige una percepción global que luego pueda traducirse en efectivas acciones locales*»; pensamiento que se ha consagrado en el célebre adagio de política ambiental “pensar globalmente, actuar localmente”; LOPERENA ROTA, Demetrio, *Los principios...*, op. cit., p. 28. Este adagio ha sido criticado por la ética de la sustentabilidad (vid. *infra*, apartado VI, B), paradigma que exige que las estrategias y acciones contemplen siempre la interacción global-local, lo que se traduce en el diseño y ejecución de acciones desde el marco de los principios éticos universales para su aplicación en los ámbitos y por los poderes territoriales regionales, nacionales y locales; ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, “Del desarrollo sostenible a la sostenibilidad. Pensar globalmente y actuar localmente”, en *RDUMA*, núm. 226 (junio, 2006), p. 209.

¹¹² Como dice MEZZETTI, el problema de la acción para la conservación y la protección del ambiente continúa siendo, ante todo y en origen, sustancialmente un problema nacional, y sólo en segundo lugar, un problema internacional. Pero, con todo, la política del ambiente es depende, hoy día, cada vez más, por lo que se refiere a la consecución de fines propios y de resultados concretos, de las posibilidades efectivas de una cooperación internacional. MEZZETTI, Luca, “Comparación y armonización internacional en el Derecho del medio ambiente”, en *RVAP*, núm. 18 (mayo-agosto, 1987), pp. 213-214.

violación por cuanto las intromisiones producidas encuentran justificación por constituir limitaciones al derecho al respeto de la vida privada y al domicilio que se encuentran amparadas por la ley y constituyen medidas de protección de la salud pública y del bienestar económico de las Regiones, tal como previene el segundo párrafo del artículo 8 CEDH¹¹³. El Gobierno de Italia enfatizó la necesidad de hallar el justo equilibrio entre los intereses en conflicto, individuales y de la comunidad, y que había un claro conjunto de casos en los que el TEDH había permitido a los Estados un amplio margen de apreciación en temas ambientales.

Veamos a continuación cuál fue el razonamiento seguido por el Tribunal para concluir, finalmente, estimando el recurso. Adelantemos que en el desarrollo del mismo, el TEDH va a seguir las tres fases en que se desenvuelve, de forma escalonada, su metodología para el análisis de los límites de los derechos fundamentales reconocidos en el CEDH, según el esquema de regla-excepción¹¹⁴: en primer lugar, el Tribunal procede a examinar el encaje del asunto *sub iudice* (contaminación ambiental que perturba el disfrute del bienestar personal y del hogar de los individuos) en el ámbito normativo de protección del derecho fundamental al respeto a la vida personal y familiar y al domicilio; en segundo lugar, constata que ha habido una interferencia en este orden normativo que ha provocado molestias a la demandante; y, en tercer lugar, analiza la legitimidad de tal injerencia, siendo finalmente rechazada, por cuanto el examen de las actuaciones adoptadas por las autoridades italianas competentes evidencia que no tomaron las medidas oportunas de tutela ambiental exigidas por la legislación en vigor, por lo que las intromisiones en el derecho al respeto a la vida personal y familiar y al domicilio de la demandante fueron ilegítimas.

Comenzando por la primera de las fases referidas, la fundamentación jurídica da inicio recordando el sentido del término “domicilio” al que alude el artículo 8 CEDH: usualmente será el lugar, el área materialmente definida, donde se desenvuelve la vida privada y familiar¹¹⁵. Las personas tienen un derecho al respeto de su domicilio, en el sentido no sólo de un derecho al área física en sí, sino también al disfrute tranquilo de ese área. Así pues, las injerencias al derecho al respeto del domicilio no se reducen a infracciones corporales o materiales (como puede ser la entrada sin autorización a la casa de una persona), sino que también incluyen ataques inmateriales como los ruidos¹¹⁶, emisiones, olores u

¹¹³ «No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros».

¹¹⁴ Vid. BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “Aproximación a una teoría general de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *REDC*, núm. 74 (mayo-agosto, 2005), pp. 121–135.

¹¹⁵ Sobre el concepto de domicilio, vid. GALLARDO CASTILLO, M^a Jesús, *El Derecho de bienes de las Entidades Locales*, La Ley, El Consultor, Madrid, 2007, pp. 580 y sigs.

¹¹⁶ Pues, en efecto, como ha sido reconocido en los últimos años en distintos ordenamientos nacionales e internacionales, la contaminación sonora constituye un elemento más de la degradación

otras formas de interferencia. Un serio incumplimiento de este derecho puede resultar si se priva al sujeto del disfrute de lo placentero de su hogar (§ 76).

Se mantiene así, la misma línea jurisprudencial que, desde hace algunos años¹¹⁷, viene destacando que, a pesar de que no se reconoce de forma explícita en la Convención Europea el derecho a un ambiente limpio y tranquilo, se entenderá violado el artículo 8 CEDH cuando una persona se vea directa y seriamente afectada por agentes contaminantes¹¹⁸ como los arriba señalados, pues los mismos menoscaban el bienestar de los individuos y les impiden el disfrute de sus domicilios de tal modo que ven conculcado su derecho al respeto de su vida privada y familiar¹¹⁹, sin que se haya llegado a producir, sin embargo, un daño serio para su salud¹²⁰. Acoge de este modo en su seno el Tribunal la tesis francesa de domicilio, rehuendo de la británica, que tiene una configuración más restrictiva del mismo; y, por consiguiente, se acepta pacíficamente la relación entre vida privada y domicilio¹²¹.

Estamos ante la denominada “técnica cruzada” o “refleja” (*protection par ricochet*) de protección del derecho al ambiente, de un derecho, pues, que no se encuentra expresamente reconocido en el CEDH, a través de su encaje dentro del ámbito de tutela de otro derecho que sí se halla explícitamente protegido por el CEDH, en este caso, el derecho al respeto de la vida privada y familiar y al domicilio (art. 8 CEDH). La jurisprudencia del TEDH así dictada, que se inicia de forma clara y explícita con la Sentencia “*Powell y Rayner c. Reino Unido*” (21 de febrero de 1990)¹²²,

ambiental, que provoca graves efectos nocivos en las personas de orden fisiológico, psicossociológico y en las actividades humanas (sueño, comunicación, actividades intelectuales); GARCÍA SIMÓN, Valia, “La contaminación sonora: su importancia, regulación jurídica y distribución territorial de competencias”, en *RFDUG*, 2ª época, núm. 16 (2º semestre, 1998), pp. 277-281. Sobre esta problemática, y el tratamiento jurídico dada a la misma en el ordenamiento español, vid. PÉREZ MARTOS, José, *Ordenación jurídica del ruido*, Montecorvo, Madrid, 2003; un estudio comparado con el ordenamiento alemán, en MARTÍN VIDA, María Ángeles, *Protección jurídico-civil frente el ruido en España y en Alemania*, Tirant lo Blanch, Col. Privado, 83, Valencia, 2007.

¹¹⁷ Superando los iniciales pronunciamientos en que descarta la protección ambiental; así, p.ej., la Comisión, en 1976, inadmitió la demanda presentada por una asociación ecologista denunciando las prácticas militares realizadas en una zona pantanosa, en el asunto “*X. e Y. c. República Federal de Alemania*”.

¹¹⁸ En este sentido, p.ej., SSTEDH casos “*Powell y Rayner c. Reino Unido*”, de 21 de febrero de 1990, en la que el Tribunal señaló que la calidad de vida privada de los demandantes y el ámbito de disfrute de lo placentero de su hogar se habían visto afectados de forma adversa por el ruido generado por los aviones en el aeropuerto de Heathrow, viéndose así violado el art. 8 CEDH (§ 40); “*Guerra y otros c. Italia*”, de 19 de febrero de 1998, subrayando que el “*efecto directo de las emisiones tóxicas sobre el derecho de los demandantes al respeto de su vida privada y familiar significa que el artículo 8 es aplicable*» al caso (§ 57); “*Hatton y otros c. Reino Unido*”, de 8 de julio de 2003, § 96; o “*Moreno Gómez c. España*”, de 16 de noviembre de 2004, § 53.

¹¹⁹ SSTEDH casos “*Guerra y otros c. Italia*”, cit., § 60; y “*Surugiu c. Rumanía*”, de 20 de abril de 2004, § 68.

¹²⁰ SSTEDH casos “*López Ostra c. España*”, cit., § 51; y “*Taşkın y otros c. Turquía*”, de 10 de noviembre de 2004, § 113.

¹²¹ PUEBLA, Conxa, “Intimidad domiciliar y medio ambiente acústico”, en NEBRERA, Montserrat (Coord.), *Intimidad y seguridad*, Asociación de Directivos de Seguridad Integral-Instituto Superior de Estudios de la Gobernabilidad y la Seguridad, Barcelona, 2001, p. 148.

¹²² En realidad, los primeros pasos dados en Estrasburgo para el reconocimiento de la vulneración del art. 8 CEDH por contaminación (acústica, motivada por los ruidos de dos aeropuertos británicos:

viene trazando unos estándares y unas líneas que deben ser respetadas por los poderes públicos nacionales en la esfera de sus competencias¹²³.

A nuestro modo de ver, resulta loable que el Tribunal de Estrasburgo haya mostrado su decidida voluntad de proteger el ambiente mediante esta técnica hermenéutica, ofreciendo así -al menos en lo que se refiere a los supuestos descritos, en que un agente contaminante de forma constante origina una seria molestia a los vecinos del lugar-, en una doctrina jurisprudencial que ya puede considerarse consagrada, la cobertura de un derecho consagrado en el CEDH (en su art. 8), en ausencia de una consagración explícita en el mismo del derecho ambiental. Como notorio es el esfuerzo operado por los Tribunales nacionales por seguir la estela del TEDH en esta materia, en su afán por intensificar en el ámbito interno la tutela del ambiente, al que, como hemos visto, en muchos casos el poder constituyente no confirió el estatuto de derecho subjetivo de los ciudadanos, sino de principio rector, aunque, naturalmente, vinculante para los poderes públicos.

Sentado esto, creemos, no obstante, que la “eficacia cruzada” del derecho al ambiente a través del artículo 8 CEDH, constituye una técnica judicial a la que cabe formular algunas objeciones.

- a) Para empezar, con este exceso interpretativo¹²⁴, se corre el riesgo de distorsionar la dogmática del derecho a la inviolabilidad domiciliaria, mencionado de forma conjunta con el derecho a la intimidad, al desvirtuar su naturaleza y contenido propios; se podría llegar así a resultados absurdos¹²⁵, protegiendo situaciones que, en pureza, caen fuera de la órbita de protección consustancial a este derecho; pues la

Gatwick y Heathrow) se producen en dos casos muy tempranos, pero no trascendieron más allá de la Comisión por lograrse un acuerdo amistoso entre el Gobierno británico y los afectados. Nos referimos a los casos “*Arrondelle*” y “*Baggs*”, ambos contra Reino Unido (Decisiones de la Comisión de 15 de julio de 1980 y de 16 de octubre de 1985, respectivamente). BOUAZZA ARIÑO, Omar, “Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *RAP*, núm. 160 (enero-abril, 2003), p. 172.

¹²³ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, “La defensa cruzada...”, *op. cit.*, p. 745.

¹²⁴ Que ha conseguido mudar el derecho a la inviolabilidad en el domicilio en un “derecho a la libertad en el domicilio”; VELASCO CABALLERO, Francisco, “La protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso ‘López Ostra contra España’)”, en *REDC*, núm. 45 (septiembre-diciembre, 1995), pp. 310-311.

¹²⁵ En este sentido se pronuncian MARTÍN MORALES, Ricardo, en “Los derechos fundamentales y ‘la movida’”, en REQUENA LÓPEZ, Tomás; MARTÍN MORALES, Ricardo; y GUILLÉN LÓPEZ, Enrique, *El régimen constitucional de ‘la movida’*, Grupo Editorial Universitario, Línea Jurídica, Biblioteca de Derechos Fundamentales, Granada, 2001, pp. 26, 29 y 30; el mismo autor, en “Aspectos constitucionales de la Ley del Ruido: derechos, fuentes y competencias”, en ARANA GARCÍA, Estanislao y TORRES LÓPEZ, María Asunción (Coords.), *Régimen jurídico del ruido: una perspectiva integral y comparada*, Comares, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2004, pp. 164-165; o MACÍAS CASTILLO, Agustín, *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, Madrid, 2004, pp. 395-397.

idea inspiradora de éste ha de ser la *privacidad*¹²⁶, que no estimamos vulnerada en tales supuestos¹²⁷.

- b) En segundo lugar, con esta técnica (fragmentaria) no logra dibujarse adecuadamente los contornos de un “derecho a disfrutar de un ambiente adecuado”, de forma que el sistema regional de Estrasburgo queda imposibilitado para proteger una serie de eventos, entre los que podemos imaginar incluso graves catástrofes ecológicas (p.ej., serios atentados contra ecosistemas donde no residan particulares), así como infracciones a importantes aspectos ambientales distintos del disfrute de los bienes ambientales¹²⁸ (p.ej., denegación de acceso a información pública de alcance ambiental), imposibilitados de ampararse bajo el paraguas del artículo 8.1 y de otros preceptos del CEDH, por no tener cabida en los ámbitos protegidos por los mismos.

Dicho en otros términos, estamos con el sector doctrinal que niega que podamos afirmar que existe, en el sistema europeo de Derechos Humanos, un verdadero derecho subjetivo al disfrute de un ambiente adecuado¹²⁹. Lo que se viene reconociendo, a través de la técnica de eficacia cruzada es que determinados derechos (señaladamente el derecho a la inviolabilidad del domicilio), expresamente reconocidos en el CEDH, pueden verse afectados

¹²⁶ La vinculación de la inviolabilidad del domicilio con el derecho a la intimidad personal y familiar procede de la incardinación de estos derechos «en la tutela de la dignidad y libertad de las personas, representada en este caso por el respeto de su vida privada, como un principio de carácter general que habrá de cumplir tanto un papel interpretativo como integrador en la resolución de los conflictos que puedan presentarse»; cfr. SEMPERE RODRÍGUEZ, César, “Artículo 18. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en ALZAGA VILLAAMIL, Oscar (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, T. II*, Edersa-Cortes Generales, Madrid, 1997, p. 427. En igual sentido, NEBRERA, al concebir el derecho subjetivo a la intimidad como la capacidad del sujeto individual de exigir de los poderes públicos y del resto de las persona que respeten el ámbito de privacidad que consideramos imprescindible para garantizar la dignidad de la vida humana; NEBRERA, Montserrat, “Intimidad y seguridad: dos conceptos y un conflicto”, en NEBRERA, Montserrat (Coord.), *Intimidad y seguridad...*, op. cit., p. 14.

¹²⁷ Compartimos la opinión de VELASCO CABALLERO de que las inmisiones pueden hacer desagradable o dañina la vida en un determinado espacio, pero no por ello se vulnera la privacidad de cada uno; VELASCO CABALLERO, Francisco, “La protección del medio ambiente...”, op. cit., p. 312.

¹²⁸ Algunos autores han realizado considerables intentos por trazar el contenido del derecho al medio ambiente. Vid., v.gr., LOPERENA ROTA, Demetrio, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Civitas-IVAP, Madrid, 1996, pp. 69-92; BELLVER CAPELLA, Vicente, “El contenido del derecho al medio ambiente”, en ACFS, núm. 34 (2000), pp. 199-219; o ALENZA GARCÍA, José Francisco, *Manual de Derecho ambiental...*, op. cit., pp. 94-106.

¹²⁹ Y ello aunque incluso ya en algunos pronunciamientos se haya aludido a la existencia de este derecho en el sistema europeo. Sirvan de muestra las palabras de los Jueces COSTA, RESS, TÜRMEEN, ZUPANČIČ y STEINER contenidas en su Voto Particular a la STEDH caso “*Hatton y otros c. Reino Unido*”, cit.: «En el campo de los derechos humanos del ambiente, que era prácticamente desconocido en 1950, la Comisión y el Tribunal han adoptado de forma creciente el planteamiento de que el artículo 8 incluye el derecho a un ambiente saludable, y por consiguiente la protección contra la contaminación y molestias causadas por sustancias químicas nocivas, olores desagradables, agentes que ocasionan problemas respiratorios, ruidos, etc.» (párr. 2).

por una injerencia sobre el ambiente; es lo que se ha venido a denominar la "ecologización" ("greening") de esos otros derechos fundamentales del CEDH¹³⁰. Prueba de lo anterior es que no se puede acudir al Tribunal de Estrasburgo, por incompatibilidad *ratio materiae*, esgrimiendo directamente una violación del derecho a un ambiente adecuado, pues este derecho no se encuentra recogido expresamente en el Convenio.

- c) En tercer lugar, y en estrecha conexión con lo anterior, la técnica empleada, con ser, insistimos, un medio útil de cobertura de intereses ambientales, no deja de tener ciertos tintes antropocéntricos, pues quedan fuera del margen de protección de este sistema de derechos, otros bienes, objeto de tutela ambiental (p.ej., graves agresiones a flora y fauna), cuando se ven transgredidos en un entorno sin incidir de manera directa en el disfrute de las personas a un ambiente adecuado como o hacen las inmisiones vecinales.
- d) Se ha señalado también que esta jurisprudencia encierra un efecto potencialmente contradictorio con los fines de conservación ambiental, desde el momento en que con este razonamiento el Tribunal está defendiendo la típica esfera de autonomía individual frente a la injerencia o intervencionismo público; esto es, estaríamos ante un planteamiento excesivamente individualista que considera prevalente el derecho del particular sobre el interés o beneficio social, lo que resulta contrario a la lógica insita a la protección ambiental¹³¹.

Por lo demás, esta serie de objeciones a la técnica de la eficacia cruzada de los intereses ambientales a través del derecho al respeto del domicilio (art. 8 CEDH) serían predicables también de las sentencias dictadas por los órganos judiciales nacionales¹³², por mor de la recepción de la jurisprudencia del TEDH en los sistemas internos.

Hay quienes, dadas estas observaciones críticas hacia esta jurisprudencia del TEDH, se inclinan por acudir a la eficacia cruzada del derecho al ambiente mediante la interpretación extensiva del artículo 3 CEDH, que prohíbe las torturas y los tratos inhumanos y degradantes. Se alega que la aplicación a estos casos de dicho precepto (matizaríamos nosotros: si se interrelaciona con el artículo 2 CEDH) puede estar más justificada que la del artículo 8 CEDH si se parte el argumento de que protege el derecho a la vida *digna*, esto es, no una

¹³⁰ En este sentido, por todos, SAN MARTÍN SEGURA, David, "La 'ecologización' de los derechos fundamentales en el marco del Convenio Europeo de los Derechos Humanos", en *REDUR*, núm. 3 (2005), pp. 255-256.

¹³¹ RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, *El derecho constitucional...*, op. cit., pp. 111-112.

¹³² Sirvan de muestra, en nuestro país, SSTC 119/2001, de 24 de mayo y 16/2004, de 23 de febrero; STSJ Comunidad Valenciana, 7 de marzo de 1997; SAP Murcia, 24 de mayo de 1997; SAP Toledo, 11 de marzo de 1999; SAP Segovia, 22 de diciembre de 1999; SAP Madrid, 20 de noviembre de 2000; SSTC de 2 de febrero de 2001 y de 29 de abril de 2003; SAP Murcia, 13 de febrero de 2001; o SAP Burgos, 29 de noviembre de 2001; o SAP Córdoba, 19 de noviembre de 2002.

concepción meramente física de la vida y la integridad, sino que, a través de su complemento con el valor dignidad, la interdicción de los tratos degradantes entendida extensivamente abarcaría también un mínimo de calidad en las condiciones, ambientales, de vida¹³³.

Compartimos nosotros la idea de que tan plausible, o más, sería la interpretación extensiva del artículo 3 del Convenio -entendemos que si se vincula con el artículo 2 CEDH¹³⁴, que protege el derecho a la vida (*digna*, cabría interpretar), pues de la lectura sistemática de ambos preceptos del Convenio podría deducirse el derecho a la integridad física y psíquica, derecho que no se encuentra reconocido explícitamente y que creemos que podría ser aplicado aquí-, que la del artículo 8 para la protección de las situaciones de las que nos venimos ocupando. Mas la interpretación que el TEDH viene dando del artículo 3 CEDH es mucho más restrictiva; de tal modo que la interpretación que da a los supuestos de “tortura” y de “tratos inhumanos” y “degradantes”, para cuya apreciación se exige que la conducta denunciada supere cierto umbral de gravedad en el sufrimiento padecido¹³⁵ (actitudes especialmente ignominiosas, caso de la tortura; graves sufrimientos, físicos o mentales, en los tratos inhumanos; o conductas de humillación que fuerzan a la víctima a actuar en contra de su voluntad o conciencia, en los tratos degradantes)¹³⁶, dista mucho de poder incluir los supuestos de contaminación ambiental. Y así, en algunos supuestos el TEDH ha brindado, a través del artículo 8 una cobertura a

¹³³ Vid. VELASCO CABALLERO, Francisco, “La protección del medio ambiente...”, *op. cit.*, pp. 314-315; y, aplicando este planteamiento al sistema constitucional español (esto es, refiriéndose al derecho a la integridad psíquica”, del art. 15 CE) -que nosotros entendemos trasladable al sistema de Estrasburgo-, MARTÍN MORALES, Ricardo, “Los derechos fundamentales...”, *op. cit.*, pp. 19-23 y 29.

¹³⁴ Incluso se ha defendido la aplicabilidad directamente del art. 2 CEDH para dar cobertura a situaciones de falta de información acerca de los previsibles riesgos para la salud y la integridad psíquica que conllevaba la actividad contaminante de una fábrica; en este sentido se pronunció el Juez Jambrek en su voto particular en la STEDH caso “Guerra y otros c. Italia”, *cit.*: «La protección de la salud y de la integridad psíquica está (...) tan estrechamente vinculada con el “derecho a la vida” que con el “respeto a la vida privada y familiar”. (...) Por lo tanto, parece que ha llegado el momento para la jurisprudencia del Tribunal dictada sobre el artículo 2 (el derecho a la vida) de empezar a evolucionar, de desarrollar los derechos que se deducen del mismo, de definir las situaciones que conllevan un riesgo real y serio para la vida, o los diferentes aspectos del derecho a la vida» (párrs. 2 y 3).

¹³⁵ Trasladando las observaciones vertidas hacia la jurisprudencia de nuestro TC en torno al artículo 15 CE, se exigiría que los niveles de contaminación rebasaran el umbral a partir del cual se ponga en peligro, de forma grave e inmediata, la salud. Al respecto, vid. MARTÍN MORALES, Ricardo, en “Aspectos constitucionales...”, *op. cit.*, pp. 161-162.; o PÉREZ MARTOS, José, quien apunta que este tipo de restricciones interpretativas operadas por el TC para apreciar la conculcación de derechos fundamentales (contenidos en los arts. 15 y 18 CE) por agresiones ambientales, «relativiza valores y principios constitucionales tan importantes como la calidad de vida, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad», en “La protección jurisdiccional frente al ruido (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2001, de 24 de mayo)”, en *REAL*, núm. 288 (enero-abril, 2002), p. 243.

¹³⁶ Vid. SANTAMARÍA ARINAS, René, “Artículo 3. Prohibición de la tortura”, en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Gobierno Vasco, Civitas, Madrid, 2004, pp. 53-72.

situaciones que van más allá del artículo 3, por no tener la magnitud requerida por éste¹³⁷. Pero, precisamente, ha dejado abierta esta línea de protección para los atentados ambientales, desde el momento en que, cuando la ha rechazado ha sido por entender que la el grado de lesión del supuesto en cuestión no comportaba la gravedad suficiente¹³⁸.

En todo caso, sin desmerecer un ápice esta sugestiva propuesta doctrinal, que creemos que debiera ser la seguida por el TEDH en ausencia del reconocimiento expreso del derecho al ambiente en el sistema normativo del Convenio Europeo, a nuestro juicio, esta propuesta incurriría en alguna de las otras observaciones críticas que nosotros percibimos con el empleo por el TEDH de la técnica del efecto reflejo de los derechos (exceptuando la primera, pues esta otra técnica no quiebra en absoluto la dogmática del derecho a la integridad física y psíquica): cobertura de un mínimo ambiental, visión antropocéntrica e individualista, desdibujamiento de lo que debiera ser el contenido sustancial del “derecho al ambiente” al hallar protección bajo el paraguas de otros derechos en una amalgama difusa y enrevesada, y consecuente desprotección de graves atentados ambientales que no conllevan un daño directo a ningún ser humano. Por otra parte, no está de más apelar a la cautela y a la autolimitación del TEDH para que su, en principio, estimable labor de interpretación extensiva de los derechos del Convenio no llegue, sin embargo, a excederse del marco normativo diseñado por la voluntad política de los Estados miembros.

Por tal motivo, e insistiendo en el loable empeño del TEDH por proteger, mediante la técnica de la eficacia cruzada, a quienes padecen agresiones al ambiente considerándolas intromisiones al derecho al domicilio (art. 8 CEDH), creemos que ya ha llegado el momento de que los países miembros del Consejo de Europa vayan trabajando por el reconocimiento expreso del ‘derecho a un ambiente adecuado para el desarrollo de la personalidad’, incorporando al contenido del mismo los elementos que la doctrina viene considerando esenciales al ámbito de protección de este derecho¹³⁹. Ya el Consejo de Europa ha aprobado Resoluciones y Convenios de contenido ambiental; ahora se trataría de proteger, en un Protocolo Adicional al CEDH, los elementos que podrían integrar el contenido subjetivo del derecho al disfrute de un ambiente adecuado, aquellos elementos que deben formar parte consustancial de este derecho en el ámbito de la Convención Europea. De esta forma, junto a esta protección convencional del derecho al ambiente, estaría la tutela ambiental en las coordenadas nacionales, sea dándole cobertura a través de disposiciones normativas infraconstitucionales (protegidas por ley o reglamento), o incluso,

¹³⁷ STEDH caso “*Raninen c. Finlandia*”, de 16 de diciembre de 1997, § 63. ARZOZ SANTISTEBAN, Xavier, “Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar”, en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.), *Convenio Europeo...*, op. cit., pp. 269-270.

¹³⁸ Pej., en STEDH caso “*López Ostra c. España*”, cit., donde afirma el Tribunal: «*Las condiciones en las que la demandante y su familia vivieron durante años fueron ciertamente muy difíciles, pero no significan un trato degradante dentro de los términos del artículo 3*» (§ 60).

¹³⁹ Vid. *supra*, nota a pie de página núm. 128.

como sería deseable, dentro del ámbito de protección (constitucional) del derecho fundamental al ambiente¹⁴⁰; entendiendo que determinadas cuestiones disfrutarían, simultáneamente, la protección convencional y la nacional.

Somos conscientes de las dificultades de todo tipo (de dogmática jurídica, de ampliación del campo de actuación de un ya de por sí saturado TEDH, y, fundamentalmente, de voluntad política de los Estados miembros de sellar un compromiso internacional de semejante calado) que encierra este tipo de propuestas. Pero creemos que ya es hora de dar un nuevo paso adelante en la tarea de protección de los bienes ambientales, cada vez más expuestos en el contexto mundial de nuestros días, y del derecho al disfrute adecuado de los mismos, superando así los insuficientes planteamientos antropocéntricos¹⁴¹ para dar paso, en los ámbitos normativos comunitario, nacionales e internacionales¹⁴², a posicionamientos más cercanos al paradigma ecocéntrico¹⁴³. Y el canal idóneo para ello es amparar los problemas ambientales dentro del ámbito de un derecho al disfrute a un ambiente adecuado¹⁴⁴.

¹⁴⁰ Queremos matizar, con VELASCO CABALLERO ("La protección del medio ambiente...", *op. cit.*, pp. 320-322), que el planteamiento adecuado del doble nivel de protección ambiental en la esfera interna no debe venir dada en términos del dilema legalidad-constitucional (distinción material), sino, más apropiadamente, como la distinción (funcional) entre infracción constitucional trascendente o secundaria.

¹⁴¹ No se trata de otorgar al medio natural capacidad jurídica para ser titular de derecho, sino de proteger jurídicamente a la naturaleza en sí para de este modo hacer posible el disfrute pleno del derecho fundamental del hombre-especie humana a disfrutar de un medio natural no deteriorado. VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, "Proyección de la justicia ecológica en la ordenación política y jurídica del medio ambiente", en VICENTE GIMÉNEZ, Teresa (Coord.), *Justicia ecológica...*, *op. cit.*, p. 81.

¹⁴² Para ARNOLD, el triple nivel en que -de forma interrelacionada y con influencias entre sí- se articula el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales: el del CEDH, el de la Unión Europea y el de los Estados miembros, confluye en la emergencia de un Derecho Constitucional europeo. ARNOLD, Rainer, "El desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en Europa", en CORCUERA ATIENZA, Javier (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Madrid, 2002, p. 28. Sobre la tesis del Derecho Constitucional común europeo, vid. HÄBERLE, Peter, "Derecho Constitucional Común Europeo", en *REP* (NE), núm. 79 (enero-marzo, 1993), pp. 7-46; y algunas observaciones a dicha tesis, en PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 9ª edic., 2005, pp. 616-621.

¹⁴³ Ciertamente, como repara VELASCO CABALLERO, la presentación del ecocentrismo y del antropocentrismo como paradigmas en tensión histórico-dialéctica, es sólo instrumental, pues en puridad el hombre y la naturaleza son categorías ontológicamente inescindibles. La utilidad de una concepción propiamente ecocéntrica del medio ambiente reside en su relevancia para la aplicación de las técnicas de ponderación propias de las Constituciones sistemáticas, pues partir en la ponderación constitucional, con otros bienes humanos, de concepto ecocéntrico de ambiente permite llegar a enunciados constitucionales finales que necesariamente deben mostrar equilibrio entre el hombre y la naturaleza. VELASCO CABALLERO, José Luis, "Protección del medio ambiente en el constitucionalismo europeo", en *NUE*, núm. 190 (noviembre, 2000), pp. 184-185 y 189-190.

¹⁴⁴ «(...) dar por perdida la batalla de la construcción de un derecho sustantivo al ambiente sobre la base de la inadecuación de los esquemas de la dogmática a las necesidades de protección material del ambiente, puede ser precipitado»; SERRANO MORENO, José Luis, "El derecho subjetivo al ambiente", en *RFDUG*, 2ª época, núm. 16 (2º semestre, 1998), p. 84.

En cualquier caso, la consolidación como derecho fundamental del derecho al ambiente en los respectivos sistemas constitucionales europeos¹⁴⁵, debe ser tarea prioritaria al esfuerzo internacional por configurar un auténtico derecho al ambiente en el sistema de Estrasburgo, cuya actividad debe ser subsidiaria en relación a la actuación de los órganos estatales.

- B) Derecho (individual) a la intimidad personal y familiar y al domicilio versus los intereses (colectivos) de la comunidad: Paralelismo con contraposición tutela ambiental versus derecho al desarrollo económico: el desarrollo sostenible

Prosigue su razonamiento el Tribunal señalando que el artículo 8 es aplicable en los supuestos sobre ambiente no sólo si la contaminación es directamente causada por el Estado sino que la responsabilidad estatal también surge por no haber regulado de forma apropiada las actividades del sector privado¹⁴⁶. Y tanto si el caso es analizado en términos de una obligación positiva del Estado de adoptar las medidas razonables y apropiadas para asegurar a los demandantes los derechos contenidos en el primer apartado del artículo 8, como en términos de una injerencia de una autoridad pública¹⁴⁷ que pretende justificarse de acuerdo con lo previsto en el apartado segundo de dicho precepto, los principios aplicables son, en líneas generales, similares. En ambos supuestos, debe atenderse a la búsqueda del justo equilibrio entre los intereses en liza: los individuales y los de la comunidad en su conjunto; y en ambas hipótesis el Estado disfruta de un cierto margen de apreciación¹⁴⁸ para determinar los pasos que han de tomarse para asegurar el respeto a la Convención. Además, incluso con relación a las obligaciones positivas que se derivan del primer apartado del artículo, para alcanzar el equilibrio justo, los objetivos mencionados en el segundo apartado pueden tener una notable trascendencia (§ 78)¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Vid. VELASCO CABALLERO, Francisco, "Protección del medio ambiente...", *op. cit.*, pp. 186-187, que rebate las razones esgrimidas a la resistencia de los Estados europeos a tipificar este derecho subjetivo en sus Constituciones.

¹⁴⁶ Algunas apreciaciones interesantes en torno a la relación causal entre los daños ambientales y la inactividad de los poderes públicos, en VELASCO CABALLERO, Francisco, "La protección del medio ambiente...", *op. cit.*, pp. 315-319.

¹⁴⁷ Pues, en efecto, para el TEDH, aunque la finalidad básica del artículo 8 CEDH sea la protección de individuos frente a la injerencia arbitraria de los poderes públicos, no se limita a obligar al Estado a abstenerse de tales injerencias, sino que además de esta obligación primordial negativa, también existen obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar. ARZOZ SANTISTEBAN, Xavier, "Artículo 8...", *op. cit.*, p. 266. En este sentido, entre otras, SSTEDH casos "Airey c. Irlanda", de 9 de octubre de 1979, que afirma que junto a la significación primordialmente negativa del artículo 8, que protege a los individuos de injerencias arbitrarias cometidas por los poderes públicos, pueden establecerse obligaciones positivas inherentes al efectivo respeto a la vida privada o familiar (§ 32); "Guerra y otros c. Italia", *cit.*, § 58; o "Surugiu c. Rumanía", *cit.*, § 59.

¹⁴⁸ La correcta comprensión de la doctrina del margen de apreciación estatal a las restricciones ordinarias de la gran mayoría de los derechos del CEDH, sitúa a la misma en un contexto federal, asimilándola a otros principios propios de las relaciones entre ordenamientos que se dan en el interior de los Estados federales; RODRÍGUEZ, Ángel, *Integración europea...*, *op. cit.*, p. 132.

¹⁴⁹ El mismo criterio jurisprudencial, en SSTEDH casos "Powell and Rayner c. Reino Unido", *cit.*, § 41; "López Ostra c. España", *cit.*, § 51; o "Moreno Gómez c. España", *cit.*, § 55.

El Tribunal considera que en un caso como el presente, que concierne a decisiones de gobierno relativas a obligaciones ambientales, hay dos aspectos que deben ser examinados: en primer lugar, deben evaluarse las ventajas *sustantivas* que entraña la decisión gubernamental, para cerciorarse de que la misma es compatible con el artículo 8; y en segundo lugar, debe analizarse el *procedimiento* de toma de decisión para asegurarse que se le ha conferido la importancia debida al interés de las personas (§ 79)¹⁵⁰.

- a) Desde el punto de vista sustantivo, el Tribunal sostiene, como en anteriores casos que ha resuelto relativos a obligaciones ambientales¹⁵¹, que el Estado debe disfrutar de un amplio margen de apreciación. Así pues, serán las autoridades nacionales las destinadas a evaluar, *prima facie*, la necesidad de la injerencia, pues se encuentran, en principio, mejor situadas que una Corte Internacional para valorar los requerimientos relativos al tratamiento de residuos industriales en un contexto local específico, así como para determinar las políticas ambientales más adecuadas y las medidas individuales, al tiempo que tienen en cuenta las necesidades de la comunidad local¹⁵² (§ 80).

En el presente caso, para justificar la asignación de la licencia para operar la planta a *Ecoservizi* y la subsiguiente decisión de renovarla, el Gobierno aludió a los intereses económicos de la región y del país en su globalidad, y a la necesidad de proteger la salud de los ciudadanos.

- b) No obstante, al Tribunal compete asegurar que los intereses de la comunidad han sido sopesados con el derecho de las personas al respeto de su domicilio y de su vida privada¹⁵³. Reitera el Tribunal que de manera constante ha sostenido¹⁵⁴ que aunque el artículo 8 no contiene explícitamente requerimientos procedimentales, el proceso de toma de decisión para adoptar las medidas que interfieren en el disfrute de ese derecho tiene que ser justo y ofrecer el debido respeto a los intereses reconocidos a los individuos por el artículo 8. Por tanto, resulta preciso considerar los aspectos de tipo procedimental, incluidos el tipo de política o de decisión adoptada, la medida en que han sido tomadas en cuenta las opiniones de

¹⁵⁰ En igual sentido, STEDH caso "*Taşkın y otros c. Turquía*", cit., § 115.

¹⁵¹ SSTEDH casos "*Powell and Rayner c. Reino Unido*", cit., § 44; "*López Ostra c. España*", cit., § 55; "*Buckley c. Reino Unido*", 25 de septiembre de 1996, § 74 y 75; "*Hatton y otros c. Reino Unido*", cit., § 100; y "*Taşkın y otros c. Turquía*", cit., § 116.

¹⁵² Por lo demás, el importante margen de apreciación atribuido a los Estados es, también, consecuencia inmediata del carácter subsidiario del Convenio, que exige una autolimitación del TEDH. CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y GALÁN VIOQUE, Roberto, "¿Hacia un derecho fundamental...?", *op. cit.*, p. 278.

¹⁵³ Nótese cómo en el razonamiento del Tribunal se contiene la distinción (por nosotros aludida) entre normativa ambiental de legalidad interna (cuya aplicación e interpretación corresponde, en primer término, a las autoridades nacionales), y el derecho al respeto a la vida privada y al domicilio que protege el art. 8 CEDH.

¹⁵⁴ Así, en SSTEDH casos "*McMichael c. Reino Unido*", 24 de febrero de 1995, § 87; "*Buckley c. Reino Unido*", cit., § 76; o "*Taşkın y otros c. Turquía*", cit., § 118.

las personas (incluidos los demandantes) a lo largo del procedimiento de toma de decisiones, y las garantías procedimentales disponibles¹⁵⁵ (§ 82).

Un proceso de toma de decisiones relativo a decisiones complejas de política ambiental y económica requiere, para empezar, el desarrollo de investigaciones y estudios apropiados para que aquellos efectos de las actividades que pueden dañar el ambiente e infringir derechos individuales, puedan preverse y evaluarse con anticipación y pueda hallarse el justo equilibrio entre los distintos intereses en juego. Ahora bien, esto no significa que las autoridades puedan tomar decisiones sólo si la información a evaluar se encuentra en su integridad disponible en relación a cada uno y a la totalidad de los aspectos de la cuestión a decidir¹⁵⁶ (§ 82-83).

Para el Tribunal, es indudable la importancia que tiene el acceso del público a las conclusiones de estos estudios y a la información, al posibilitar a los individuos conocer el peligro al que están expuestos¹⁵⁷. Finalmente, las personas afectadas deben estar facultadas para acceder a la tutela judicial contra cualquier decisión, acto u omisión adoptado sin que, a su juicio, se le haya conferido el peso suficiente a sus intereses y a sus observaciones en el proceso de toma de decisiones¹⁵⁸.

Como vemos, la determinación por el Tribunal de si está o no justificada en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 8.2 del Convenio (que protege determinados intereses colectivos) la intromisión en el derecho individual reconocido en el apartado primero, que trae causa en las inmisiones contaminantes vertidas a un domicilio vecino, entra de lleno en la dialéctica desarrollo económico *versus* tutela ambiental, para cuyo difícil equilibrio se viene proponiendo, desde hace más de tres decenios, la fórmula del “desarrollo sostenible”, o, en su formulación más actual, la “sostenibilidad” o “sustentabilidad” integral¹⁵⁹.

Fue en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente Humano, reunida en Estocolmo en 1972, donde se puso de manifiesto por vez primera y de forma oficial la necesidad de preservar para las generaciones futuras el ambiente. Con este precedente, la primera formulación plasmada por escrito de desarrollo sostenible se debe a la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. En 1983, la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó urgentemente a la elaboración de un programa global para el cambio. Por encargo del entonces Secretario General de la O.N.U., Pérez de Cuellar,

¹⁵⁵ SSTEDH casos “*Hatton y otros c. Reino Unido*”, cit., § 100; “*Taşkın y otros c. Turquía*”, cit., § 118.

¹⁵⁶ SSTEDH casos “*Hatton y otros c. Reino Unido*”, cit., § 128; “*Taşkın y otros c. Turquía*”, cit., § 118-119.

¹⁵⁷ En idéntico sentido, STEDH caso “*Taşkın y otros c. Turquía*”, cit., § 119; y, *mutatis mutandis*, SSTEDH casos “*Guerra y otros c. Italia*”, cit., § 60 y “*McGinley y Egan c. Reino Unido*”, de 9 de junio de 1998, § 97.

¹⁵⁸ En idéntico sentido, STEDH caso “*Taşkın y otros c. Turquía*”, cit., § 119; y, *mutatis mutandis*, STEDH caso “*Hatton y otros c. Reino Unido*”, cit., § 128.

¹⁵⁹ Este nuevo paradigma surge a raíz de las críticas vertidas hacia el concepto de desarrollo sostenible, al que se tilda de ser excesivamente reducido, tecnocrático, economicista, ambiguo y no ecocéntrico. Su revisión desde la nueva ética, global e integral, de sustentabilidad exige integrar en políticas innovadoras un estadio de la conciencia y actividad humanas implicadas en las relaciones interpersonales, sociales, políticas y económicas con la naturaleza. ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, “Del desarrollo sostenible...”, *op. cit.*, pp. 151-155.

dicha Comisión elaboró el Informe llamado "Nuestro futuro común" (1987), más conocido como "Informe Brundtland" en honor a Gro Harlem Brundtland, por entonces Primera Ministra de Noruega, encargada de presidir la Comisión. El Informe parte de la convicción de que está en manos de la Humanidad asegurar que se satisfagan las necesidades y aspiraciones (principal objetivo del desarrollo) del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer las propias, para definir el "desarrollo sostenible" como aquel «proceso de cambio en el cual la explotación de los recursos, la orientación de la evolución tecnológica y la modificación de las instituciones están acordes y acrecientan el potencial actual y futuro para satisfacer las necesidades y aspiraciones humanas»¹⁶⁰.

Por su parte, el nuevo paradigma de la sostenibilidad quedó fundamentado en la Declaración de Chicago del Parlamento de las Religiones del Mundo, de 4 de septiembre de 1993, siendo recogido en la Carta de la Tierra de 2000. En este importante documento se destaca que la atención a los retos medioambientales se tiene que realizar desde una actitud ética que, además de la protección ambiental, reconozca la interdependencia de los derechos humanos, el desarrollo sostenible y la paz. El contenido material de la ética de la sostenibilidad se ha recogido también en el Manifiesto por la vida por una ética de la sustentabilidad (San Pablo, Brasil, del 15 al 17 de mayo de 2002), a la que califica de una ética del bien común; y en la Declaración de Johannesburgo de 2002, nacida del Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible¹⁶¹.

Esta ampliación del contenido de desarrollo sostenible, concepto que ahora asume entidad propia, desbordando su inicial marco de referencia, que era el ambiente, para extenderse en una triple dimensión ecológica, económica y social, viene acompañado de una mutación en su naturaleza, pues de simple *desiderátum* u objetivo pasa a formularse como principio jurídico, un verdadero principio general del Derecho, en el que se fundamenta de forma cada vez más insistente el legislador, y que resulta aplicable por las Administraciones e invocable ante los Tribunales¹⁶².

La implementación de las estrategias que demandan un "desarrollo sostenible" exige, entre otros instrumentos, el intento de conciliar, en la legislación y en el proceso de toma de decisiones, tanto a nivel interno como en el plano internacional¹⁶³, las exigencias ecológicas y las consideraciones

¹⁶⁰ COMISIÓN MUNDIAL DEL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO, *Nuestro futuro común*, Alianza Editorial, Madrid, 1992, pp. 29, 64, 68 y 70. Esta idea sería uno de los ejes vertebradores del Derecho Ambiental, al que se le concibe: «como un crisol en que han de fundirse la escala de valores de la sociedad, la acogida y preparación de los planes de vida y la economía, el control del estado del ambiente en función de los avances de la ciencia»; PÉREZ MORENO, Alfonso, "Reflexiones sobre la sustantividad del Derecho ambiental", en *RAP*, núms. 100-102, vol. III (enero-diciembre, 1983), p. 2786.

¹⁶¹ Vid. ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, "Del desarrollo sostenible...", *op. cit.*, pp. 155-160.

¹⁶² Cfr. BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier, "Criterios de una nueva reglamentación...", *op. cit.*, pp. 117-118; y PIÑAR MAÑAS, José Luis, "El desarrollo sostenible como principio jurídico", en COSCULLUELA MONTANER, Luis (Coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 190 y 202.

¹⁶³ El desarrollo sostenible se reconoce como principio básico del ordenamiento comunitario, p.ej., en los PACMAS V (de 1 de febrero de 1993, "Hacia un desarrollo sostenible"; DOCE C 138, de 17

de orden económico¹⁶⁴. El punto de encuentro de ambas tendencias¹⁶⁵ sólo se hallará, según el prisma del principio jurídico de sostenibilidad en su actual reformulación hacia lo global e integral¹⁶⁶, si la protección ambiental se articula con arreglo a ciertos criterios como son: la integración de la tutela ambiental en toda actividad, pública o privada, susceptible de producir impactos (transversalidad u horizontalidad); la dependencia normativa del estado de la investigación científica y tecnológica, y, en defecto de resultados concluyentes, apoyo en el principio de cautela o precaución; y la potenciación del control administrativo preventivo¹⁶⁷.

Aplicando el esquema descrito al presente caso, y avanzando en la *ratio decidendi* de esta sentencia, el Tribunal, a la hora de determinar el margen de apreciación permitido al Estado demandado, procede a examinar si se ha atribuido el peso debido a los intereses de la demandante y si ella ha podido disfrutar de las suficientes garantías procedimentales.

El TEDH aprecia que, desde el principio, ni la decisión de conceder a *Ecoservizi* la licencia para operar en la planta (otorgada por el Consejo Regional de Lombardía en 1982), ni la decisión de autorizarle para tratar residuos industriales mediante el procedimiento de desintoxicación (1989), el cual implica el uso de sustancias químicas que entrañan, de forma potencial, significativos riesgos para el ambiente y la salud humana, fueron precedidos de una investigación o estudio apropiados, realizados conforme con las previsiones normativas aplicables a este asunto.

En efecto, la normativa italiana entonces aplicable (art. 6 Ley 349/1986) prevenía que el Ministro de Ambiente debía llevar a cabo un procedimiento previo de EIA para aquellas instalaciones cuyas operaciones pudieran ocasionar efectos adversos en el ambiente, entre las que se sitúan aquellas destinadas al tratamiento de residuos tóxicos y nocivos mediante el uso de sustancias

de mayo de 1993) y VI (Medio ambiente 2010: el futuro está en nuestras manos, 2001-2010; COM de 31 de enero de 2001), que conciben como indisolubles las dimensiones ambiental, económica y social; y también halla reflejo en los ordenamientos internos, como es el caso italiano (vid. art. 2.1 Decreto Legislativo 152/2006, cuyo tenor expusimos *supra*, aptdo. III, inciso A, *in fine*).

¹⁶⁴ Vid. COMISIÓN MUNDIAL DEL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO, *Nuestro futuro común...*, *op. cit.*, pp. 74-91.

¹⁶⁵ Punto de equilibrio de difícil consecución en ciertos casos; algunos ejemplos en que el ambiente se manifiesta con rasgos asimétricos al mercado en LOPERENA ROTA, Demetrio, "El servicio público ambiental", en RVAP, núm. 57 (mayo-agosto, 2000), pp. 103 y 107

¹⁶⁶ Es crucial el acento en la dimensión global o integral con que se liga el vigente modelo de "desarrollo sostenible", ya que se ha hecho notorio que la problemática ambiental, por una parte, se extiende a nivel planetario, requiriendo acciones de tipo global; y, por otra, abarca las esferas económica, social y política, afectando todos los ámbitos de la actividad humana «obligando así a ampliar el análisis para desentrañar causas e implicaciones económicas, sociales y políticas en la búsqueda de soluciones que no pueden ser solamente de tipo ambiental o ecologista, sino que deben tener un alcance sistémico»; BIFANI, Paolo, *Medio ambiente y desarrollo sostenible*, Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África, Col. Textos, 18, Madrid, 4ª edic., 1999, pp. 124-125.

¹⁶⁷ Vid. BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier, "Criterios de una nueva reglamentación...", *op. cit.*, pp. 120-154.

químicas. Pero, no obstante lo anterior, el Tribunal aprecia que no se requirió a *Ecoservizi* que asumiera este estudio hasta 1996, siete años después de haber comenzado sus actividades de desintoxicación de residuos industriales.

Igualmente, el Tribunal observa que durante el procedimiento de EIA, que no concluyó hasta la decisión final adoptada el 28 de abril de 2004, el Ministro de Ambiente encontró en dos ocasiones (Decretos de 24 de mayo de 2000 y de 30 de abril de 2001), que las actividades de la planta eran incompatibles con la normativa ambiental debido a su localización geográfica inapropiada y a que existían riesgos concretos para la salud de los residentes locales.

La demandante tuvo la oportunidad de recurrir a los órganos judiciales y de someterles sus quejas, observando el Tribunal que entre 1994 y 2004 ella interpuso cinco recursos ante la Corte Administrativa Regional solicitando la revisión judicial de decisiones del Consejo Regional autorizando las actividades de la compañía, así como la suspensión de las actividades de la planta; tres grupos de procesos judiciales se sucedieron, el último de los cuales aún está pendiente.

El primer grupo de procesos entablado por la demandante finalizó en 1998 cuando la Corte Administrativa desestimó sus reclamaciones. Sin embargo, en el segundo grupo de procesos contenciosos, la Corte Regional de Lombardía (29 de abril de 2003) y el Consejo de Estado (25 de mayo de 2004), sostuvieron que las actividades de la planta carecían de base legal, por lo que debían ser suspendidas con efectos inmediatos hasta que la compañía pudiera cumplir con las prescripciones de protección ambiental, y, por consiguiente, pudiera obtener una evaluación positiva por parte del Ministro de Ambiente. Pero las autoridades administrativas no ordenaron, en ningún momento, el cierre de la instalación.

Así pues, el Tribunal considera que las autoridades estatales fallaron en el cumplimiento de la legislación interna en materia ambiental, y que rehusaron, en el contexto del segundo grupo de procesos administrativos, respetar las decisiones judiciales que encontraron ilegales las actividades en cuestión, deviniendo así inútiles las garantías procedimentales previamente disponibles para la recurrente¹⁶⁸ e infringiendo el principio del imperio de la ley (*'rule of law'*) (§ 93).

Para el TEDH, la maquinaria procesal prevista por un sistema legal interno para la protección de los derechos individuales, y en particular la obligación de dirigir un procedimiento de EIA previo para cualquier proyecto con consecuencias ambientales potencialmente nocivas, y la posibilidad para cualquier ciudadano de participar en el procedimiento de licencia y de someter sus propias observaciones a las autoridades judiciales y, en su

¹⁶⁸ En esta línea, el TEDH, al señalar el contenido del derecho a un proceso justo que el Convenio reconoce en su art. 6º, ha tenido ocasión de subrayar que este derecho, y las garantías procesales que lo integran, deviene ilusorio, incompatible con el principio del imperio de la ley y perjudicial para una de las partes, si el sistema legal del Estado parte carece de un mecanismo de ejecución efectiva de la decisión judicial finalmente adoptada. STEDH caso *"Inmobiliaria Saffy c. Italia"*, de 28 de julio de 1999, § 63.

caso, obtener una orden de suspensión de una actividad peligrosa, fueron privados de cualquier efecto provechoso en el presente caso durante un largo periodo de tiempo (§ 94).

En opinión del Tribunal, incluso suponiendo que, siguiendo el Decreto de EIA de 28 de abril de 2004, las medidas y los requerimientos indicados en el mismo hubieran sido implementados por las autoridades competentes y se hubieran dado los pasos necesarios para proteger los derechos de la demandante, lo cierto es que, durante varios años su derecho al respeto de su domicilio se vio seriamente afectado por las actividades peligrosas realizadas en la planta, construida a treinta metros de su casa.

Habiendo considerado los argumentos precedentes, y a pesar del margen de apreciación permitido al Estado demandado¹⁶⁹, el Tribunal considera que el Estado no logró el justo equilibrio entre el interés de la comunidad en tener una planta para el tratamiento de residuos industriales tóxicos y el disfrute efectivo por la demandante de su derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar (§ 97). Por todo lo anterior, y por unanimidad, se acuerda desestimar las objeciones formuladas por el Gobierno y apreciar que ha sido conculcado el derecho reconocido en el artículo 8 CEDH.

VII. FALLO, EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA Y EFECTOS EN EL ORDENAMIENTO INTERNO

El Tribunal condena al Estado italiano (en virtud del art. 41 CEDH¹⁷⁰), al pago de la suma de 12,000 euros por los daños no pecuniarios generados a la demandante durante años por la violación de este derecho, y de otros 8,598 euros en concepto de costas procesales, por los gastos contraídos por la demandante ante los órganos judiciales internos y ante el TEDH.

Así pues, la ejecución de la sentencia "*Giacomelli c. Italia*", cuestión de mayor interés para la demandante, requerirá el pago puntual de las cantidades señaladas en el fallo por el Tribunal: esto es, el efecto jurídico-internacional del fallo es la responsabilidad del Estado italiano de proceder a esta "satisfacción equitativa" a la demandante. Y, lo que es más interesante para nosotros, en el orden interno, indudablemente esta sentencia conllevará ciertas consecuencias de forma inmediata porque, a fin de evitar este tipo de condenas, a nuestro modo de ver en este caso justa y merecida, los órganos internos, ante todo administrativos y judiciales¹⁷¹, deberán cambiar su forma de actuación para

¹⁶⁹ El Tribunal rechazó el argumento del Gobierno de que el Decreto de 28 de abril de 2004 -en el que el Ministro de Ambiente autorizaba la continuidad de las actividades de la planta-, y la decisión de 23 de julio de 2004 -en la que la Corte Administrativa Regional de Lombardía denegó la solicitud de suspensión de la demandante-, sirvan de prueba de la falta de peligro que entrañaban las actividades realizadas en el lugar y de los esfuerzos desempeñados por las autoridades internas de realizar un justo equilibrio entre los intereses de la demandante y los de la comunidad (§ 95).

¹⁷⁰ «Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa».

¹⁷¹ En realidad, ya no se trata de elucidar si las resoluciones del TEDH tienen o no fuerza ejecutoria

evitar un reguero de demandas por este tipo de asuntos. Sin olvidar tampoco que esta clase de sentencias produce así mismo el incremento de la sensibilidad social sobre los niveles de calidad ambiental, por servir a la educación ambiental¹⁷², uno de los baluartes más sólidos para la adecuada protección del ambiente.

No está de más recordar aquí que el Tribunal de Estrasburgo no se incardina jerárquicamente entre los órganos jurisdiccionales internos, a modo de una instancia superior o supercasación, pues la efectividad de sus resoluciones exige el concurso de los órganos internos del Estado correspondiente¹⁷³. Pero, en el límite de su potestad, ejerce jurisdicción, y el ejercicio de ésta debe surtir efectos en el ordenamiento interno, que son plenamente queridos por el Estado que ratifica el Convenio (según lo dispuesto en el art. 46 CEDH), y además pronuncia una declaración expresa, si bien las propias limitaciones del CEDH permiten que sea el Estado parte el que decida los medios para conformarse a la resolución del TEDH¹⁷⁴.

Ciñéndonos a Italia, la vinculación de los jueces internos a la jurisprudencia de Estrasburgo contaba ya con un sólido argumento mediante la incorporación del CEDH a través del artículo 10 de la Constitución¹⁷⁵, de modo que su recepción interna se operaba concediéndole rango constitucional o cuasiconstitucional¹⁷⁶; pero desde hace poco menos de una década se ha visto sensiblemente estimulada por cuatro motivos¹⁷⁷:

- a) la entrada en vigor del Protocolo adicional 11 al CEDH, en 1998, que ha hecho más sugestible el mecanismo jurisdiccional de Estrasburgo a los ojos de los particulares y de sus abogados, al tiempo que ha convertido en indisoluble el nexo entre la jurisprudencia del TEDH y el texto escrito del CEDH, ya que se anula «*la possibilita per uno Stato di siglare la Convenzione rifiutando al contempo la giurisdizione della Corte europea*»;
- b) la promulgación de la Ley “Pinto”, Ley 89/2001, de 24 de marzo de 2001

en los ordenamientos internos, «*sino que, por el contrario, son los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros del Consejo de Europa quienes vinculan o “arrojan luz” con sus decisiones a dichas Instituciones internacionales*». CÁMARA DEL PORTILLO, Diego, “La eficacia en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *REDA*, núm. 87 (julio-septiembre, 1995), p. 455.

¹⁷² En este sentido, LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Derechos fundamentales...”, *op. cit.*, p. 357.

¹⁷³ Y así, mientras los Tribunales internos están autorizados para declarar la existencia de una violación de derechos y para reparar adecuadamente sus consecuencias, el TEDH sólo puede realizar una declaración de aquella especie (efecto declarativo) y remitirse, en un primer momento, a los órganos nacionales para llevar a cabo la pertinente reparación (ejecución), o, de ser ésta imposible, resolver posteriormente la adopción de una satisfacción equitativa. REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, “La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales (A propósito de la STC 245/91, caso ‘Bultó’)”, en *REDC*, núm. 35 (mayo-agosto, 1992), pp. 189 y 190.

¹⁷⁴ Vid. BUJOSA VADELL, Lorenzo M., *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Ordenamiento español*, Tecnos, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1997, pp. 69-83.

¹⁷⁵ Que en su primer párrafo dispone: «*El ordenamiento jurídico italiano se ajustará a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas*».

¹⁷⁶ RODRÍGUEZ, Ángel, *Integración europea...*, *op. cit.*, p. 115.

¹⁷⁷ Vid. GUAZZAROTTI, Andrea, “La CEDU e l’ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche”, en *QC*, 3 (2006), pp. 492-495.

(G.U. núm. 78, de 3 de abril de 2001), que aplica los criterios del TEDH *ex* artículo 6.1 CEDH, para obtener una satisfacción equitativa en caso de duración irrazonable del proceso;

- c) la, ya aludida¹⁷⁸, reforma del artículo 117, párrafo 1^o¹⁷⁹, del Texto Constitucional, que obliga al legislador italiano, estatal y regional, al respeto de las obligaciones internacionales; y
- d) la remisión al respeto del CEDH contenido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, afianzándose de este modo el vínculo entre el Derecho del CEDH y el Derecho Comunitario¹⁸⁰ y, a través de éste, con el juez común.

VIII. RECAPITULACIÓN

I. La sentencia que resuelve el caso “*Giacomelli contra Italia*”, dictada el 2 de noviembre de 2006, se inscribe en la línea jurisprudencial, abierta por el TEDH desde hace algunos años, de protección del derecho al disfrute del ambiente subsumiéndolo en el derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio.

II. La Constitución italiana, por la fecha en que fue promulgada, no incluyó la tutela ambiental ni como derecho subjetivo ni como principio rector. Este déficit de estructuración orgánica de la materia del ambiente ha propiciado el retraso en el tratamiento unitario de la misma, que finalmente se lograría, gracias a un esfuerzo compartido por el legislador y la Corte Constitucional, en la década de los ochenta. Como colofón de este esfuerzo integrador puede citarse el vigente Decreto Legislativo 152/2006, de 3 de abril, Normas en Materia Ambiental, dictado siguiendo lo dispuesto por la Ley 308/2004, de 3 de mayo, que delegaba al Gobierno la ordenación, coordinación e integración de las disposiciones legislativas en determinados sectores ambientales.

Entre las temáticas reguladas por dicho Decreto Legislativo, que ha sido calificado de “texto unificado” en materia ambiental, se encuentran el procedimiento de EIA (una de las técnicas de mayor trascendencia en el Derecho

¹⁷⁸ Vid. *supra*, nota a pie de pág. núm. 7.

¹⁷⁹ «El poder legislativo será ejercido por el Estado y por las Regiones dentro de los términos de la Constitución, así como de las obligaciones que deriven del ordenamiento comunitario y de los compromisos internacionales».

¹⁸⁰ En el ámbito europeo, las políticas de protección ambiental que promueven el Consejo de Europa, la OCDE o la Unión Europea no son coincidentes, tanto en lo relativo a su grado de efectividad como respecto a los Estados implicados en tales organizaciones. No obstante, esas mismas notas diferenciadoras permiten configurar tales políticas como complementarias entre sí (y, añadiríamos nosotros, mutuamente influyentes). Y así, si bien el protagonismo en la materia corresponde a la Unión Europea, sería difícil su cabal comprensión sin los complementos procedentes de las otras instituciones de poder europeo, destacadamente del Consejo de Europa. LÓPEZ RAMÓN, Fernando, “Caracteres del Derecho Comunitario Europeo Ambiental”, en *RAP*, núm. 142 (enero-abril, 1997), p. 53.

Ambiental, regida por el principio de acción preventiva) y la gestión de residuos (temática igualmente de innegable trascendencia), ambas insertas en el caso en autos, si bien al momento de su enjuiciamiento eran reguladas por sendas normativas, redactadas siguiendo las directrices comunitarias.

III. En esta sentencia se evidencia la tendencia del Tribunal de Estrasburgo de relativizar de forma progresiva la rigidez de la regla procesal del previo agotamiento de los recursos internos (art. 35.1 CEDH), inspirada ésta en el principio de subsidiariedad del mecanismo de garantía que encarna el sistema del TEDH.

IV. Participamos de aquellas propuestas que echan en falta en países como Italia un mecanismo de protección reforzada de los derechos fundamentales ante los órganos de justicia constitucional -semejante a nuestro "recurso de amparo" por violación de derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional- como mecanismo que sirva, por una parte, para aliviar la sobrecarga de trabajo del TEDH, que corre el riesgo de "morir de éxito"; y, por otra, para brindar un mecanismo adicional de garantía interna de los "derechos fundamentales".

V. Juzgamos encomiable la labor desempeñada por el TEDH, desde una interpretación extensiva y dinámica de los derechos contenidos en el CEDH, al que considera "instrumento vivo", de proteger, mediante la técnica de la eficacia cruzada, a quienes padecen agresiones al ambiente considerándolas intromisiones al derecho al domicilio (art. 8 CEDH).

No obstante, creemos inapropiada (por distorsionar la dogmática propia del derecho al disfrute del domicilio: de ahí las propuestas doctrinales que sugieren, a iguales efectos, acudir a la interpretación extensiva del artículo 3 CEDH), sesgada (por tutelar únicamente algunos de los aspectos de los que compondría el contenido del derecho al ambiente), insuficiente (pues incluso importantes agresiones ambientales quedarían desprotegidas por no tener cabida en las categorías de "derechos prestados" por el sistema de Estrasburgo), antropocéntrica e individualista, esta vía de protección ambiental. De ahí que nos atrevamos a formular una propuesta, *de lege ferenda*: que los Estados parte del sistema del Consejo de Europa sumen esfuerzos por elaborar un Protocolo Adicional al CEDH en el que se dé un reconocimiento expreso al derecho subjetivo al ambiente.

VI. Para determinar si está o no justificada la injerencia en el derecho a la inviolabilidad del domicilio, producida por la constante emisión de agentes contaminantes, el TEDH señala que hay que atender a si se ha buscado el justo equilibrio entre los intereses en conflicto: los individuales, representados por el derecho a la inviolabilidad domiciliaria de la demandante, y los de la comunidad en su conjunto, que para el Gobierno italiano eran los intereses económicos de la región y del país en su globalidad, y la necesidad de proteger la salud de los ciudadanos; para lo cual el Tribunal confiere un amplio margen de apreciación a los Estados. Finalmente, en el caso en examen, se concluye que la injerencia producida en el derecho a la vida privada y familiar y al domicilio de la demandante es ilegítima, dado que los órganos del Estado italiano no velaron por el cumplimiento de la normativa interna ambiental que regía este supuesto.

Para nosotros, la búsqueda de este justo equilibrio resulta en buena medida asimilable a la dialéctica “desarrollo económico *versus* tutela ambiental”, para cuya difícil armonía se viene proponiendo, desde hace más de tres decenios, el modelo del “desarrollo sostenible”, o, en su formulación más actual, el paradigma de la “sostenibilidad” o “sustentabilidad” integral, que corrige el anterior al configurarse como verdadero principio jurídico y al partir de una actitud ética y global que, además de la protección ambiental, reconozca la interdependencia de los derechos humanos, el desarrollo sostenible y la paz.

VII. La ejecución de la sentencia “*Giacomelli c. Italia*”, que se identifica con el efecto jurídico-internacional del fallo, consiste en la responsabilidad del Estado italiano de hacer efectivo el pago puntual de las cantidades señaladas por el Tribunal, en concepto de daños no pecuniarios generados por la violación de este derecho y de costas procesales.

Y, respecto a sus efectos en el orden interno, aparte las consecuencias inmediatas que tendrá la sentencia derivadas de la previsión de los órganos nacionales de evitar un aluvión de demandas por este tipo de asuntos, la vinculación de los jueces internos a la jurisprudencia de Estrasburgo, que ya contaba con un sólido argumento mediante la incorporación del CEDH a través del artículo 10 de la Constitución, que le procuraba así rango constitucional o cuasiconstitucional, se ha visto aún más impulsada por cuatro motivos: a) la entrada en vigor del Protocolo adicional 11 al CEDH, en 1998; b) la promulgación de la Ley “Pinto”, Ley 89/2001, de 24 de marzo de 2001; c) la reforma del artículo 117, párrafo 1º, de la Constitución; y d) la remisión al respeto del CEDH contenido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDO ZAMORA, Miguel J., *El Tribunal Constitucional y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001.

ALENZA GARCÍA, José Francisco, *Manual de Derecho ambiental*, Universidad Pública de Navarra, Colección: Aspectos Jurídicos, 4, Pamplona, 2001.

ALONSO GARCÍA, Enrique, *El Derecho Ambiental de la Comunidad Europea. Vols. I (El marco constitucional de la Política Comunitaria de Medio Ambiente. Aplicación de la legislación ambiental comunitaria) y II (El contenido sustantivo de la legislación comunitaria de medio ambiente)*, Fundación Universidad-Empresa, Colección: Cuadernos de Estudios Europeos, Madrid, 1993.

ALLENDE DE LANDA, José, “La Evaluación de Impacto Ambiental. Marco de referencia y aspectos relevantes a debatir”, en *Ciudad y Territorio*, núm. 83-1 (Invierno, 1990), pp. 45-66.

ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, “Del desarrollo sostenible a la sostenibilidad. Pensar globalmente y actuar localmente”, en *Revista de Derecho Urbanístico y*

Medio Ambiente, núm. 226 (junio, 2006), pp. 139-211.

_____, “La Evaluación de Impacto Ambiental en el Derecho Comunitario”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 190 (diciembre, 2001), pp. 133-205.

ARANA GARCÍA, Estanislao, “Aspectos competenciales de la Evaluación de Impacto Ambiental. Comentario a la STC 13/1998, de 22 de enero de 1998”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 162 (junio, 1998), pp. 151-170.

ARNOLD, Rainer, “El desarrollo de la protección de los derechos fundamentales en Europa”, en CORCUERA ATIENZA, Javier (Coord.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Dykinson, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Madrid, 2002.

ARZOZ SANTISTEBAN, Xavier, “Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar”, en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Gobierno Vasco, Civitas, Madrid, 2004.

BELLVER CAPELLA, Vicente, “El contenido del derecho al medio ambiente”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 34 (2000), pp. 199-219.

BENVENUTI, Luigi, “Il diritto dell’ambiente nella prospettiva dell’etica applicata”, en *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, 3 (settembre-diciembre 2000), pp. 453-477.

BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier, “Criterios de una nueva reglamentación ambiental. A propósito de la regulación económica y el medio ambiente”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 198 (diciembre, 2002), pp. 111-154.

BIFANI, Paolo, *Medio ambiente y desarrollo sostenible*, Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África, Col. Textos, 18, Madrid, 4ª edic., 1999.

BOUAZZA ARIÑO, Omar, “Respeto a la vida privada y protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Administración Pública*, núm. 160 (enero-abril, 2003), pp. 167-202.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “Aproximación a una teoría general de los derechos fundamentales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 74 (mayo-agosto, 2005), pp. 111-138.

BUJOSA VADELL, Lorenzo M., *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Ordenamiento español*, Tecnos, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1997.

CÁMARA DEL PORTILLO, Diego, “La eficacia en España de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 87 (julio-septiembre, 1995), pp. 451-455.

CARAVITA, Beniamino, *Diritto pubblico dell’ambiente*, Il Mulino, Serie di diritto, Bologna, 1990.

CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y GALÁN VIOQUE, Roberto, “¿Hacia un derecho fundamental a un medio ambiente adecuado? (Comentario en torno

al asunto López Ostra contra España, resuelto por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 86 (abril-junio, 1995), pp. 271-285.

COMISIÓN MUNDIAL DEL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO, *Nuestro futuro común*, Alianza Editorial, Madrid, 1992.

CUBEL SÁNCHEZ, Pablo, “La caracterización de los residuos peligrosos en el ordenamiento jurídico español tras la Ley 10/1988, de 21 de abril, de Residuos”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 166 (diciembre, 1998), pp.163-187.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen, “La autorización ambiental integrada: la Ley 16/2002, de 1 de Julio, de prevención y control integrados de la contaminación”, en *Revista Andaluza de Administración Pública*, 47 (julio-septiembre, 2002), pp. 43-71.

DE VEGA GARCÍA, Pedro, *Mundialización y Derecho Constitucional: para una palingenesia de la realidad constitucional*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita-Universidad Externado de Colombia, Temas de Derecho Público, 50, Bogotá, 1998.

DEL VAL, Alfonso, “La prevención, objeto final de toda gestión ecológicamente avanzada de los residuos”, en ROMANO, Dolores y BARRENECHEA, Pablo (Coords.), *Instrumentos económicos para la prevención y el reciclaje de los residuos urbanos*, Bakeaz-Fundación Ecología y Desarrollo, Zaragoza, 2001.

D’IGNAZIO, Guerino, “La tutela del ambiente y la protección de las áreas naturales en Italia”, en RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo (Coord.), *Derecho Comparado del medio ambiente y de los espacios naturales protegidos*, Comares, Colección Ecorama, 13, Granada, 2000.

EMBED IRUJO, Antonio, “El papel del Estado en el medio ambiente, ¿vigilante o gestor?”, en SOSA WAGNER, Francisco (Coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, T. III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ESTEVE PARDO, José, “El Derecho del medio ambiente como Derecho de decisión y gestión de riesgos”, en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 4 (2006), pp. 7-16.

FONDERICO, Francesco, “La ‘codificazione’ del Diritto dell’Ambiente in Italia: modelli e questioni”, en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 3 (2006), pp. 613-638.

GALLARDO CASTILLO, María Jesús. *El Derecho de Bienes de las Entidades Locales, LA LEY, EL CONSULTOR*, Madrid, 2007.

GARCÍA SIMÓN, Valia, “La contaminación sonora: su importancia, regulación jurídica y distribución territorial de competencias”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2ª época, núm. 16: extraordinario dedicado al 2º Curso de Derecho Ambiental (2º semestre, 1998), pp. 277-290.

GARCÍA URETA, Agustín, *Marco jurídico del procedimiento de evaluación de impacto*

ambiental: El contexto comunitario y estatal, Instituto Vasco de Administración Pública, Colección: Tesis Doctorales, Bilbao, 1994.

GIANNINI, Massimo Severo, "'Ambiente': Saggio sui diversi suoi aspetti giuridici", en *Rivista trimestrale di Diritto Pubblico*, 1 (1973), pp. 15-53.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, "El reconocimiento de los derechos humanos en las Convenciones Internacionales y su proyección jurisprudencial", en *VVAA, XXI Jornadas de Estudio (9 a 11 de junio de 1999). Hacia una Justicia Internacional*, Ministerio de Justicia-Banco Santander Central Hispano, Civitas, Madrid, 2000.

GUZZAROTTI, Andrea, "La CEDU e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche", en *Quaderni Costituzionali. Rivista italiana di Diritto Costituzionale*, 3 (2006), pp. 491-505.

HÄBERLE, Peter, "Derecho Constitucional Común Europeo", en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 79 (enero-marzo, 1993), pp. 7-46.

HERRERO DE LA FUENTE, Alberto A., "Derechos Humanos y protección de medio ambiente: nuevos desarrollos en el plano internacional", en *VVAA, XXI Jornadas de Estudio (9 a 11 de junio de 1999). Hacia una Justicia Internacional*, Ministerio de Justicia-Banco Santander Central Hispano, Civitas, Madrid, 2000.

IBÁÑEZ MENDIZÁBAL, Raquel e IRABIEN GULÍAS, Ángel, "Identificación y caracterización de residuos peligrosos", en RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Juan J. e IRABIEN GULÍAS, Ángel (Eds.), *Los residuos peligrosos. Caracterización, tratamiento y gestión*, Síntesis, Madrid, 1999.

JIMÉNEZ DE PARGA Y MASEDA, Patricia, "Análisis del principio de precaución en Derecho internacional público: perspectiva universal y perspectiva regional europea", en *Política y Sociedad*, vol. 40, núm. 3 (2003), pp. 7-22.

JIMÉNEZ PLAZA, Carmen, "Una nueva clave interpretativa del concepto residuo en el Derecho italiano: ¿Un paso más hacia la diversidad conceptual comunitaria?", en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 207 (enero-febrero, 2004), pp. 151-192.

LOPERENA ROTA, Demetrio, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Civitas-IVAP, Madrid, 1996.

_____, *Los principios del Derecho Ambiental*, Civitas-IVAP, Madrid, 1998.

_____, "El servicio público ambiental", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 57 (mayo-agosto, 2000), pp. 99-112.

LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, "El Régimen Jurídico de la evaluación de impacto ambiental", en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 4 (octubre-diciembre, 1990), pp. 61-91.

LÓPEZ MENUDO, Francisco, "El derecho a la protección del medio ambiente", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10 (septiembre-diciembre,

1991), pp. 161-201.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando, "Caracteres del Derecho Comunitario Europeo Ambiental", en *Revista de Administración Pública*, núm. 142 (enero-abril, 1997), pp. 53-74.

_____, "Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 95 (julio-septiembre, 1997), pp. 347-364.

_____, "Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos del Estado", en *Revista de Administración Pública*, núm. 160 (enero-abril, 2003), pp. 11-47.

_____, "Problemas viejos y actuales tras el nuevo régimen de la evaluación de impacto ambiental", en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 43 (julio-septiembre 2001), pp. 11-44.

MACÍAS CASTILLO, Agustín, *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, Madrid, 2004.

MANTINI, Pierluigi, *Lezioni di Diritto Pubblico dell'Ambiente*, Cedam, Padova, 1991.

MARTÍN MATEO, Ramón, *Manual de Derecho Ambiental*, Aranzadi, Pamplona, 3ª edic., 2003.

_____, *Tratado de Derecho Ambiental, vol. I*, Trivium, Madrid, 1991.

MARTÍN MORALES, Ricardo, REQUENA LÓPEZ, Tomás y GUILLÉN LÓPEZ, Enrique, "Aspectos constitucionales de la Ley del Ruido: derechos, fuentes y competencias", en ARANA GARCÍA, Estanislao y TORRES LÓPEZ, María Asunción (Coords.), *Régimen jurídico del ruido: una perspectiva integral y comparada*, Comares, Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2004.

_____, "Los derechos fundamentales y 'la movida'", en REQUENA LÓPEZ, Tomás; MARTÍN MORALES, Ricardo; y GUILLÉN LÓPEZ, Enrique, *El régimen constitucional de 'la movida'*, Grupo Editorial Universitario, Línea Jurídica, Biblioteca de Derechos Fundamentales, Granada, 2001.

MARTÍN VIDA, María Ángeles, *Protección jurídico-civil frente el ruido en España y en Alemania*, Tirant lo Blanch, Colección Privado, 83, Valencia, 2007.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "La defensa cruzada de derechos: La protección del medio ambiente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132 (octubre-diciembre, 2006), pp. 727-746.

MEZZETTI, Luca, "Comparación y armonización internacional en el Derecho del medio ambiente", en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 18 (mayo-agosto, 1987), pp. 211-230.

MONTORO CHINER, María Jesús, "El estado ambiental de Derecho. Bases constitucionales", en SOSA WAGNER, Francisco (Coord.), *El Derecho Adminis-*

trativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo, T. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

NEBRERA, Montserrat, "Intimidad y seguridad: dos conceptos y un conflicto", en NEBRERA, Montserrat (Coord.), *Intimidad y seguridad*, Asociación de Directivos de Seguridad Integral-Instituto Superior de Estudios de la Gobernabilidad y la Seguridad, Barcelona, 2001.

ORTEGA, L.I., "El proceso de formación del Convenio Europeo", en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (Coord.), *El sistema europeo de protección de los derechos humanos. Estudio de la Convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Monografías, Madrid, 2ª edic., 1983.

PASTOR RIDRUEJO, José Antonio, "El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la reforma de la reforma", en *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 6-7 (2000-2001), pp. 429-440.

PAULI, Luca De, "L'interesse ambientale nel procedimento", en *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, 2-3, (maggio-dicembre 2001), pp. 335-376.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 9ª edic., 2005.

PÉREZ MORENO, Alfonso, "Reflexiones sobre la sustantividad del Derecho ambiental", en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, vol. III (enero-diciembre, 1983), pp. 2767-2786.

PÉREZ MORENO, Alfonso; ESCRIBANO COLLADO, Pedro; y LÓPEZ GONZÁLEZ, José Ignacio, "Desarrollo legislativo de la Constitución en materia de protección del medio ambiente", en *Revista de Administración Pública*, núm. 103 (enero-abril, 1984), pp. 361-416.

PÉREZ SOLA, Nicolás, "Instrumentos Jurídicos y Programas de la Política Comunitaria de Medio Ambiente", en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 20 (octubre-diciembre, 1994), pp. 65-101.

PIÑAR MAÑAS, José Luis, "El desarrollo sostenible como principio jurídico", en COSCULLUELA MONTANER, Luis (Coord.), *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid.

PIZZORUSSO, Alessandro, "El Tribunal Constitucional italiano", en FAVOREU, Louis, et al., *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Col. Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.

PUEBLA, Conxa, "Intimidad domiciliaria y medio ambiente acústico", en NEBRERA, Montserrat (Coord.), *Intimidad y seguridad*, Asociación de Directivos de Seguridad Integral-Instituto Superior de Estudios de la Gobernabilidad y la Seguridad, Barcelona, 2001.

REQUEJO PAGÉS, Juan Luis, "La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales

(A propósito de la STC 245/91, caso 'Bultó')", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 35 (mayo-agosto, 1992), pp. 179-202.

RODRÍGUEZ, Ángel, *Integración europea y derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2001.

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Juan J., "Los residuos peligrosos", en RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Juan J. e IRABIEN GULÍAS, Ángel (Eds.), *Los residuos peligrosos. Caracterización, tratamiento y gestión*, Síntesis, Madrid, 1999.

ROSA MORENO, Juan, "Las evaluaciones de impacto ambiental y las evaluaciones estratégicas en la nueva normativa comunitaria", en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 190 (noviembre, 2000), pp. 133-148.

RUBIO FERNÁNDEZ, Eva María, "Expansión de la legislación ambiental: su dimensión internacional", en VICENTE GIMÉNEZ, Teresa (Coord.), *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*, Trotta, Colección: Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, 2002.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, *El derecho constitucional al medio ambiente. Dimensión jurisdiccional*, Tirant lo Blanch, Monografías, 162, Valencia, 2000.

SAN MARTÍN SEGURA, David, "La 'ecologización' de los derechos fundamentales en el marco del Convenio Europeo de los Derechos Humanos", en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 3 (2005), pp. 221-261.

SANTAMARÍA ARINAS, René, "Artículo 3. Prohibición de la tortura", en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Gobierno Vasco, Civitas, Madrid, 2004.

SEMPERE RODRÍGUEZ, César, "Artículo 18. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, T. II*, Editoriales de Derecho Reunidas-Cortes Generales, Madrid, 1997.

SERRANO LOZANO, Rubén, "Régimen jurídico español de los residuos", en ORTEGA ÁLVAREZ, Luis, *Lecciones de Derecho de Medio Ambiente*, Lex Nova, Valladolid, 2ª edic., 2000.

SERRANO MORENO, José Luis, *Ecología y Derecho, 1: Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica*, Comares, Ecorama, Granada, 2ª edic., 1992.

_____, "El derecho subjetivo al ambiente", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2ª época, núm. 16: extraordinario dedicado al 2º Curso de Derecho Ambiental (2º semestre, 1998), pp. 71-88.

SORO MATEO, Blanca; FERNÁNDEZ SALMERÓN, Manuel; ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago y GUTIÉRREZ LLAMAS, Antonio, "El Derecho Administrativo y la protección del medio ambiente", en VICENTE GIMÉNEZ, Teresa (Coord.), *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*, Trotta, Colección: Estructuras y

Procesos, Serie Derecho, Madrid, 2002.

STURLESE, Laura, "Tribunal Constitucional y sistema institucional italiano", en VVAA, *Justicia Constitucional Comparada*, Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, México D.F., 1993.

TRUJILLO SEGURA, Julio, "El Derecho Europeo y el medio ambiente", en CARMONA LARA, M^a del Carmen y HERNÁNDEZ MEZA, Lourdes (Coords.), *Temas selectos de Derecho Ambiental*, UNAM-Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, 360, México D.F., 2006.

VELASCO CABALLERO, Francisco, "La protección del medio ambiente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso 'López Ostra contra España')", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 45 (septiembre-diciembre, 1995), pp. 305-324.

_____, "Protección del medio ambiente en el constitucionalismo europeo", en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 190 (noviembre, 2000), pp. 183-190.

VERCHER NOGUERA, Antonio, "Derechos Humanos y medio ambiente", en *Claves de Razón Práctica*, núm. 84 (julio-agosto, 1998), pp. 14-21.

VICENTE GIMÉNEZ, Teresa, "Proyección de la justicia ecológica en la ordenación política y jurídica del medio ambiente", en VICENTE GIMÉNEZ, Teresa (Coord.), *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*, Trotta, Colección: Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid, 2002.

VOLPE, Giuseppe, "Sviluppi del giudizio incidentale sulle leggi in italia: verso un processo di 'amparo'?", en FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (Ed.), *La Constitución Española en el contexto constitucional europeo*, Dykinson, Madrid, 2003.



Gráfica e Editora LCR Ltda.

Rua Israel Bezerra, 633 | Dionísio Torres | Fortaleza - Ceará
Tel. 85 3105.7900 | Fax. 85 3272.6069 | atendimento01@graficalcr.com.br