



# NOMOS

REVISTA DO CURSO DE MESTRADO EM DIREITO - UFC

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



# NOMOS

Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC

Fortaleza

2010/1

# NOMOS

**Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC**

Volume 30.1 – jan/jun – 2010/1

## **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**

Jônatas Barros

## **Diagramação**

Alex Keller

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

---

Antonio Elian Lawand Junior

Aluno do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico (Doutorado) da Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo-SP). Mestre em Direito (Concentração em Direito Ambiental) pela Universidade Católica de Santos. Advogado em São Paulo-SP.

Benoit Steinmetz

Maître de conférences en droit privé - Université de Haute Alsace. Centre Européen de recherche sur le Risque, le Droit des Accidents Collectifs et des Catastrophes (EA3992). Rédacteur en chef de la revue *Riseo – Risques, études et observations*.

Bruna de Oliveira Maciel

Mestre em Direitos Humanos pela UFPE. Advogada da Caixa Econômica Federal.

Camila Akemi Perruso

Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Coordenadora do Departamento de Iniciação Científica do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e pesquisadora do Instituto Norberto Bobbio – cultura, democracia e direitos humanos.

Danielle Annoni

Doutora em Direito (UFSC, 2006). Mestre em Direito – Relações Internacionais (UFSC, 2002). Professora Adjunta dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da UFSC (2009)

Gilberto Stürmer

Advogado, Professor de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da PUCRS, Mestre em Direito pela PUCRS, Doutor em Direito do Trabalho pela UFSC.

Helano Márcio Vieira Rangel

Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Advogado. Professor da Faculdade Estácio do Ceará.

João Luis Nogueira Matias

Juiz Federal. Coordenador do Programa de Pós-Graduação da Faculdade

de Direito da UFC. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Manuel Ballbé Mallol

Catedrático de Derechos Administrativo de la Universidad Autónoma de Barcelona, Fundador de la Escuela de Prevención y Seguridad Integral de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Maria Edelvacy Pinto Marinho

Advogada, consultora, Doutora em Direito pela Universidade de Paris 1-Panthéon Sorbonne.

Max Falque

Délégué Général de l'ICREI - International Center for Research on Environmental Issues .

Octavio Campos Fischer

Advogado em Curitiba. Doutor e Mestre em Direito Tributário pela UFPR. Professor de Direito Tributário da UniBrasil (Mestrado, Graduação e Especialização). Vice-coordenador do Curso de Mestrado em Direito da UniBrasil.

Pilar Jiménez Tello

Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, Coordinadora Técnica del Centro de Estudios de la Mujer de la Universidad de Salamanca y Especialista en Estudios (Unidad de Evaluación de la Calidad de la Universidad de Salamanca).

Renata de Assis Calsing

Graduada e mestre em Direito pelo UniCEUB, doutora em Direito pela Universidade Paris I, Panthéon-Sorbonne – advogada, consultora jurídica e professora da Universidade Católica de Brasília.

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Professora Pesquisadora da Universidade Federal do Ceará (PNPD/CAPES). Doutora e Mestre em Direito Internacional pela Universidade Paris V

Theresa Rachel Couto Correia

Doutora em Direito Internacional e integração econômica (UERJ,2006). Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado (PUC-Rio, 2002). Atualmente é bolsista do programa PRODOC/Capes na Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (2008).

Thiago Dellazari Melo

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Professor Substituto do Departamento de Direito Público Especializado da Faculdade de Direito de Recife (UFPE).



## EDITORIAL

---

O Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará tem a satisfação de apresentar este primeiro volume de 2010 da Revista Nomos, periódico semestral de grande relevância acadêmica.

Iniciamos a publicação com trabalho de Antonio Elian Lawand Junior intitulado “Breves sintaxes entre urbe e democracia”, seguido pelo artigo de Bruna de Oliveira Maciel denominado “Direito à saúde e hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais.” Na seqüência, constam os artigos de Camila Akemi Perruso com “O Brasil e o desaparecimento forçado de pessoas”, de Gilberto Stürmer com “Osindicalismo e os direitos sociais”, de Helano Márcio Vieira Rangel com “Proteção da cultura ou proteção da fauna? uma análise da farra do boi à luz da ponderação e da jurisprudência do STF”. Também escrevem neste volume Maria Edelvacy Pinto Marinho com o artigo “Harmonização dos direitos de patentes: entre proteção dos direitos dos titulares e o acesso a medicamentos” e Octavio Campos Fischer com “Direitos Fundamentais dos contribuintes: breves considerações”.

Ainda na doutrina nacional, colaboram a Renata de Assis Calsing com “O direito humano fundamental ao meio ambiente sadio: convergência da proteção ambiental nos âmbitos nacional e internacional”, seguido por Tarin Cristino Frota Mont’alverne e João Luis Nogueira Matias com o artigo “Reflexões acerca dos objetivos da Convenção da biodiversidade”. Também colaboram os professores Danielle Annoni e Theresa Rachel Couto Correia, bem como Thiago Dellazari Melo que, respectivamente, escreveram sobre “Jurisdição e Competência no cumprimento de sentença interamericana pelo Brasil: análise do decreto 6.185/2007” e “Do Estado social ao Estado regulador”.

Destaca-se, ainda, a relevante participação dos professores estrangeiros, que além dos artigos que apresentaram neste volume, visitaram pessoalmente o Programa de Pós-Graduação neste ano de 2010, participando diretamente de atividades acadêmicas. Dos visitantes destacam-se o Professor Max Falque, que publica, em versão de artigo, a palestra proferida no “Diálogos Jurídicos” com o tema “Les droits de propriété au cœur de la problematique environnementale”. Outra importante visita neste ano de 2010 foi da tributarista espanhola Pilar Jiménez Telloque que contribui em co-autoria com o Professor Manuel Ballbé Mallol “La auditoria y evaluación como un instrumento decisivo para el

desarrollo global de los derechos de la mujer en la sociedad del conocimiento”. O terceiro artigo internacional foi enviado pelo correspondente Benoit Steinmetz, com o artigo “Le prejudice ecologique pur en droit français : les enseignements du naufrage du petrolier Erika”.

Ao disponibilizar aos estudantes, tanto da pós-graduação quanto da graduação em direito, e aos profissionais da área, a versão impressa e eletrônica de mais um número da Revista NOMOS objetiva-se a publicação de trabalhos científicos consistentes e atualizados servindo como um importante instrumento de pesquisa.

Os editores.





## SUMÁRIO

---

### DOCTRINA NACIONAL

BREVES SINTAXES ENTRE URBE E DEMOCRACIA <i>Antonio Elian Lawand Junior</i> .....	13
DIREITO À SAÚDE E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS <i>Bruna de Oliveira Maciel</i> .....	47
O BRASIL E O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS <i>Camila Akemi Perruso</i> .....	61
O SINDICALISMO E OS DIREITOS SOCIAIS <i>Gilberto Stürmer</i> .....	75
PROTEÇÃO DA CULTURA OU PROTEÇÃO DA FAUNA? UMA ANÁLISE DA FARRA DO BOI À LUZ DA PONDERAÇÃO E DA JURISPRUDÊNCIA DO STF <i>Helano Márcio Vieira Rangel</i> .....	87
HARMONIZAÇÃO DOS DIREITOS DE PATENTES: ENTRE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS TITULARES E O ACESSO A MEDICAMENTOS <i>Maria Edelvacy Pinto Marinho</i> .....	111
DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CONTRIBUINTES: BREVES CONSIDERAÇÕES <i>Octavio Campos Fischer</i> .....	125
O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO: CONVERGÊNCIA DA PROTEÇÃO AMBIENTAL NOS ÂMBITOS NACIONAL E INTERNACIONAL <i>Renata de Assis Calsing</i> .....	161
REFLEXÕES ACERCA DOS OBJETIVOS DA CONVENÇÃO DA BIODIVERSIDADE <i>Tarin Cristino Frota Mont'Alverne e João Luis Nogueira Matias</i> .....	179
JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA INTERMERICANA PELO BRASIL: ANÁLISE DO DECRETO 6.185/2007 <i>Danielle Annoni e Theresa Rachel Couto Correia</i> .....	197

DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO REGULADOR

*Thiago Dellazari Melo*.....223

## DOCTRINA ESTRANGEIRA

LE PREJUDICE ECOLOGIQUE PUR EN DROIT FRANÇAIS : LES ENSEIGNEMENTS DU NAUFRAGE DU PETROLIER ERIKA

*Benoit Steinmetz*.....235

LES DROITS DE PROPRIÉTÉ AU CŒUR DE LA PROBLÉMATIQUE ENVIRONNEMENTALE

*Max Falque*.....247

LA AUDITORIA Y EVALUACIÓN COMO UN INSTRUMENTO DECISIVO PARA EL DESARROLLO GLOBAL DE LOS DERECHOS DE LA MUJER EN LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO

*Pilar Jiménez Tello e Manuel Ballbé Mallol* .....259

---

## DOUTRINA NACIONAL

---





# BREVES SINTAXES ENTRE URBE E DEMOCRACIA

---

*Antonio Elian Lawand Junior<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

O presente trabalho tem por meta identificar, em níveis preliminares, a sintaxe entre a formação do espaço físico urbano e o grau de cidadania que gozam seus habitantes.

Para tanto, buscou-se, em análise materialista, os consequentes preceitos normativos para, após, aplicá-los. Esta aplicação tem o intuito de identificar outra sintaxe entre a cidade, o Estado e seus cidadãos, num ambiente de construção de democracia.

## **Palavras-chave**

Direito Constitucional. Políticas Públicas. Democracia. Urbanismo. Participação Popular

## **ABSTRACT**

The present work aim to identify, in a first and shallow level, the syntax between the physical city space and the citizenship grade of its inhabitants.

As per these objective, we used a materialist analisys, the consequent acts and laws to, after that, apply it all to identify another syntax between city, State and citizens in a democracy development environment.

## **Key-words**

Constitutional Rights. Public Policies. Democracy. Urbanism. Popular Engagement

---

<sup>1</sup> Aluno do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico (Doutorado) da Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo-SP). Mestre em Direito (Concentração em Direito Ambiental) pela Universidade Católica de Santos. Advogado em São Paulo-SP.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por meta identificar aspectos relacionais entre a formação do espaço físico urbano e o grau de cidadania que gozam seus ocupantes e usuários, sem, no entanto, esgotar o tema.

Para tanto, identificamos as potencialidades do espaço urbano em sua sintaxe do processo de desenvolvimento infra-estrutural (social e econômico), e da formação da supra-estrutura (político dialético) normativa. Após, buscamos esta sintaxe em preceitos normativos que a signifique, de maneira a encontrar instrumentos jurídicos capazes de permitir a cidadania e fortalecer a democracia.

Por fim, fazemos a análise crítica do Direito Urbanístico, significado em preceitos intimamente ligados com a disciplina do espaço urbano, à luz dos responsáveis pela sua implementação e de seu conteúdo, apontando-lhe algumas potencialidades e vicissitudes.

### 1.1 O Espaço Urbano enquanto agente de mudanças

O espaço *habermasiano* de conflito social<sup>2</sup> transcende a mera composição conceitual pura. É necessário entendê-lo também como infra-estrutura, em nível físico, basal, que viabilizará (e designará) o choque dialético dos atores sociais<sup>3</sup>. Em outras palavras: o espaço físico-ambiental no qual os contendores sociais se postam influencia o modo como interagem e a síntese desta reação.

Apontamos que não é nova a idéia de que a conformação da cidade, em seus diversos elementos (edifícios, aparelhos, vias de circulação, postos de

<sup>2</sup> “Inicialmente eu construo dois tipos de arbitragem de litígios e formação coletiva da vontade, os quais não têm a pretensão de fazer valer um direito sancionado pelo Estado, nem o poder político jurídico, uma vez que formam apenas a base sobre a qual o direito e o poder político podem construir-se reciprocamente. Com Parsons, eu parto da idéia de que as interações sociais interligadas no espaço e no tempo encontram-se sob condições de uma dupla contingência. Os atores esperam uns dos outros que eles decidam, em princípio, desta ou daquela maneira. Por isso, toda a ordem social, dotada de padrões de comportamento até certo ponto estáveis, precisa apoiar-se sobre mecanismos de coordenação da ação – via de regra sobre a influência ou sobre o entendimento. E quando a coordenação não se efetua, surgem conseqüências na ação, que são experimentadas como problemáticas pelos próprios participantes. E quando a coordenação não se efetua, surgem conseqüências na ação, que são experimentadas como problemáticas pelos próprios participantes. Problemas de coordenação deste tipo aparecem em duas manifestações típicas. Ou se trata de regular um conflito na ação, provocado por orientações individuais inconciliáveis, ou está em jogo a escolha de uma realização cooperativa de fins coletivos (regulamentação de conflitos interpessoais versus persecução de objetivos e programas coletivos).” – HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. pp. 170-171.

<sup>3</sup> “With them, we develop explanations by linking people’s actions in some way to the society which those people are a part. The concept of society used is one which treats society not just a general context for human activity, but as a specifically causal context of human activity, albeit a context whose specific causal characteristics are selectively activated by different human actions in particular times and places.” – FINCHER, Ruth. *Social theory and the future of urban geography*. IN *The Professional Geographer*. nº 39. v. I. Germantown: Routledge, 1987. p. 9.

trabalho, meio-ambiente), mantém estreita sintaxe com a orientação, direção e intensidade com a qual este processo dialético acontece: a arte já apontava neste sentido, em níveis cognitivos quase instintivos, o papel ativo e influenciador das infra-estruturas urbanas no desenvolvimento de uma democracia e, via de consequência, de uma cidadania social<sup>4</sup>. Tal desenvolvimento só chegou ao nível técnico-científico, com propriedade, pela primeira vez nos estudos da Escola de Sociologia de Chicago<sup>5</sup>, no qual se identifica pela primeira vez o “urbanismo” como uma forma diferenciada do viver humano.

## 1.2 Histórico do Espaço Urbano

Neste contexto, evidenciamos que o processo dialético do ator social urbano contou com a infra-estrutura urbana não só como suporte ou teatro de operações, mas como agente direto de sua forma e procedimento. A análise histórica, considerando as funções da cidade (política, comercial e financeira, industrial, pós-moderna), seja na Antiguidade Clássica, como nos dias atuais.

Começemos pela cidade política, de freqüente predominância no período Clássico.

### 1.2.1 A Cidade da Antiguidade Clássica

No período Clássico da história, um grande exemplo de infra-estrutura urbana é a Ágora. Pela técnica do urbanismo, a Ágora consistia em uma praça larga de acesso público, no centro da polis da Atenas Clássica<sup>6</sup>. A Ágora era uma estrutura física da polis ateniense.

A partir deste conceito físico de espaço público, permitiu-se a estruturação de conflitos sociais de tal forma a desencadear os modelos primitivos de democracia.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> EISNER, Will. *Contrato com Deus e outras histórias de cortiço*. São Paulo: Devir, 2008.

<sup>5</sup> Não temos a pretensão de dizer que a Escola de Chicago fez a primeira abordagem científica do aglomerado urbano, considerando-o um fenômeno diferenciado dos demais, dada suas características. Até porque as considerações de SOJA (2003, 269-280) acerca do *synoikism* dão conta de que o estudo da disciplina do espaço urbano tem indícios de origem antediluviana. Entretanto, a abordagem do fenômeno urbano, segundo suas funções em relação ao seu habitante, pós-revoluções burguesas, foi especificamente (re)tomado pelo Departamento de Sociologia da Escola de Chicago. Neste aspecto, temos o icônico WIRTH, Louis. *Urbanism as a way of life*. IN *The American Journal of Sociology*. v. XLIV. nº. 1. Chicago: The University of Chicago Press, 1938. pp. 1-24.

<sup>6</sup> “As is well known, the Agora was much more than just the ‘market-place’ of Athens: it was the civic centre of the polis, in which was concentrated in just a few acres all the business of religious, political, social, commercial and communal life. Symbolic of all this interaction is the engagement of Socrates himself with the Agora and its buildings, frequenting the bankers’ tables, the stoas and the neighbouring shops in his endless conversation, serving on the Council of Five Hundred, summoned to the Tholos by representatives of the Thirty, reporting to the Royal Stoa formally to acknowledge the charges against him, appearing in court, and finally being accommodated in the state prison” - MILLET, Paul. *The trial of Socrates revisited*. IN *European Review of History*. v. 12. nº 1. Germantown: Routledge, 2005. p. 41.

<sup>7</sup> “Interessa-nos ressaltar que não eram conflitos de classe tradicionais, como os que opõem capitalistas e operários no mundo contemporâneo. Eram de outra ordem: embates, por assim

A se ter uma evidência da intensidade da sintaxe entre o elemento urbanístico Ágora (infra-estrutural) e o elemento político Democracia (supra-estrutural), as cidades-estado componentes da Magna Grécia desfrutavam de sistemas políticos similares à ou derivados da democracia ateniense. Nelas, a Assembléia de Cidadãos preocupavam-se, diretamente, em construir ou manter suas “ágoras” em prol da manutenção de seu dever de participação democrática.<sup>8</sup>

Passemos a observar a cidade em seu contexto medieval: a cidade comercial.

### 1.2.2 A Cidade Medieval

Na baixa-idade média, o excedente da produção agropastoril levou ao seu comércio nos *carrefours* e nas muralhas das antigas infra-estruturas (estradas e cidades) romanas<sup>9</sup>, bem como a massiva dispersão de poder político em células locais.

Nessa tônica, como forma de suportar e fomentar a própria cidade, por sua função comercial precípua, antigas infra-estruturas urbanas tornaram a aparecer, tais como: estradas, ruas, silos, cisternas e armazéns, como forma de comunicar ao que se chamou “rede” ou “liga” de cidades medievais conectadas por um comércio monetarizado.<sup>10</sup> Uma designação infra-estrutural urbana mais complexa ainda foi o aparecimento decorrente das catedrais góticas, como ícones centrais destas cidades, que, dente outras funções de natureza política, tiveram o condão de aproveitar-se do influxo de pessoas que a cidade medieval comercial atraía, bem como erigiam-se como chamarizes àquela paróquia, fomentando a riqueza local pelas trocas no comércio.<sup>11</sup>

Passemos à cidade industrial.

---

dizer, comunitários, mediados pelo pertencimento à cidade-estado. Isso equivale a dizer que tinham, sempre, um caráter econômico, ligado a interesses materiais concretos; um caráter ideológico, associado à dignidade e ao reconhecimento que a coletividade emprestava às diferentes categorias em seu interior; e um caráter político, pois o espaço de negociação ou de enfrentamento era público, dava-se no âmbito das regras mais gerais que regulavam o viver coletivo.” – GUARINELLO, Norberto Luiz. *Cidades-Estado na Antiguidade Clássica*. IN PINSKY, Jaime, PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). *História da Cidadania*. São Paulo: Contexto, 2008. p. 38.

<sup>8</sup> A análise arqueológica dos sítios nos quais outrora localizou-se as cidades de Taormina, Siracusa, Segesta e Acragas, todas na Magna Grécia do conjunto insular Sicília-Sardenha revela estruturas da Pólis e Acrópole em muito semelhantes (categoricamente iguais) às análogas ateniense e tebana. Igualmente, todas elas desfrutavam do regime democrático escravista, no qual a cidade tinha funcionalidade predominantemente política. Neste senso: KERN, Arno Alvarez. *Arqueologia histórica nos sítios da Magna Grécia na Sicília: frentes de colonização, contatos inter-étnicos e intercâmbios culturais*. IN BAKOS, Margareth Marchiori, POZZER, Katia Maria Paim (Org.). *III Jornada de Estudos do Oriente Antigo: línguas, escritas e imaginários*. Porto Alegre: Edipucrs, 1998. pp. 23-38.

<sup>9</sup> PIPES, Richard. *Propriedade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Record, 2001. pp. 135-139.

<sup>10</sup> “Segue-se que a ‘sociedade’ no seu conjunto, compreendendo a cidade, o campo e as instituições que regulamentam as suas relações, tende a se constituir em rede de cidades, com uma certa divisão da trabalho (tecnicamente, socialmente, politicamente) feita entre essas cidades ligadas por estradas, por vias fluviais e marítimas, por relações comerciais e bancárias.” – LEFEBVRE, Henri. *Direito à Cidade*. São Paulo: Centauro, 2009. p. 13.

<sup>11</sup> PIPES, Richard. *Propriedade e Liberdade*. Rio de Janeiro: Record, 2001. pp. 135-139.



### 1.2.3 A Cidade Moderna

No exemplo Moderno, de como a cidade pode ser vista como um “ator” social relevante, está a observação do papel das cidades no desenvolvimento dos modelos liberais britânico e francês. Em primeiro plano, observa-se a tentativa de domínio econômico e político da Inglaterra sobre a Ilha da Grã-Bretanha, após o episódio do Levante Jacobino: o parlamento, especialmente da ala Whig, promoveu ampla reforma urbana nas cidades da região ocupada das Highlands escocesas. Esta reforma urbana tinha tríplice função: a) garantir a segurança para; b) permitir a tentativa de aplicar o capital; c) de forma a promover o desenvolvimento (i.e. a industrialização e a instalação de teares). Ironicamente, para os dias atuais, a “Casa dos Comuns” classificou o episódio como “terrorismo urbano” e o utilizou largamente para promover esta urbanização em função de industrialização e controle, de maneira forçada.<sup>12</sup> Desnecessário dizer que a “reforma urbana” atingiu, especialmente, as cidades dos principais líderes do levante.

A relação entre o formato da cidade e a revolução urbana ficou ainda mais evidente no continente, quando observamos o caso de Paris e o papel da desta cidade nas seqüenciais revoluções Liberal e da Comuna de Paris.

A Revolução Liberal, cujo pináculo conflituoso ocorreu em 1789, na Queda da Bastilha, aconteceu em uma Paris de contornos e equipamentos urbanos de estrutura medieval, i.e. em descompasso com a atividade operária nascente. Nesta tônica, não foram poucos os autores que destacavam as ruelas estreitas e labirínticas, bem como os poucos acessos transfluviais, como fator agravante da ineficiência das tropas reais no controle do distúrbio civil causado pela turba revoltada.<sup>13</sup>

A segunda, caracterizada no descontrole violento das Jornadas Populares de 1848, que culminaram na Comuna de Paris (1871), também teve como ponto de alavancagem estratégica dos revoltados que tomaram controle da cidade, as estruturas e equipamentos urbanos. Desta vez, focado, mais predominantemente, no cinturão radial dos bairros populares em cerco às estruturas palacianas dos prédios públicos.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> “At a national, British, level the establishment of villages in the Highlands also emerged as a matter of government policy in the 1750s. The first national programme for planned villages in the Highlands was established by the Annexed and Forfeited Estates Commission, 1752–84, in the aftermath of the Jacobite Rising, 1745–46. This was a shift in government policy in which ‘state sponsored terrorism gave way to state sponsored improvement’. The commissioners were tasked by the government with the social and economic improvement of 13 of the largest Highland estates forfeited to the state by rebel Jacobite clan chiefs.<sup>28</sup> The post-Culloden mentality behind the commission meant that the commissioners were principally Scottish Whig non-Highland landowners, who served out of duty to the national interest, both Scottish and British. The commissioners were to have a ‘particular attention . . . to the enlargement, or new erection of towns and villages’.<sup>29</sup> Following the end of the Seven Years War, 1756–63, the commission’s first settlements were populated with disbanded troops. Appropriately, the commissioners called these settlements *coloniae* after the Roman veteran settlements established to pacify conquered territory.” – MAUDLIN, Daniel. Robert Mylne, Thomas Telford and the architecture of improvement: the planned villages of the British Fisheries Society, 1786–1817. IN *Urban History*, nº 34, v. 3. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. pp. 458-459.

<sup>13</sup> LEFEBVRE, Henri. *Direito à Cidade*. São Paulo: Centauro, 2009. p. 21.

<sup>14</sup> LEFEBVRE, Henri. *Direito à Cidade*. São Paulo: Centauro, 2009. pp. 22-23.

É diante desta constatação que o *establishment* de Napoleão III contrata Haussman. O barão teria sua missão completa se não fosse pela região parisiense da “*Île de la Cité*”: tornar o espaço urbano de Paris não só modernizado, nos termos da época, como também aplicar-lhe conceitos capazes de melhorar o desempenho das tropas de controle de distúrbios civis. Foi neste momento de século XIX que nascia a Paris dos largos bulevares convergentes (e. g. Praça Charles De Gaulle, conhecida por *L'Étoile*).<sup>15</sup>

A se ter idéia da eficiência da infra-estrutura urbana voltada ao controle de distúrbios civis, ainda que o parisiense não abrisse mão de seu espaço dialético, na forma de protestos (como nos anos 60 e 70), Paris não veria outra revolução social tendo a violência por forma de expressão até o fim do século XX. Mesmo quanto a significância das revoltas ocorridas em Paris, há que se dizer que elas não tiveram o condão de imposição de um novo regime político.

No Brasil não foi diferente.

Dos múltiplos exemplos da urbe agindo significativamente no processo social brasileiro, temos por emblemático a mudança da capital federal da cidade do Rio de Janeiro para a cidade de Brasília, em 21 de abril de 1960.

Ao tempo do Palácio do Catete, o exercício do clamor popular tomava as ruas cariocas, concentradamente em bairros centralizados (Lapa, Catete, Cinelândia), ao ponto (não incomum) do descontrole civil duradouro<sup>16</sup>, carreando ao Estado e ao Governo desgastes (naturais, em um processo dialético evolutivo) que pretendia evitar.

Pelo que a tentativa de expansão do interior do Brasil, a partir de 1955, vem ao encontro de solucionar a questão do arrefecimento do espaço dialético

<sup>15</sup> “O barão Haussman, homem desse Estado bonapartista que se erige sobre a sociedade a fim de tratá-la cinicamente como o despojo (e não apenas como arena) das lutas pelo poder, substituiu as ruas tortuosas mas vivas por longas avenidas, os bairros sórdidos mas animados por bairros aburguesados. Se ele abre *boulevards*, se arranja espaços vazios, não é pela beleza das perspectivas. É para ‘pentear Paris com as metralhadoras’ (Benjamin Péret). O célebre barão não esconde isso. Mais tarde, serão gratos a Haussman por ter aberto Paris à circulação. Essa não era a finalidade, o objetivo do ‘urbanismo’ haussmaniano. Os vazios tem um sentido: proclamam alto e forte a glória do poder do Estado que os arranja, a violência que neles pode desenrolar.” - LEFEBVRE, Henri. *Direito à Cidade*. São Paulo: Centauro, 2009. P. 23.

<sup>16</sup> “A violência também predominou no combate ao povo da rua urbano, tanto o dos movimentos tradicionais, como a Revolta da Vacina, como o de movimentos modernos, como as greves operárias, como o da revolta dos marinheiros. A famosa expressão da época de que a questão social era questão de polícia tinha um sentido preciso: era o delegado de polícia que tratava do assunto de greves. Era com ele que grevistas tinham que negociar ou lutar. Mas a violência era menor do que no campo. O cenário urbano, a maior visibilidade, inclusive internacional por causa dos imigrantes, garantiam ao movimento operário maior proteção. Nas cidades não se verificavam os massacres dos sertões. Em todos esses movimentos, no entanto, emergia um traço comum: a incapacidade do regime em incorporar o povo da rua, o povo politicamente ativo.” - CARVALHO, José Murilo. *Os três povos da República*. IN HOMEM, Amadeu Carvalho, SILVA, Armando Malheiro da, ISAÍIA, Artur César (Coord.). *Progresso e Religião: a República no Brasil e em Portugal 1889-1910*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2007. p. 157.

urbano pela via da mobilização, do clamor da massa (ou até da violência urbana desencadeada): edificou-se capital nova, em local pouco povoado, de concepção urbanística adequada ao controle civil pela força<sup>17</sup>. Desta forma, desestimulou-se a postulação popular perante o Poder Central, seja pelo custo logístico que representa o Distrito Federal em relação à maioria da população costeira do Brasil, seja pela superioridade tática das tropas de controle de distúrbios civis quando Brasília se torna palco de protestos.

A análise acima torna-se mais evidente na medida em que é da própria dinâmica difusa e coletiva da cidade que se retira fundamentos para aceleração, modificação, ou, mesmo, início de um ciclo econômico *intra* ou *inter-cities*. A cidade também se torna motivo para a criação de uma determinada indústria, e não somente a indústria e o comércio são motivos para a geração da cidade.<sup>18</sup>

#### 1.2.4 A cidade nominal

Por estes exemplos, e tantos mais, evidencia-se o conceito de que é o espaço urbano, considerado na sua infra-estrutura física, não só é fator relevante do jogo de forças do processo dialético, mas constitui a própria arena do jogo de forças dialético *habermasiano*, em sua expressão mais concreta, mais física.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> Ponto fulcral em qualquer Operação de Garantia da Lei e da Ordem, em sede de Controle de Distúrbios Civis (“CDC”) urbanos, é a movimentação de tropas da Força Tarefa (“FT”) (combinado Infantaria – Motorizada, A Pé ou Blindada - e Cavalaria – Hipomóvel, Motorizada, Blindada ou Aérea) pelas vias citadinas. Desta forma, quanto menor a possibilidade de bloqueio das vias urbanas (ruas, avenidas, alamedas, praças) e quanto mais concêntricas forem estas vias, menor a vantagem das tropas (regulares ou irregulares) causadoras do distúrbio civil.

Neste aspecto, o estudo cuidadoso do Plano Piloto de Brasília transparece a simplicidade de uma cidade, imutável em sua infra-estrutura básica (pelo instituto do tombamento), em dois eixos de avenidas, de forma a permitir a distribuição de tropas de CDC em tempo curto, bem como avenidas e praças largas e longas (e.g. o Eixo Monumental, considerada a via pública mais larga do mundo), o que dificulta a formação de bloqueios, barricadas, ou concentrações em turbas. Por outro lado, as mesmas infra-estruturas urbanas permitem manobras mais amplas e eficientes da FT, no emprego tático do CDC.

Neste sentido: RIGOTTI, Arthur Márcio. *O emprego dos meios blindados da cavalaria no combate urbano*. Monografia de Conclusão de Módulo. Rio de Janeiro: ESCEME, 2007. ; AMARAL, Cassio Diogo Cunha do. *O Emprego Operacional do Cavalo em Operações de Controle de Distúrbio e o Adestramento dos Esquadrões Hipomóveis*. IN *Giro do Horizonte*. Ano 1. Rio de Janeiro: ESAO, 2008. pp. 51-68. ; PEREIRA, Ângelo Maury. *Os Equipamentos Pesados da 11ª Companhia de Engenharia de Combate Leve para o emprego na desobstrução de vias urbanas durante Operações de Garantia da Lei e da Ordem*. IN *Giro do Horizonte*. Ano 2. V. I. Rio de Janeiro: ESAO, 2009. pp. 145-169.

<sup>18</sup> JACOBS, Jane. *Strategies for cities*. IN *The American Economic Review*. V. 59. Nº 4, Part 1. Saratoga: American Economic Association, 1969. pp. 652-656.

<sup>19</sup> “Western social theory has not just ignored the causal or explanatory power of synekism, it has until very recently been notoriously anti-urban, in the sense of avoiding any specifically urban explanations of social phenomena and societal development. To be sure, it is widely (and almost unavoidably) acknowledged that things take place IN cities, but with a few prominent exceptions (the old Chicago School and the writings of Henri Lefebvre come immediately to mind), rarely have social theorists recognized that cities in themselves have a causal impact on social life, that the historical development of human societies does not just take place in cities but is also, in significant ways, generated FROM cities, and more specifically from the stimulus of urban agglomeration.

Na sociedade atual, caracteristicamente aquela de atributos “democrática”, “de mercado” e “urbana”, um atributo comum é tido por fundamental às existências destas três decupagens, a saber: o pluralismo.<sup>20</sup>

No entanto, o pluralismo implica em esvaziamento de um *ethos* social comum. Pelos atributos peculiares de reconhecimento intersubjetivo, imposição mediante mando ou força (sanção estatal), autoridade vinculante para execução (Estado Administrativo) e modelo descentralizado de tomada de decisão, o Direito “se mantém como substituto aos insucessos de outros mecanismos de integração.”<sup>21</sup>

Este é o papel predominante do Direito em sociedades pluralistas: mecanismo de integração social.

Na sociedade brasileira, o direito, a servir de mediador a esta construção da arena urbana, tem seu radical na Constituição Federal, a saber:

“Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º - O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento

---

*As Lefebvre asserted, the development of society is conceivable only in urban life, through the realization of urban society. Elsewhere he elaborates further, stating that all social relations remain abstract and unrealized until they are concretely expressed and materially and symbolically inscribed in lived space. Let us think about what these related assertions mean. As I read him, Lefebvre is saying that human society, indeed all forms of social relations and social life, originate, evolve, develop and change in the materially real and socially imagined context of the cities. They do so through what he would call the social production of urban space, a continuous and contentious process that is filled with politics and ideology, creativity and destruction, and with the unpredictable interplay of space, knowledge and power – if you will allow me a little plug for Foucault’s version of synekism.” – SOJA, Edward W. Writing the city spatially. IN City. v. 7. Issue 3. Germantown: Routledge, 2003. p. 275.*

<sup>20</sup> Sobre a pluralidade, de classes ou grupos sociais, como atributo fundamental às sociedades de mercado: “A cisão absoluta entre trabalho vivo e trabalho cristalizado, valor de uso e valor da força de trabalho, que é característica de toda a economia mercantil, encontra sua forma mais perfeita na economia capitalista, ou seja, a elevação da produtividade do trabalho vivo pela acumulação do trabalho cristalizado, entra em contradição com ‘a própria finalidade da produção capitalista...a produção de mais valia’”. LOJKINE, Jean. *O Estado Capitalista e a Questão Urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 119.

Sobre a pluralidade, de classes ou grupos sociais, como atributo fundamental à Democracia: “Expressarei assim: *Plena inclusão. O corpo de cidadãos num estado democraticamente governado deve incluir todas as pessoas sujeitas às leis desse estado, com exceção dos que estão de passagem e dos incapazes de cuidar de si mesmos.*” – DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora UNB, 2009. p. 92.

Sobre a pluralidade, de classes ou grupos sociais, como atributo fundamental ao Urbano: “*The central problem of the sociologist of the city is to discover the forms of social action and organization that typically emerge in relatively permanent, compact settlements of large number of heterogeneous individuals. We must also infer that urbanism will assume its most characteristic and extreme form in the measure in which the conditions with which it is congruent are present. Thus the larger, the more densely populated, and the more heterogeneous a community, the more accentuated the characteristics associated with the urbanism will be.*” - WIRTH, Louis. *Urbanism as a way of life*. IN *The American Journal of Sociology*. v. XLIV. nº. 1. Chicago: The University of Chicago Press, 1938. p. 9.

<sup>21</sup> HABERMAS, Jürgen. *Introdução*. IN MEYER, Emilio Peluso, MARÇAL, Antonio Costa (Trad.). *RIPE Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. V. 41. Nº 48. Bauru: IPE, 2007. p. 134.

básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”

Os habitantes da cidade, por sua vez, encontram-se regulados em outro preceito constitucional, a saber:

“**Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

“**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”

Pelo comando constitucional, somos encaminhados a raciocinar que esta (comprovada) influência da infra-estrutura urbana no espaço dialético *habermasiano* deveria garantir que atores sociais brasileiros conflitem suas intenções em um ambiente de pluralidade, bem como que estas discussões sejam orientadas à promoção da própria pluralidade (dentre outros atributos sociais), haja vista esta necessidade premente como fator fundamental da democracia.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> “O direito moderno deve permitir igual distribuição de direitos subjetivos a todos. Tais liberdades funcionam como cinto de proteção para a busca de cada pessoa por suas próprias preferências

Algumas conclusões prelibatórias emergem deste raciocínio:

Por primeiro, dada a própria característica de pluralidade, o processo dialético não se dará em uma arena na qual os contendores gozarão de capacidades iguais ou equivalentes de choque: exemplo básico é de que alguns têm o Direito de Propriedade de espaços da cidade, outros não. Tampouco o produto do processo dialético terá a finalidade vinculada de equalizar as pessoas, pois se trata de um jogo de poder.

No entanto, sob pena de colapso do próprio ambiente urbano e da democracia que ele sustenta, o produto do processo dialético deverá garantir, em seu nível infra-estrutural (*i.e.* o equipamento urbano), ao menos o acesso de qualquer cidadão para a contenda dialética, de forma a legitimar o processo decisório, fomentando ao reconhecimento do *handicap* deste, se hipossuficiente, sob pena dessa conformação urbana se tornar inválida e/ou inadequada (a depender da fase) ao ordenamento jurídico democrático e ao próprio desenvolvimento da cidade.

Por segundo, percebemos uma norma jurídica cujo fundamento de validade encontra-se, dentre outros, em sua finalidade. Uma norma que se categoriza em relação a uma finalidade integrativa trata-se, em maior ou menor grau de aproximação, de uma “política pública”<sup>23</sup>. Sendo a política pública um fenômeno normativo típico de posturas políticas sociais<sup>24</sup> (em contraposição, mas não antagonismo, às políticas liberais), e dado o fato de que o fenômeno da orientação normativa a algum objetivo social e materialmente realizável é formalmente julgado como constitucional, torna-se claro o porquê do Estado Brasileiro ser, em um critério mais abrangente de classificação, um Estado Social de Direito.<sup>25</sup>

---

e orientações de valor e, com isso, se ajustam ao modelo de tomada de decisão descentralizada (que é especialmente exigido para sociedades de mercado).” – HABERMAS, Jurgen. *Introdução*. IN MEYER, Emilio Peluso, MARÇAL, Antonio Costa (Trad.). *RIPE Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. V. 41. Nº 48. Bauru: IPE, 2007. p. 134.

<sup>23</sup> “Em vista do quanto foi dito, evidencia-se que para o estudioso do direito é extremamente difícil sintetizar em um conceito a realidade multiforme das políticas públicas. Uma política pública carrega, necessariamente, elementos estranhos às ferramentas conceituais jurídicas, tais como os dados econômicos, históricos e sociais de determinada realidade que o Poder Público visa atingir por meio de programa de ação.” – BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em Direito*. IN BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 46.

<sup>24</sup> “A política pública é um fenômeno oriundo de um determinado estágio de desenvolvimento da sociedade. É fruto de um Estado complexo que passa a exercer uma interferência direta na construção e reorientação dos comportamentos sociais. O Estado passa para além do seu papel de polícia e ganha uma dinâmica participativa na vida social, moldando o próprio quadro social por uma participação distinguida pelo poder de impor e pela coerção.” – DERANI, Cristiane. *Política pública e norma pública*. IN BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 131.

<sup>25</sup> Apesar de não sermos afeitos a labéis e categorizações absolutas dos fenômenos (jurídicos), utilizaremos a expressão classificatória do modelo de Estado Brasileiro como forma didática e prática de nos referirmos ao Estado Brasileiro, em considerando seus princípios e políticas consagrados em Estatuto constitucional. No entanto, fazemos, como ressalva e referência ao estudo, as considerações sobre o movimento crescente do “Estado Regulador” que permeia a ação governamental no Brasil. Neste senso: BERCOVICI, Gilberto. *Planejamento e políticas públicas: por*

E o que implica esta finalidade social da norma edificadora no espaço dialético *habermasiano* na construção/reconstrução da cidade?

Como dantes verificado, a aplicação dos conceitos sociais à edificação da cidade visa permitir a edificação de um espaço no qual se discuta e se viabilizem valores eminentemente sociais.

Estes valores, por sua vez, encadeiam-se nos art. 6º e 7º, da CF/88:

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...)”

No Brasil, ainda há um fator a mais a ser considerado: vale dizer que os valores sociais e liberais, pensados no nível econômico de eficiência de alocação de recursos, capital e mão-de-obra, denotam uma nova categoria de direitos e objetos jurídicos valiosos e passíveis de proteção. Tais direitos, em sua grande parte despersonalizados, foram labelados de “Direitos Difusos”<sup>26</sup>, “Direitos Coletivos”<sup>27</sup> ou ainda “Direitos Individuais Homogêneos”<sup>28</sup>. São exemplos significativos destes direitos o “Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado” (art. 227, da CF/88), o Direito ao Equilíbrio de Mercado e à Livre Concorrência (art. 170, da CF/88), e o Direito ao Bem-Estar dos habitantes da cidade (art. 182, da CF/88).

Conclui-se que qualquer processo que tenha o poder de construir ou alterar a cidade passará, efetivamente, pelo crivo de orientação a cada qual destas finalidades. Somente deste modo é possível criar, no aglomerado urbano, e de acordo com o Direito, um espaço físico capaz de servir como e à arena dialéti-

---

*uma nova compreensão do papel do Estado.* IN BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 148-155.

<sup>26</sup> “[S]ão interesses ou direito ‘transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato’. Os interesses difusos compreendem grupos menos determinados de pessoas (...), entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas.” – MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo.* São Paulo: Saraiva, 2009. p. 53.

<sup>27</sup> “Em sentido lato, ou seja, mais abrangente, a expressão *interesses coletivos* refere-se a interesses transindividuais, de grupos, classes ou categorias de pessoas. (...)

Ao mesmo tempo em que se admite esse conceito amplo de interesses coletivos, o CDC, entretanto, introduziu também um conceito mais restrito de interesses coletivos. *Coletivos, em sentido estrito, são interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunidas por uma relação jurídica básica comum.*” – MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo.* São Paulo: Saraiva, 2009. p. 55.

<sup>28</sup> “[I]nteresses individuais homogêneos são aqueles de grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, que compartilham prejuízos divisíveis, de origem comum, normalmente oriundos das mesmas circunstâncias de fato.” – MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em Juízo.* São Paulo: Saraiva, 2009. p. 56.



ca suficientemente pluralista a formação de opiniões e conflitos geradores de normas em autêntico processo democrático.

É nesta tônica que a CF/88 constitucionalizou a política urbana: haja vista que a maior parte da população brasileira reside em cidades<sup>29</sup>, é evidente que o espaço urbano, como ator social propriamente dito, toma importância para o processo decisório (dialético) de orientação estatal e governamental.

Retiramos o sentido que viabilizará as normas de política urbana no país do art. 182, da CF/88. Esta norma servirá de vetor, ou veículo, para a construção de políticas públicas complexas, visando o incremento da cidadania pela consecução de direitos sociais. Para que estas políticas tomem corpo de preceito reconhecido e, por processo hermenêutico, norma jurídica, os seguintes instrumentos são viabilizados pelo art. 182, da CF/88.

Revela-se, então, que a construção da cidade, em si, constitui-se num direito de cidadania (que, dentre outros atributos, é instrumental em relação ao próprio Direito à Democracia), posto que é na cidade que devem ser discutidas e conflitadas as ideologias, opiniões, posturas que desenvolvem a sociedade, as normas (regras, princípios e políticas públicas) que incrementarão os próprios direitos de cidadania, como acesso ao próprio espaço dialético de discussão. É neste sentido que afirmamos que o Direito à Cidade está contido, matematicamente, no Direito à Cidadania<sup>30</sup>.

Neste ponto, é adequado perguntarmos: ao encargo de qual ator social está a construção da cidade, do espaço público urbano?

---

<sup>29</sup> De um universo de 169.799.170 habitantes do Brasil, 137.953.959 habitavam em locais urbanizados. Trata-se de proporção de 81,2453% de “urbanóides” no Brasil. – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo Demográfico de 2000. Brasília: IBGE, 2000. Internet <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/tabelabrasil111.shtm>>. Acesso em 30 de abril de 2010.

<sup>30</sup> “Atualmente, a cidade ou urbe englobam a essência da vida de seus moradores, de forma global e holística, e, por meio dela, pode-se alcançar a dignidade da pessoa humana.” – MASCARENHAS, Luciane Martins de Araújo. *Desenvolvimento Sustentável: estudo de impacto ambiental e estudo de impacto de vizinhança*. Curitiba: Letra da Lei, 2008. p. 145.



## 2. O MOMENTO ATUAL DA CONSTRUÇÃO DO ESPAÇO URBANO

Já apresentamos que todo o espaço urbano é, em maior ou menor grau, público, posto que os valores de troca decorrentes deste espaço não só estão adstritos às funções sociais, mas aos objetivos das políticas públicas também.

No entanto, observa-se em ambientes urbanos ao redor do mundo uma tendência de construção do espaço público pela iniciativa privada.

Na tônica de nossa análise, temos o exemplo comparativo das cidades francesas, quando verificado uma tendência em produção de espaços urbanos não só pelo capital privado, mas, também, de acessos exclusivos à determinada parcela populacional que não o todo povo urbano.<sup>31</sup>

No Brasil, um movimento de evidente expansão imobiliária em grandes centros urbanos foi objeto de estudo (tomando por base a cidade de São Paulo), cuja conclusão, dentre várias, é de que, atualmente, o mercado imobiliário que tende a impor mais e maior influência na configuração do espaço público urbano.<sup>32</sup>

O ponto comum, em breve suma, é a constatação de um movimento de instalação de estruturas e equipamentos urbanos, horizontais (como bairros e condomínios fechados, sociedades imobiliárias) ou verticais (beirando às arcológicas solerianas), criando microrregionalidades fechadas, ou, impropriamente, “cidades dentro da cidade”.

Estas estruturas acabam por interromper os influxos infra-estruturais funcionais da cidade, e, via de conseqüência, o espaço dialético e democrático necessário ao desenvolvimento da cidade: a uma porque concentra e “engessa” uma porção mais homogênea de grupo social, que não vais mais conflitar com

<sup>31</sup> *“De nombreux autres s'accordent sur une tendance de l'urbanisme post-moderne à un mode de production privé des espaces urbains, dans une logique de marchandisation (...) et em réponse à certains maux de la ville comme l'insecurité (...).*

*A cette première dimension opérationnelle s'em ajoute d'autres, liée notamment aux strategies sécuritaires. Les acteurs de la promotion immobilière ont ainsi largement diffusé, en les caricaturant, les théories de l'espace défendable pour populariser les solutions de sécurité privée des lotissements, entraînant avec eux urbanistes, municipalités et sociétés de sécurité.*

*De plus em plus observables dans Le périurbain, la multiplication des immeubles sécurisés et des lotissements développant des morphologies d'enclaves se perçoit comme une manifestation physique, visible de la retractation des espaces publics au profit des espaces privées.” - LE GOIX, Renaud, LOUDIER-MALGOUYRES, Céline. La production privée des espaces publics. IN *Annales de la Recherche Urbaine*. n° 99. La Défense: PUCA, 2005. p. 29.*

<sup>32</sup> *“A ação dos distintos agentes imobiliários urbanos sobre o processo de produção do espaço - através do processo triádico de homogeneização, fragmentação e hierarquização deste espaço - foi analisada tendo como pano de fundo a influência das distintas relações entre tais agentes e o capital financeiro. Foi possível constatar, através da análise de dados, que tal influência é real, ou seja, que a produção do espaço no município de São Paulo tornou-se mais fragmentada, hierarquizada e homogeneizada (através dos grandes projetos imobiliários, da padronização arquitetônica e da homogeneização socioeconômica) devido à ação dos agentes imobiliários urbanos, ação essa que possui certa correspondência com o tipo de relação estabelecida com o capital financeiro e com o mercado de capitais.” - BOTELHO, Adriano. *O Urbano em fragmentos*. São Paulo: Annblume/Fapesp, 2007. p. 289.*

os demais grupos sociais citadinos, impedindo um convívio dialético necessário de diversidades, criando uma dinâmica de “guetos” (para ricos e/ou pobres), pernicioso, em fluxo “endo-grupo vs. exo-grupo”<sup>33</sup>; a duas pois genericamente reduz a orientação e acesso da cidade amiúde, restringindo políticas públicas e ação de equipamentos urbanos dinâmicos (tais como linhas de energia e comunicação, corredores de transporte público, etc.), pela criação de grandes gargalos físicos; a três, pois especificamente fornece equipamentos urbanos dinâmicos (tais como linhas de energia e comunicação, corredores de transporte público, etc.) àqueles poucos encastelados nas microrregionalidades, não por via estatal, mas por via contratual, com consequência de esvaziamento do sentido político estatal, de juiz do espaço de conflito dialético<sup>34</sup>.

Como esta circunstância implica na cidade e, em termos jurídicos, no Direito à Cidade de cada qual?

### 3. DIREITO À CIDADE: DIREITO DE QUEM?

À evidência da supremacia do mercado na disciplina do espaço urbano, observamos a instrumentalização estatal das Parcerias Público Privadas (“PPP”).

Instituída pela Lei nº 11.079/2004, as PPP visam a instrumentalização de uma Política Pública pelo capital privado, nos termos de um contrato administrativo. Este capital privado será, por sua vez, remunerado pelo Estado pela execução do empreendimento da PPP.

A PPP possui certas limitações de procedimento e conteúdo, amiúde descritas por Nascimento (2006, pp. 64-65)<sup>35</sup>, sendo que nos interessam, como forma de medir sua magnitude e grau interferência sócio-econômica, os que seguem:

<sup>33</sup> “A perspectiva de políticas para a cidade traz o desafio não apenas da descentralização, mas também da prática da justiça social em terreno tradicionalmente marcado pelas desigualdades e estigmas que dividem a cidade entre pobres e ricos, feios e bonitos, cultos e incultos, bregas e chiques.” - KOGA, Dirce. *Cidade entre territórios de vida e territórios vividos*. IN *Revista Quadrimestral de Serviço Social*. São Paulo: Cortez, 2002. p. 28.

<sup>34</sup> “Sin embargo, el impacto de esta configuración va mas allá de los efectos de profundización y reconfiguración de la segregación socio-espacial, y limita la permeabilidad entre los territorios populares y el resto de la ciudad. Por otro lado, frente a esta formación de enclaves fuera del control territorial estatal se opone el otro extremo Del espectro sócio-económico: la auto-segregación de las élites y de las clases medias que generan por su parte territorios también fuera del alcance del control del Estado (...). Lugares seguros son identificados como aquellos espacios exclusivos y cerrados, los cuales la multiplicidad de la ciudad no logra penetrar. (...) Entre estos dos pólos, la ciudad de las calles que se estructura a partir de espacios y equipamientos públicos agoniza, expuesta y desprotegida por no contar ni con comandos o milicias, ni con los aparatos sofisticados de los ejércitos de seguridad privada. (...) La fragmentación socio-política territorial resultante desta configuración representa no sólo una nueva forma de estructuración urbana, sino también un desafío para la noción de ciudad en sí misma, (...)” – ROLNIK, Raquel. *La Democracia en el filo de la navaja: límites y posibilidades para la implementación de una agenda de reforma urbana em Brasil*. IN *EURE*. V. XXXV. Nº 104. Santiago: EURE, 2009. p. 22.

<sup>35</sup> NASCIMENTO, Edson Ronaldo. *Entendendo as Parcerias Público-Privadas (PPPs)*. IN *Revista de Direito e Política*. v. X. Rio de Janeiro: Gazeta Juris, 2006. pp. 64-65.

- a) Prazo: de cinco a trinta e cinco anos;
- b) Preço: mínimo de R\$ 20.000.000,00;
- c) Forma de remuneração: espécie, cessão de créditos tributários, outorga de direitos (inclusive sobre bens públicos);
- d) Garantias: Fundo Garantidor de Parcerias (na esfera Federal), até o limite de R\$ 6.000.000.000,00;
- e) Contratação: precedida de licitação, na forma da Lei nº 11.079/04 (concorrência), aplicando-se subsidiariamente a Lei nº 8.987/95.

Em meio urbano, admitimos que uma PPP está adstrita aos ditames da Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade)<sup>36</sup>.

Ou seja, ao implementar uma PPP, não só objetivar-se-á a (re)construção de um espaço público, mas, sim, a construção deste com a meta de cidadania social urbana evidenciada na Constituição Federal (e repetida no Estatuto da Cidade), pelos instrumentos que a Lei 10.257/01 determina.

Assim sendo, temos a Lei 10.257/01 a determinar os objetivos de uma política pública em meio urbano:

“Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

(...)

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

(...)

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos

---

<sup>36</sup> “Lei nº 10.257/01. Art. 1º. Na execução da política urbana, de que tratam os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, será aplicado o previsto nesta Lei.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”

ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

(...)

XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social.”

É, por demais evidente, que qualquer Política Pública (e isto significa o plano, o planejamento, o projeto e o processo) que implique em alteração significativa dos elementos da cidade, inclusive os infra-estruturais que tratamos, deve:

a) Ser legitimada por um processo de ação comunicativa no qual os diversos segmentos da população local, influenciada pelo empreendimento, em representação coletiva<sup>37</sup>, discutirão problemas e soluções urbanísticos, em um exercício dialético e democrático direto;

b) A discussão e sua síntese serão, necessariamente, orientados pelos art. 6º e 7º, da Constituição Federal, por força de expressão escoreita (“interesse social”) dos incisos III, IV e XVI, do art. 1º, da Lei nº 10.257/01.<sup>38</sup>

Em última análise, e pela coerência do todo construído até então neste ensaio, uma PPP, pela magnitude do projeto que a justifica, constituirá veículo à implementação de uma Política Pública urbana, que, por sua vez, deve ter um objetivo de interesse social e a participação popular como forma de legitimação e fomento à democracia.

<sup>37</sup> A representação popular aqui referida trata de contornos eminentemente Democráticos-Poliárquicos, pelas organizações representativas de terceiro setor. Não se imagina, evidentemente, todos os cidadãos de determinado município reunidos, obrigatoriamente, no Paço Municipal (ou em qualquer outra “ágora”) para, objetivamente, decidir acerca de uma política pública. Trata-se de uma situação inviável. Daí que, dentre outras razões, o terceiro setor tem sua posição privilegiada de representação e participação em matéria de políticas públicas. É o rol do art. 5º, da Lei nº 7.347/85 um grande exemplo da aplicabilidade deste conceito. Neste senso: “Outros atores do sistema neocapitalista não possuem, individualmente, essa capacidade de autodeterminação, nem do ponto de vista econômico nem do ponto de vista das suas relações com os poderes públicos. Desse modo, a defesa de seus interesses só pode ter lugar através da mediação e, muitas vezes, da mediatização de certas associações. Entre esses atores, encontram-se as empresas à margem do primeiro estrato, as classes trabalhadoras de distinta espécie, os agricultores, os consumidores, certas camadas inferiores da classe média etc. Não vamos nos referir a todos eles.” – GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp. 63-64. Sobre Poliarquia: COSTA, Marcos José da. *A Transfiguração do conceito de Democracia: noções sobre Democracia Deliberativa*. IN *Revista da Escola Superior do Ministério Público*. Ano 2. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público, 2009. pp. 259-263.

<sup>38</sup> No mesmo sentido de metas urbanísticas programáticas: “O *caput* do art. 2º fixa como objetivo da política urbana o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Nas funções sócias da cidade se entrevê a cidade como *locus* não somente geográfico e de mera reunião de pessoas, mas como espaço destinado à habitação, ao trabalho, à circulação, ao lazer, à integração entre os seres humanos, ao crescimento educacional e cultural.” – MEDAUAR, Odete. *Diretrizes Gerais (arts. 1º a 3º)*. IN MEDAUAR, Odete, ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Coord.). *Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001 – comentários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 25-26.

No entanto, a teoria não se reproduz em prática.

A tomar para a análise o procedimento de concessão que operacionaliza, juridicamente, uma PPP, o cidadão, em sua representação direta ou por meio do terceiro setor, não tem como influir na relação Poder Concedente-Concessionário enquanto na fase licitatório-concorrencial. Exceto em momentos específicos anteriores à licitação, e nas questões posteriores à licitação que equiparam os conceitos de cidadão e usuário e consumidor, não há um único momento no qual este processo de escolha do prestador do serviço público contemple a participação social direta.

Tal redução do Direito à Cidadania, neste caso das PPP como ataque direto ao Direito à Cidade, dá-se porque a PPP vincula-se ao fenômeno jurídico-administrativo da Concessão<sup>39</sup> <sup>40</sup>, e, como tal, ao contrato administrativo e seus ditames atualmente postos. Ditames estes que respondem a uma dinâmica administrativa de paradigmas liberais.

A Constituição Federal objetivou o interesse social como meta da Sociedade Brasileira (o que, como visto acima, a qualificaria como um Estado Social e, via de consequência, dirigente e provedor). Neste caso,

“[o] importante a assinalar é que, na estrutura do Estado Dirigente, a lei perde sua majestade de expressão por excelência de soberania popular, para se tornar mero instrumento de governo. A grande maioria das leis insere-se, hoje, no quadro de políticas governamentais e tem por função não mais a declaração de direitos e deveres em situações jurídicas permanentes, mas a solução de questões de conjuntura (*Massnahmegesetze*), ou então o direcionamento, por meio de incentivo ou desincentivos, das atividades privadas (*Lenkungs-gesetze*), ou ainda a regulação de procedimentos no campo administrativo (*Steuerungsgesetze*). mas, de certa forma antagônica, consagrou um Direito Administrativo formalista e liberal, que não admite a política pública como instrumento próprio a preencher-lhe o requisito de legalidade.”<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Com as devidas reservas feitas a não existência de um modelo de concessão que possa ser tido como “padrão”, seja pela evolução do modelo econômico, da função do Estado, ou do próprio dinamismo exigido ao Direito Administrativo, define-se concessão de serviço público por “um contrato plurilateral, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento, ainda que custeada parcialmente por recursos públicos.” – JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 96.

<sup>40</sup> “É fundamental esclarecer que há duas categorias de PPP’s: a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Na patrocinada, o agente privado arca com os custos da construção e implementação do empreendimento e o setor público complementa a receita auferida com a tarifa cobrada de modo a cobrir os custos operacionais, de manutenção, a amortização do investimento e garantir uma taxa de retorno compatível. Na concessão administrativa, que são contratos de prestação de serviços tradicionais, o agente particular constrói e administra. O setor público remunera sem cobrança de tarifa.” – BENJÓ, Isaac. *Parcerias Público-Privadas – Uma forma de apropriação de eficiência pelo Estado*. IN *Revista de Direito e Política*. v. XI. Rio de Janeiro: Gazeta Juris, 2006. pp. 111-112.

<sup>41</sup> KOMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. IN *Revista de Informação Legislativa*. a. 35. nº 138. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do

Poder-se-ia, no conceito acima, pensar que a espécie normativa reconhecida como útil à viabilização das metas deste Estado Dirigente, a saber, a política pública decorrente do art. 182., da CF/88, serviria de parâmetro à apreciação judicial de atos ou omissões da Administração maculados de inconstitucionalidade quanto aos objetivos. No entanto, O Supremo Tribunal Federal aponta a teoria da “invasão de poderes” para fundamentar que o Tribunal Constitucional não pode decidir por questões políticas, ou, mesmo, suprir lacunas decorrentes de inércia do outros Poderes.<sup>42</sup>

Esta circunstância retira a qualidade da política pública, i.e. a vinculação da ação estatal aos objetivos sociais, que necessariamente interessa ao Estado Dirigente, reduzindo o Direito Administrativo à zona da escala evolutiva de direitos inferior aos demais segmentos, chegando ao esquizofrênico ponto de reconhecer um “direito ao meio ambiente equilibrado”, ao “ao patrimônio e privacidade genética”, “ao bem-estar do habitante da cidade”, sem ter os meios suficientemente eficientes a implementá-los no todo possível.<sup>43</sup>

Logo, tem-se a incoerência do usuário do serviço público decorrente da PPP, objeto da concessão, apesar de reconhecido como parte da relação plúrima do contrato de concessão<sup>44</sup>, em nada pode interferir na escolha do prestador.

Em outras palavras, adequadas a este trabalho: o cidadão não exerce vontade sobre aquele que é legalmente (mas de legitimidade questionável) escolhido e habilitado a construir seu tão importante espaço urbano. Não incommum, este particular “escolhido” não só impõe sua forma de construção, como o Estado também lhe exige um “projeto” a ser construído.<sup>45</sup>

Este descompasso administrativo reflete-se, imediatamente, na execução e fiscalização da política urbana: uma vez que o preceito normativo só pode ser interpretado como “norma regra” ou “norma princípio”, e nunca como “política pública”, como categoria autônoma, será impossível discutir em nível jurídico a sua validade e eficácia de aplicação.

Por seu turno, lembramos que os objetivos sociais de construção do espaço dialético urbano são implementados por políticas públicas.

---

Senado Federal, 1998. p.45.

<sup>42</sup> KOMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. IN *Revista de Informação Legislativa*. a. 35. nº 138. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1998. p. 46.

<sup>43</sup> No mesmo senso: “A Administração Pública (e o direito administrativo) está voltada para o modelo liberal de proteção dos direitos individuais em face do Estado, não para a implementação dos princípios e políticas consagrados na Constituição.” - BERCOVICI, Gilberto. *Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado*. IN BÜCCLI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 148-155.

<sup>44</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 554.

<sup>45</sup> Dos inúmeros exemplos que a literatura comenta, os mais próximos e ilustrativos são as áreas destinadas às arenas esportivas dos Jogos Panamericanos do Rio de Janeiro, bem como os “projetos aprovados” dos Estádios que sediarão a Copa do Mundo de 2014: malgrado alguns destes últimos ser de natureza privada, a alteração na dinâmica da cidade que suas reformas e ampliações propõe não o é.

É evidente a conclusão de como se esvaziou o conteúdo jurídico administrativo das políticas públicas, de forma a gerar o risco de esvaziamento da cidadania em meio urbano.

Tal situação gera conseqüências jurídicas. Analisemos uma delas.

#### 4. Da dependência da “Função Social da Propriedade”

O marco original da Função Social da Propriedade, como tal é interpretada hodiernamente, pode ser identificada na doutrina do final do século XIX e início do século XX, em especial, mas não somente, nas idéias de Léon Duguit:

“Na obra *Las transformaciones de derecho público y privado*, Duguit traz para o direito de propriedade a idéia de função social, buscando superar a noção de direito subjetivo, que tinha como ‘metafísica’, por conta do pensamento então disseminado, de que a propriedade seria um dos direitos naturais e imprescritíveis do homem (...).”<sup>46</sup>

Este conceito não nos limita de, historicamente, encontrar origens mais profundas e antigas de que o reconhecimento dos Direitos Fundamentais encontra seus limites materiais na realização dos Direitos Sociais.<sup>47</sup>

Do conceito acima, podemos entender que a “Função Social da Propriedade” pressupõe que o conteúdo e circulação econômica da propriedade, e, via de conseqüência, o mercado, respeitarão limites dos direitos sociais e pautar-se-ão pelo desenvolvimento destes Direitos, em evidente critério de finalidade.

Retomemos o conceito anterior de que o modo de consecução dos Direitos Sociais é o instrumental impõe, como necessário, o instrumental normativo afeito às políticas públicas.

Malgrado o conceito de Políticas Públicas, não se vislumbra como norma integradora do conceito de Função Social da Propriedade qualquer possibilidade real de uma implementação programática estatal, i.e. um ato da Administração, limitar o Direito à Propriedade previsto no art. 5º, XXII, da CF/88.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> ERENBERG, Jean Jacques. *Função Social da Propriedade Urbana: municípios sem plano diretor*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2008. p. 114.

<sup>47</sup> “A evolução que se segue a partir daí corresponde à luta pela ampliação dos beneficiários dos direitos humanos, para buscar o exercício dos direitos à liberdade, à segurança e à propriedade não apenas aos ricos e bem nascidos, mas a todos os membros da comunidade. Essa é a tônica dos direitos humanos de ‘segunda geração’, cuja positividade nas constituições marca o século XX.” - BUCCI, Maria Paula Dallari. *A Comissão Brundtland e o conceito de desenvolvimento sustentável no processo histórico de afirmação dos direitos humanos*. IN DERANI, Cristiane, COSTA, José Augusto Fontoura (Orgs.). *Direito Ambiental Internacional*. Santos: Leopoldianum, 2001. p. 52

<sup>48</sup> Pelo Direito Brasileiro, decorrente de uma interpretação do art. 5º, XXIII, em relação ao *caput*, não há limitação de propriedade que não seja decorrente de Lei. Tal conceito pôde ser evidenciado na discussão sobre a constitucionalidade da alíquota de IPTU progressivo em diversas capitais brasileiras: O STF firmou o entendimento – a partir do julgamento do RE 153.771, Pleno, 20-11-96, Moreira Alves – de que a única hipótese na qual a Constituição admite a progressividade das alíquotas do IPTU é a do art. 182, § 4º, II, destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.”



Logo, no Direito Brasileiro, a Função Social da Propriedade obedece à critérios de legalidade clássica, assim entendidos em uma hermenêutica jurídica lógico-formal. Critérios, estes, inábeis à implementação de uma cidadania em caráter social.

Não obstante esta incompatibilidade entre meios jurídicos e fins, a Função Social da Propriedade tende a uma superexposição, haja vista a inocuidade da aplicabilidade dos demais direitos do art. 5º (de natureza impropriamente “pública”), da CF/88, que não a propriedade.

Sem embargo da importância das origens desta hipertrofização, neste trabalho é importante analisarmos as consequências para o atual acesso à cidadania urbana brasileira.

Admitir que todos (ou grande número) dos direitos e deveres sociais e difusos derivam ou estão contidos na Função Social da Propriedade, enquanto, até, seu fundamento, é reduzir, novamente, a cidadania e seu exercício a uma dinâmica exclusivamente de mercado. Isto porque:

a) Admitiria, por pressuposto, à construção de um ambiente cidadão, necessariamente, uma privatização dos meios de produção: só a propriedade circulante, controlada e limitada por orientação social, seria capaz de gerar uma dimensão de acesso à cidadania.

Tal asserção, conforme análise de OLIVEIRA (1998, p. 22)<sup>49</sup>, é falsa, na medida em que atividades direcionadas e tipicamente estatais, seja pela sua natureza estratégica, seja pela característica essencial e/ou deficitária, tenderiam a regime regulatório amplo, o que, novamente, reduziria as condições de “cidadão” à sinonímia de “consumidor”. Oliveira ainda dispõe, neste mesmo sentido, que alguns “custos internos de produção” podem e devem ser socializados como forma de agregar qualidade de vida ao cidadão, na forma de salário indireto.

Ora se não é o adequado equipamento e serviço urbano uma forma de socializar algumas formas de “custo interno da produção”.

b) A propriedade, por maior que seja a orientação social do mercado, visa, quando circulada, lucro/proveito/replicação<sup>50</sup>. E, assim sendo, os mandamentos principiológicos (que são mecanismos normativos de referência, auto-aplicáveis em um modelo ótimo, no limite da possibilidade pelo agente implementador, nunca menos<sup>51</sup>) de características sociais nunca estariam plenamente satisfeitos pois, ainda, obedecer-se-ia à lógica do lucro/proveito/replicação antes de ser realizados.<sup>52</sup>

---

(AI 456.513-ED, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 28-10-03, 1ª Turma, DJ de 14-11-03). RE 192.737, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 5-6-97, Plenário, DJ de 5-9-97.

<sup>49</sup> OLIVEIRA, Francisco de. *Os Direitos do Anti-Valor*. São Paulo: Vozes, 1998. p. 22.

<sup>50</sup> LOJKINE, Jean. *O Estado Capitalista e a Questão Urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. pp. 276-278.

<sup>51</sup> DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997. p. 48.

<sup>52</sup> O capital e suas novas formas financeiristas desenvolvem a infra-estrutura urbana de forma a maximizar o proveito e o lucro, tendo por instrumentos, inclusive, monopólios e outras distorções de mercado. Para que tal circunstância funcione, além da incapacidade institucional de ação, há



Podemos, agora, analisar as restrições às políticas urbanas que o desbalanceamento entre capital público e privado, com predomínio deste, provoca na dinâmica do Direito à Cidade.

## 5. A Apropriação Descontrolada da Cidade

A percepção é de que a cidade brasileira, materialmente desenvolvida, não está orientada à construção do espaço público dialético. A lógica por trás desta conclusão é simples: a construção do espaço público pelo capital é necessariamente orientada por uma dinâmica de maximização de rentabilidade e minimização de custos de produção.

Tomemos o foco do custo: à exceção do próprio terreno urbano, o maior custo da construção civil do país é a mão de obra<sup>53</sup>. À leitura dos indicadores publicados pelo próprio órgão do setor, em primeira vista, observa-se que está excluído do cômputo geral da obra o custo pela correta destinação dos detritos de construção civil do espaço privado urbano. Igualmente, o órgão classista, em esforço consciente diante de uma normatização urbano-ambiental de responsabilização objetiva, publica planos de adesão facultativa de correta destinação de resíduos de construção civil (Res. CONAMA 307/2002).

Significa dizer que a correta destinação deste resíduo, que compõe “mais da metade dos resíduos sólidos urbanos”<sup>54</sup>, ou, mesmo, as externalidades decorrentes dele, são suportadas, em parte, pelo Erário e pelos demais habitantes da cidade, e não pela cadeia de produção e consumo.

Considere, ainda, que este espaço privado construído ora compõe o “bairro fechado”, ou, quando ainda, está sujeito à (ainda lídima) seqüela do direito real de propriedade (art. 1.228, do Código Civil). Resulta em dizer que, apesar da externalidade do aterro ou espaço ambiental que receberá o resíduo de construção civil compor custo difuso ou coletivo, o proveito deste insumo é, cada vez mais, privado e excludente.

A tomar pelo prisma da rentabilidade, temos a escassez do espaço das cidades. A análise do IBGE-SINAPI verificou que, por questões que envolvem, inclusive, a escassez do espaço urbano, este torna-se cada vez mais valioso pela regra basilar de oferta e procura. Maximizar o ganho, neste caso, significa vender o espaço cidadão construído mais caro, bem como seus serviços e equipamentos.<sup>55</sup>

---

que se fazer concessões às “classes dominadas”, por intermédio de um Estado subordinado ao capital financeirista, tendendo ao monopolista. O que confirmaria, neste caso, o esvaziamento e a incapacidade do Estado em estabelecer: um direito administrativo adequado às políticas públicas; um Estado Social de Direito. - LOJKINE, Jean. *O Estado Capitalista e a Questão Urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. pp. 279-310.

<sup>53</sup> SINDUSCON-SP. *Boletim Econômico Abril 2010*. São Paulo: Sinduscon-SP, 2010.

<sup>54</sup> SINDUSCON-MG. *Cartilha de gerenciamento de resíduos sólidos para construção civil*. Belo Horizonte: Sinduscon-MG, 2005. p. 9.

<sup>55</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Sistema Nacional de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI: Abril 2010*. Brasília: IBGE, 2010. p. 6.

Impor aos serviços e equipamentos urbanos uma dinâmica de disposição à mercê do mercado desregulado (ou mal regulado) impõe:

- a) Vários níveis de acesso à cidade e gozo da cidade, a considerar gradientes maiores de plenitude deste Direito por aquele que detém mais capital, em detrimento do hipossuficiente do direito de propriedade (em sentido amplo);<sup>56</sup>
- b) Esvaziamento do espaço dialético cidadão, que conformará cidadãos mais homoganeamente alocados e centralizados, não permitindo o acesso à cidade de grupos hipossuficientes de direitos de propriedade;
- c) Consequente esvaziamento do espaço político da cidade pela aproximação, tendendo à sinonímia, dos conceitos de Cidadão e de Consumidor, prevalecendo a dinâmica de mercado (desregulado, ou mal regulado) afeita à relação consumerista.

É nosso dever descrever que este esvaziamento do espaço político é catalisado por outros fatores correlatos, a saber:

- a) Na medida em que a exclusão da camada mais desprovida de direitos se acentua no cenário urbano, seu espaço dialético se enfraquece pela ausência de antíteses do processo dialético. A homogeneização dos centros de poder e circulação sócio-econômica da cidade só tende a aumentar enquanto a dinâmica econômica não se alterar ou não for orientada para outra direção/sentido. Em outras palavras: a cidade tenderá, em maior ou menor grau, a um recorte de guetos.
- b) O segundo catalisador é correlato à idéia de substituição do Estado nas figuras já analisadas anteriormente por relações privadas, de natureza contratual.

Em privilegiando a natureza contratual em detrimento da relação Estatal, cuja espécie do gênero é o exercício de cidadania, a estruturação e instalação de serviços urbanos (comunicação, circulação/transporte individual e de massa, segurança, saúde, aquisição de víveres, limpeza, saneamento, e manutenção, etc.) é exercida por contratos nominados pelo Código Civil e legislação esparsa (convenção de condomínio; prestação de serviços de segurança; alienação ou doação de resíduos; prestação de serviço de coleta de resíduos; empreitada global para organização de tráfego, etc.). O Estado, por seu turno: (i) perde sua significação, mesmo diante da orientação constitucional social, *i.e.*, intervencionista (planificadora) e empreendedora, na medida em que o prestador privado mantém relação com o cidadão relação baseada em critérios do Código

<sup>56</sup> "O titular do direito de reclamação pela prestação dos serviços públicos (previsto no art. 37, §3º, da Constituição de 1988) foi alterado pela Emenda n. 19, passando da população em geral para o consumidor. O cidadão, com a "Reforma Gerencial", e entendido apenas como cliente, como consumidor." - BERCOVICI, Gilberto. *Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado*. IN BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 152.

de Defesa do Consumidor; (ii) perde mais instrumentos e oportunidades para consecução de uma cidade que permita acesso social mais plúrimo, garantindo sua diversidade, como requisito de dialética e de desenvolvimento da cidade.

c) O espaço urbano, então, é degradado com as deseconomias do processo de construção do próprio espaço urbano, gerando decréscimo de sua qualidade, aumento de seu preço na conquista de uma infraestrutura urbana capaz de servir de arena ao espaço dialético.<sup>57</sup>

Resta-nos, então, analisar a origem do atraso estatal na construção do Espaço Urbano.

## 6. Da conclusão Parcial de Ausência do Estado na Construção do Espaço Urbano

Desposamos o pensamento de que não existem signos de comunicação (e a norma jurídica é um deles) que se bastem por si só diante de análises de questões infra-estruturais. É certo que o signo é designado, ou ainda, denotado, por muitas bases, tais como históricas, culturais, econômicas, sociais e, finalmente, já em supra-estruturas, políticas. Este signo, que em nosso caso, é o Direito, atuará como intermediário, ou, mais tecnicamente, linguagem/ilustração política, à(s) causa(s) basal(is) do problema.

No entanto, este artigo perderia seu viés jurídico e o tornaria por demais delongado ao objetivo de ser mero ensaio, se cada qual destas causas fosse descritas conforme nossa opinião.

Desta forma, e a considerar um princípio de otimização, apontamos

---

<sup>57</sup> “Uma razão final para o fracasso no desenvolvimento de uma teoria apropriada para enfrentar o problema dos efeitos prejudiciais deriva de um conceito equivocado de fator de produção. Este é, geralmente, pensado como uma entidade física que o empresário adquire e usa (um pedaço de terra, uma tonelada de fertilizante), em vez de o direito de realizar certas ações (físicas). Nós podemos nos referir a uma pessoa que possui terra e que a utiliza como um fator de produção, mas o que, realmente, o proprietário possui é o direito de realizar uma definida lista de ações. Os direitos do proprietário não são ilimitados. Não é nem mesmo sempre possível para ele remover a terra para outro lugar, por exemplo, pela sua extração. E, ainda que seja possível, para o proprietário, excluir algumas pessoas do uso de “sua” terra, isso pode não ser verdade em relação às outras. Por exemplo, algumas pessoas podem ter o direito de servidão. Além disso, pode haver ou não a possibilidade de construir certos tipos de prédios ou cultivar certos produtos agrícolas, ou, ainda, utilizar sistemas específicos de drenagem na terra. Isso não ocorre simplesmente em razão da regulação governamental. Ocorreria, também, no sistema de *common law*. Na verdade, isso seria assim em qualquer sistema jurídico. Um sistema em que os direitos dos indivíduos fossem ilimitados seria um sistema em que não haveria direitos a serem adquiridos.

Se os fatores de produção são pensados como direitos, torna-se mais fácil compreender que o direito de fazer algo que gera efeitos prejudiciais (tais como a emissão de fumaça, barulho, odores, etc.) é, também, um fator de produção. Da mesma forma que podemos usar um pedaço de terra de modo a evitar que as pessoas o atravessem, ou estacionem seus carros, ou construam suas casas sobre o mesmo, nós podemos usá-lo de modo a denegá-las uma vista, ou o silêncio, ou um ar não-poluído. O custo de exercer um direito (de usar um fator de produção) é sempre a perda sofrida em outro lugar em consequência do exercício desse direito – a incapacidade de cruzar a terra, estacionar o carro, construir uma casa, gozar de uma vista, ter paz e silêncio, respirar ar limpo.” – COASE, Ronald. *O Problema do Custo Social*. Internet: <[http://www.iders.org/textos/Coase\\_Traducao\\_Problema\\_Custo\\_Social.pdf](http://www.iders.org/textos/Coase_Traducao_Problema_Custo_Social.pdf)>. Acesso em 30 de abril de 2010.

as bases materialistas históricas descritas por CARVALHO (2009), e as bases econômicas descritas em FURTADO (1977) como fundamento preponderante (mas não absoluto) às causas jurídicas que ora passo a expor:

Observamos que o Direito Administrativo segue, eminentemente, uma tendência hermenêutica constitucional e uma tendência de Estado Liberal e sua conseqüente concentração e distribuição de Poderes.

No Estado Liberal, a modalidade hermenêutica constitucional em voga é a lógico-formal, enquanto que seu correlato e antecedente fenomenológico (a política) observa a concentração de poderes no Poder Legislativo.

A partir da sintaxe destas duas variáveis, percebe-se o princípio da legalidade como conseqüente jurídico-administrativista deste Estado de modelo liberal.

No entanto, a CF/88 identifica a República Federativa do Brasil como de objetivos de Estado Social.

Neste senso, poderíamos supor que o Direito Administrativo acompanhasse a mesma hermenêutica constitucional de hipertrofia do Poder Executivo e categorização das normas jurídicas também na figura de políticas públicas. De fato, poderíamos, mas o faríamos em erro, como já identificamos.

Vê-se que, juridicamente, ainda predomina o modelo jurídico administrativista liberal ante a tendência social de concentração de poderes.

Tal descompasso impede a formação, execução e fiscalização de políticas públicas, que são normas adequadas a manifestar comandos estatais de conteúdo de cidadania social. Impede, mesmo, o reconhecimento de políticas públicas como categoria jurídica autônoma: malgrado a técnica jurídica exija que uma política pública seja telhada à luz da constituição em função de sua finalidade, o modelo de controle constitucional (concentrado ou difuso) no Brasil pressupõe a avaliação da norma em tese, desvinculada de seu contexto de “atividade estatal”.

Este descompasso administrativo reflete-se, imediatamente, na execução e fiscalização da política urbana: uma vez que o preceito normativo só pode ser interpretado como “norma regra” ou “norma princípio”, e nunca como “política pública”, como categoria autônoma, será impossível discutir em nível jurídico a sua validade e eficácia de aplicação.

Por seu turno, lembramos que os objetivos sociais de construção do espaço dialético urbano são implementados por políticas públicas.

É evidente a conclusão de como esvaziou-se o conteúdo jurídico administrativo das políticas públicas, de forma a gerar o risco de esvaziamento da cidadania em meio urbano.

## 7. Quem construirá o Espaço Urbano?

A construção do Espaço Público está ao encargo de qual Ator Social?

A resposta a esta pergunta está na própria significação do Espaço Público: ora como valor de uso, ora como valor de troca.

Seja em um modelo de apropriação, seja noutra, Lefebvre (2009, p.19) aponta o fenômeno da cidade como poliédrico, sobretudo, como uma expressão de um sem número de vetores qualitativos (ambiental, econômico, social, cultural, antropológico, religioso, político, *etc.*) que, sinergeticamente, dão à cidade sua forma e dinâmica peculiar.<sup>58</sup>

É de se entender que a construção do espaço está associada, em maior ou menor grau, tanto com o agir do indivíduo, como das coletividades que integra, como das superestruturas que interagem (*e.g.* Estado, Empresas, ONG, Igreja).

Logo, para finalidade de desenvolvimento e acesso, é mais importante perguntarmos: Quem organizará, planejará, planificará a construção do Espaço Público Urbano?

Um início de resposta reside na Ação Comunicativa, de Habermas, na qual o Direito é o intermediador, pelas suas próprias características, dos setores sociais que conflitaram pelo e no espaço urbano.

Neste sentido, o próprio Habermas (2003, pp. 177-178) admite o papel do Estado na veiculação do Direito<sup>59</sup>, e LOJKINE (1997, p. 279) não nega o Estado como veículo, catalisador ou, mesmo origem do Poder estabelecido, sendo o Direito a sua linguagem.<sup>60</sup>

É de se compreender que a fórmula política do Estado ainda é a que menos imporá obstáculos à construção da cidadania social: seja pela função do Estado Ocidental (inaugurado nas revoluções do século dezoito) em promoção da cidadania (nos termos que esta seja entendida em razão do tempo); seja pela sua característica de intermediar infra e supraestruturas de maneira presencial universalista.<sup>61</sup>

Este ator social (Estado) utilizaria, então, instrumentos próprios e adequados à finalidade social, que foram aqui explícitos nas políticas públicas.

Escolhida a superestrutura estatal como a adequada a liderar o processo de planejamento e planificação da construção do Espaço Urbano, de rigor questionarmos o Estado Brasileiro, a considerar seu histórico, no que toca a sua aptidão pela planificação das atividades sócio-econômicas. De pronto identi-

<sup>58</sup> LEFEBVRE, Henri. *Direito à Cidade*. São Paulo: Centauro, 2009. p.19.

<sup>59</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. pp. 177-178.

<sup>60</sup> LOJKINE, Jean. *O Estado Capitalista e a Questão Urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 279.

<sup>61</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do Estado Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. pp.59-61

ficamos: A realidade histórica brasileira maltratou a interpretação dos direitos civis, políticos e sociais: ora os obliterava, ora os alternava categoricamente, sem nunca tê-los agregado ou superposto.<sup>62</sup>

Esta realidade histórica brasileira (em especial e mais evidente na “Revolução de 30” e na Emenda Constitucional nº 1/69) deslocou o eixo jurídico constitucional brasileiro do cidadão ao Estado.

Via de conseqüência, reflexos naturais dos direitos humanos (ora civis, ora políticos, ora sociais) eram “concedidos” pelo poder governamental, que acabava por formar clientes, e não cidadãos eleitores, controlando uma população inteira pelo medo de perder o pouco direito que lhe fora conferido ou, ainda, pela perversão da cidadania na “estadania”<sup>63</sup>: o direito não é conquistado pelo cidadão no jogo político dialético nos termos do preceituado juridicamente, mas a benesse lhe é concedida quando o povo, justamente, nega este jogo dialético.

Para que o modelo político de Estado funcione em direção à implementação dos direitos humanos, um requisito fundamental é a cidadania, *i.e.*, o processo popular de conquista de direitos, por embate ou, até, luta.<sup>64</sup>

O pensamento lógico e conseqüente é que o preceito normativo que concede um direito, em caráter clientelista, não gera cidadãos.

E assim o é na medida em que Dahl (2009, pp. 49-50), em análise ao regime democrático de Estado, define a cidadania inclusiva pela finalidade do “Entendimento Esclarecido”, “Controle do Programa” e “Plena Inclusão”, o que, no Brasil não ocorreu.<sup>65</sup>

Muito ao contrário, no Brasil identifica-se uma noção popular de que é o Estado ou o governo que devem “dar” o direito materializado, em relação de clientela (se hipossuficiente) ou de consumo.<sup>66</sup>

Já em segunda posição, observa-se um deslocamento do espaço dialético dos comitês e colegiados executivos (das, nominalmente, ao menos, Políticas Públicas), ou, ainda, das estruturas representativas parlamentares, para o Poder Judiciário.

<sup>62</sup> CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. pp. 220-221.

<sup>63</sup> “Uma conseqüência do desenvolvimento da cidadania entre nós é a excessiva valorização do Executivo, uma vez que são os governos que ‘concederam’ os direitos sociais. Este processo traz uma visão paternalista, de troca de favores, para ganhar benefícios, trazendo, também, o messianismo, a busca pelo “salvador da pátria” tão presente entre nós. Na feliz expressão de José Murilo de Carvalho, o que prevalece no Brasil é a ‘estadania’, ao invés da cidadania, o que dificulta a organização autônoma de nossa sociedade.” - SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988*. IN MORAES, Alexandre (Org.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 339.

<sup>64</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *A Comissão Bruntland e o conceito de desenvolvimento sustentável no processo histórico de afirmação dos direitos humanos*. IN DERANI, Cristiane, COSTA, José Augusto Fontoura (Orgs.). *Direito Ambiental Internacional*. Santos: Leopoldianum, 2001. p. 52.

<sup>65</sup> DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora UNB, 2009. pp. 49-50.

<sup>66</sup> SMANIO, Gianpaolo Poggio. *A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988*. IN MORAES, Alexandre (Org.). *Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 339.

Mais que qualquer outra, esta nova arena dialética tem vicissitudes mais evidentes à implementação de uma cidadania social. Assim sendo, temos:

a) O Juiz não é um membro eleito pela população, razão pela qual estão livres de uma prestação política ao cidadão. Tampouco participam diretamente do equilíbrio de poder enquanto disputa pela ideologia dominante.

b) Não reconhecem as potencialidades do conceito de políticas públicas, na medida em que seu órgão central não reconhece que uma norma seja inconstitucional em função de seu modo de execução ou finalidade.

c) Não possui aparato técnico ou jurídico à implementação de políticas públicas, haja vista: i) o mandado de injunção precariamente aplicado; bem como ii) o aparelhamento Judiciário ser voltado à solução de lides e rupturas sociais (reativo) de natureza outra que não o cumprimento (ativo) de metas sociais (implementação de habitação, saúde, urbanismo ou meio ambiente).

d) Existe, também, uma precariedade inerente ao processo decisório judiciário em relação ao necessário embate poliárquico. Na poliárquica de Dahl, a dialética é representada pelo embate plúrimo de representações e interesses. O Poder Judiciário é, às exceções do *amicus curiae* e da audiência pública, precariamente aparelhado ao incremento de uma decisão de construção plural. Isto porque o processo decisório judiciário versa sobre uma lide pontual resistida, e não sobre um problema supra ou infraestrutural de aplicação de direitos.

Igualmente, este processo judiciário trata do fato real e pontual, desvinculado de um conceito de assistência e construção de Direitos Humanos universalista. Tal processo, por autorizadamente ciclótico, gera distorções individuais, privilegiando a decisão judiciária para um, em detrimento de uma política para todos, de competência Executiva.<sup>67</sup>

A responsabilidade do Estado, em seus órgãos Executivos, de construir o espaço coletivo de enfrentamento alcança muitos níveis.

No nível físico urbano, pressupostos a este espaço de confronto são as garantias do Estado Democrático de Direito expressas não só na Constituição, mas, também, no Estatuto da Cidade.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> "Dessa maneira, o aumento da litigância pessoal seria provocado pelo individualismo capitalista e o rompimento com os laços sociais anteriores – (...). Tudo o que era antes controlado pela relação interpessoal passa a ser regido por um contrato jurídico, com a invasão do direito de arenas que eram exclusivas de outras instituições sociais. E é importante salientar que a interferência judiciária é um fenômeno facilitado, na prática, pelos próprios políticos. (...) E o resultado disso é que o cidadão individualizado não mais se envolve em questões de mobilização social e a justiça se torna um verdadeiro balcão de queixas sociais." - GONÇALVES, Alcindo. *Políticas públicas e ciência política*. IN IN BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 95.

<sup>68</sup> FERNANDES, Edésio. *Del Código Civil al Estatuto de la Ciudad: algunas notas sobre la trayectoria del derecho urbanístico en Brasil*. IN EURE. V.XXIX. n.º 87. Santiago: Eure, 2003. Internet <www.scielo.



Por meio da planificação, a estrutura física da cidade deverá respeitar e promover garantias a que se permita o desenvolvimento e exercício de uma cidadania urbana. O instrumento dedicado a este propósito é o Plano Diretor.

O instrumento do Plano Diretor, apesar de ser tecnicamente antigo, tem sua gênese para o Direito Brasileiro na Lei nº 10.257/01. É no Plano Diretor que as estruturas e serviços urbanos garantirão os requisitos democráticos articulados por Dahl. Neste sentido, cotejamos as funções de um Plano Diretor, como tal estabelecido pelo art. 40, §4º, do Estatuto da Cidade, e os requisitos para construção de uma cidadania em Estado Democrático:

<b>Pressupostos Democráticos DAHL (2009, p. 49)</b>	<b>Pressupostos de Validade Plano Diretor (art. 40, §4º, do E.C.)</b>
Antes de ser adotada uma política pela associação, todos os membros devem ter oportunidades iguais e efetivas para fazer os outros membros conhecerem suas opiniões sobre a qual deveria ser esta política. (Participação efetiva)	A promoção de audiências públicas e debates com a participação e das associações representativas dos vários seguimentos da comunidade. (art. 40, §4º, I, do E.C.)
Dentro dos limites razoáveis de tempo, cada membro deve ter oportunidades iguais e efetivas de aprender sobre as políticas alternativas importantes e suas prováveis conseqüências. (Entendimento esclarecido)	A publicidade quanto aos documentos e informações produzidos. (art. 40, §4º, II, do E.C.)
Os membros devem ter oportunidade exclusiva para decidir como e, se preferirem, quais as questões que devem ser colocadas no planejamento. (Controle do programa de planejamento)	Acesso a qualquer interessado quanto aos documentos e informações produzidos. (art. 40, §4º, III, do E.C.)

Dada esta importância, o processo de confecção do Plano Diretor impõe procedimento que privilegie e garanta a participação popular direta (art. 40 e 43, do Estatuto da Cidade), abrindo mais este espaço à arena dialética.

---

cl>. Acesso em 29 de abril de 2010.



No entanto, a cultura política democrática que permeia este procedimento é tão nova (e avançada) para a realidade nacional, de tradicional (e viciosa) estadia, que a confecção de um plano diretor em cidades carentes de Direito à Cidade tornou-se uma batalha inglória<sup>69</sup>.

É no Plano Diretor que todos os outros instrumentos de política urbana vão se coordenar, de forma a visar o seguinte objetivo:

- a) Que o Estado, ativamente, mantenha e expanda o espaço dialético urbano;
- b) Que o mercado (imobiliário, automotivo, de lazer, de transporte de coisas e pessoas, dentre outros) justifique sua existência pela circulação de bens em prol de uma finalidade (mensurável e objetivamente declarada) de acordo com a construção de um ideal democrático na cidade;
- c) Que o mercado, ou que qualquer outra entidade cujo objetivo social não coincida diretamente com o ideal de construção de cidadania democrática, não seja o único (ou o mais influente) agente de construção de espaços urbanos.

Portanto, a verificação de uma restrição a um direito (de propriedade, de ir e vir, dentre outros) em prol de uma função social, sendo esta função inserida em um contexto necessário de políticas públicas, é a estrutura jurídica fundante à composição dos interesses e direitos em uma planificação diretora urbana, de forma e a visar à construção do espaço dialético *habermasiano* de cidadania, promovendo pluralismos e evitando guetos e favelas.

É deste choque de diferenças, em um permanente processo de revisão dos signos da cidade (dentre eles, o Direito), é que se construirá a cidadania urbana e garantia de desenvolvimento e democracia.

Nesta senda que, a título de externalidade a este trabalho, identificamos a insuficiência dos Princípios do art. 37, caput, da Constituição Federal: há que se ter preceituado o princípio da Participação Popular na formulação de políticas públicas e dos próprios atos de execução e fiscalização.

## 8. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, temos:

- a) O espaço físico urbano, em suas infra-estruturas mais basais e fundamentais, exerce sintaxe com os atores sociais de diversas categorias, classes e segmentos;
- b) Esta sintaxe está intimamente relacionada à formação, regras e

---

<sup>69</sup> BURNETT, Carlos Frederico Lago. *Da tragédia urbana ao urbanismo reformista: A fetichização dos planos diretores participativos*. Tese de Doutorado. São Luís: Universidade Federal do Maranhão, 2009. pp. 465-474

direcionamentos do conflito dialético *habermasiano*, aqui resumido pela ação comunicativa entre atores plurais na cidade como forma e requisito da existência da própria cidade;

c) Tanto a cidade, como os atores, em um desenvolvimento humanista e democrático, devem orientar esta dialética de forma a não retrocederem seu desenvolvimento a gerações de direitos mais basais, tais como um liberalismo descontrolado. Caso contrário, faria colapsar a própria cidade pela precipitação de antigos problemas que o Estado Social tendeu por resolver;

d) O mediador que viabilizará este objetivo é o direito, na sua concepção social, aproveitando-se da espécie normativa de políticas públicas;

e) O Ator Social que comandará o processo é o Estado, em sua dimensão de Poder Executivo e Administração Pública;

f) São obstáculos a esta soberania estatal urbana:

(i) a “financeirização” da construção do espaço urbano pelo capital privado, tendendo ao descontrole das formações urbanas, o que tende ao esvaziamento do Estado;

(ii) as decupagens de classe e de atividades em territórios vividos na cidade, o que tende à homogeneização da cidade e suas regiões, com conseqüente enfraquecimento da Democracia cidadina e seu potencial econômico;

(iii) à política de Regulamentação/dita “privatização imprópria”, no qual o Estado, através de concessões e permissões de serviço público, impõe dinâmica de cidadania sinônima à dinâmica consumerista, com esvaziamento daquela em predomínio desta.

g) O veículo adequado à formação da Arena dialética socialmente saudável em meio urbano é o Plano Diretor;

h) No entanto, ainda existem empecilhos nominais à participação direta da população na escolha de suas formas infra-estruturais urbanísticas, decorrentes de uma interpretação liberal do Direito Administrativo;

i) Existem, também, empecilhos culturais à participação direta da população na escolha de suas formas infra-estruturais urbanísticas, decorrentes de um histórico de negativas e inversões na conquista de direitos de cidadania no Brasil, que gerou a imprópria “estadania” e clientelismo político-governista por parte da população.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Cassio Diogo Cunha do. **O Emprego Operacional do Cavalo em Operações de Controle de Distúrbio e o Adestramento dos Esquadrões Hipomóveis.** IN *Giro do Horizonte*. Ano 1. Rio de Janeiro: ESAO, 2008. pp. 51-68.

BENJÓ, Isaac. **Parcerias Público-Privadas – Uma forma de apropriação de eficiência pelo Estado.** IN *Revista de Direito e Política*. v. XI. Rio de Janeiro: Gazeta Juris, 2006. pp. 111-114.

- BERCOVICI, Gilberto. **Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado.** IN BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 143-161.
- BOTELHO, Adriano. **O Urbano em fragmentos.** São Paulo: Annblume/Fapesp, 2007.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **A Comissão Brundtland e o conceito de desenvolvimento sustentável no processo histórico de afirmação dos direitos humanos.** IN DERANI, Cristiane, COSTA, José Augusto Fontoura (Orgs.). *Direito Ambiental Internacional.* Santos: Leopoldianum, 2001. pp. 50-63.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **O conceito de política pública em Direito.** IN BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006. pp. 1-49.
- BURNETT, Carlos Frederico Lago. **Da tragédia urbana ao urbanismo reformista: A fetichização dos planos diretores participativos.** Tese de Doutorado. São Luís: Universidade Federal do Maranhão, 2009.
- CARVALHO, José Murilo. **Os três povos da República.** IN HOMEM, Amadeu Carvalho, SILVA, Armando Malheiro da, ISAÍÁ, Artur César (Coord.). *Progresso e Religião: a República no Brasil e em Portugal 1889-1910.* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2007. pp. 131-164.
- CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
- COASE, Ronald. **O Problema do Custo Social.** Internet: <[http://www.iders.org/textos/Coase\\_Traducao\\_Problema\\_Custo\\_Social.pdf](http://www.iders.org/textos/Coase_Traducao_Problema_Custo_Social.pdf)>. Acesso em 30 de abril de 2010.
- COSTA, Marcos José da. A Transfiguração do conceito de Democracia: noções sobre Democracia Deliberativa. **Revista da Escola Superior do Ministério Público.** Ano 2. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público, 2009. pp. 249-264.
- DAHL, Robert. *Sobre a Democracia.* Brasília: Editora UNB, 2009.
- DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico.** São Paulo: Max Limonad, 1997.
- DERANI, Cristiane. **Política pública e norma pública.** IN BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, 2006. p. 131-142.
- EISNER, Will. **Contrato com Deus e outras histórias de cortiço.** São Paulo: Devir, 2008.
- ERENBERG, Jean Jacques. **Função Social da Propriedade Urbana: municípios sem plano diretor.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2008.
- FERNANDES, Edésio. **Del Código Civil al Estatuto de la Ciudad: algunas notas sobre la trayectoria del derecho urbanístico en Brasil.** IN *EURE.* V.XXIX. nº 87.

Santiago: Eure, 2003. Internet <www.scielo.cl>. Acesso em 29 de abril de 2010.

FINCHER, Ruth. **Social theory and the future of urban geography**. In **The Professional Geographer**. nº 39. v. I. Germantown: Routledge, 1987.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. São Paulo: Nacional, 1977.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **As transformações do Estado Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GUARINELLO, Norberto Luiz. **Cidades-Estado na Antiguidade Clássica**. IN PINSKY, Jaime, PINSKY, Carla Bassanezi (Org.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2008. pp. 29-47.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Introdução**. IN MEYER, Emilio Peluso, MA RÇAL, Antonio Costa (Trad.). **RIPE Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. V. 41. Nº 48. Bauru: IPE, 2007. pp. 133-140.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico de 2000**. Brasília: IBGE, 2000. Internet <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/tabelabrasil111.shtm>> Acesso em 30 de abril de 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Sistema Nacional de Custos e Índices da Construção Civil – SINAPI: Abril 2010**. Brasília: IBGE, 2010.

JACOBS, Jane. **Strategies for cities**. **The American Economic Review**. V. 59. Nº 4, Part 1. Saratoga: American Economic Association, 1969. pp. 652-656.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KERN, Arno Alvarez. **Arqueologia histórica nos sítios da Magna Grécia na Sicília: frentes de colonização, contatos inter-étnicos e intercâmbios culturais**. IN BAKOS, Margareth Marchiori, POZZER, Katia Maria Paim (Org.). **III Jornada de Estudos do Oriente Antigo: línguas, escritas e imaginários**. Porto Alegre: Edipucrs, 1998. pp. 23-38.

KOGA, Dirce. **Cidade entre territórios de vida e territórios vividos**. **Revista Quadrimestral de Serviço Social**. São Paulo: Cortez, 2002. pp. 22-50.

KOMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas**. **Revista de Informação Legislativa**. a. 35. nº 138. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, 1998. p. 39-48.

LEFEBVRE, Henri. **Direito à Cidade**. São Paulo: Centauro, 2009.

LE GOIX, Renaud, LOUDIER-MALGOUYRES, Céline. **La production privée des espaces publics**. **Annales de la Recherche Urbaine**. nº 99. La Défense: PUCA, 2005. p. 28-38.

LOJKINE, Jean. **O Estado Capitalista e a Questão Urbana**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

MASCARENHAS, Luciane Martins de Araújo. **Desenvolvimento Sustentável: estudo de impacto ambiental e estudo de impacto de vizinhança**. Curitiba: Letra da Lei, 2008.

MAUDLIN, Daniel. *Robert Mylne, Thomas Telford and the architecture of improvement: the planned villages of the British Fisheries Society, 1786–1817*. IN *Urban History*. nº 34. v. 3. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. pp. 453-480.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDAUAR, Odete. **Diretrizes Gerais** (arts. 1<sup>o</sup> a 3<sup>o</sup>). IN MEDAUAR, Odete, ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Coord.). Estatuto da Cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001 – comentários. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. pp. 15-40.

MILLET, Paul. **The trial of Socrates revisited**. IN *European Review of History*. v. 12. nº 1. Germantown: Routledge, 2005. pp. 23-62.

NASCIMENTO, Edson Ronaldo. **Entendendo as Parcerias Público-Privadas (PPPs)**. IN *Revista de Direito e Política*. v. X. Rio de Janeiro: Gazeta Juris, 2006. pp. 63-66.

OLIVEIRA, Francisco de. **Os Direitos do Anti-Valor**. São Paulo: Vozes, 1998.

PEREIRA, Ângelo Maury. **Os Equipamentos Pesados da 11a Companhia de Engenharia de Combate Leve para o emprego na desobstrução de vias urbanas durante Operações de Garantia da Lei e da Ordem**. IN *Giro do Horizonte*. Ano 2. V. I. Rio de Janeiro: ESAO, 2009. pp. 145-169.

PIPES, Richard. **Propriedade e Liberdade**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

RIGOTTI, Arthur Márcio. **O emprego dos meios blindados da cavalaria no combate urbano**. Monografia de Conclusão de Módulo. Rio de Janeiro: ESCEME, 2007.

ROLNIK, Raquel. **La Democracia en el filo de la navaja: limites y posibilidades para la implementación de una agenda de reforma urbana em Brasil**. IN *EURE*. V. XXXV. Nº 104. Santiago: EURE, 2009. p. 5-28.

SINDUSCON-MG. **Cartilha de gerenciamento de resíduos sólidos para construção civil**. Belo Horizonte: Sinduscon-MG, 2005.

SINDUSCON-SP. **Boletim Econômico Abril 2010**. São Paulo: Sinduscon-SP, 2010.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **A conceituação da cidadania brasileira e a Constituição Federal de 1988**. IN *MORAES*, Alexandre (Org.). Os 20 anos da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 2009. pp. 333-346.

SOJA, Edward W. **Writing the city spatially**. IN *City*. v. 7. Issue 3. Germantown: Routledge, 2003. pp. 269-281.

WIRTH, Louis. **Urbanism as a way of life**. IN *The American Journal of Sociology*. v. XLIV. nº. 1. Chicago: The University of Chicago Press, 1938. pp. 1-24.





# DIREITO À SAÚDE E HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

---

*Bruna de Oliveira Maciel<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

O presente artigo busca tratar das controvérsias sobre o papel do Poder Judiciário na concretização do direito fundamental social à saúde, abordando o histórico da questão, as teorias hermêutico-constitucionais envolvidas, bem como a influência das mesmas nas principais controvérsias jurisprudenciais em nosso ordenamento jurídico.

## **Palavras-chave**

Direitos fundamentais sociais. Saúde. Exigibilidade judicial.

## **ABSTRACT**

This article is about the controversies surrounding the judicial activism on the concretization of the fundamental right of health, approaching the historical aspects, the hermeneutical theories involved, as well as the main conflicts issued in the judicial activity on this theme.

## **Key-words**

Social Fundamental Rights. Health. Judicial demands.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direitos Humanos pela UFPE. Advogada da Caixa Econômica Federal.

## 1. CONSIDERAÇÕES SOBRE A IDÉIA DE DIREITOS HUMANOS

A expressão Direitos Humanos é dotada de incômoda vagueza de significação, sobretudo para os operadores e estudiosos do Direito. Por isso mesmo, sua invocação no âmbito da prática jurídica encontra grandes dificuldades, considerando o modelo hermenêutico-legalista ainda prevalente nas culturas jurídicas herdeiras da tradição iluminista. Não obstante, cresce em todo o mundo o número de reivindicações sociais no âmbito da sociedade civil invocando tal expressão, no intuito de ver suas demandas legitimadas perante a ordem jurídica.

A noção tradicional de direitos humanos universais tem caráter restrito e tipicamente ocidental: nos idos da Revolução Francesa, as doutrinas contratualistas, que fundamentavam ideologicamente os novos regimes burgueses, tinham por base a idéia de um direito natural racional como justificação de poder. Fabio Konder Comparato comenta que, naquele contexto, a idéia de direitos humanos foi utilizada no intuito de legitimar a nova ordem revolucionária vigente. Ao romper com idéia de um direito divino, os revolucionários invocavam uma justificação baseada na racionalidade humana, capaz de reconhecer determinados direitos inerentes a todos eles, a despeito das classes sociais.

Diante da imensa pluralidade de valores e realidades sociais existentes nas ditas sociedades modernas, rejeita-se aqui a herança teórica e política que atribui aos direitos humanos uma conotação moral universalizante, nos termos do imperativo categórico kantiano, pois esta concepção, de certa maneira substitui da idéia de direitos naturais, deixando pouco espaço a questão política da articulação de demandas sociais.

A exigência moral de satisfação de expectativas normativas avaliadas com imprescindíveis à integração social é descrita por Marcelo Neves como o primeiro passo de um processo gradativo de concretização dos direitos humanos no qual sua força simbólica torna-se normativa, mediante sua incorporação nos textos constitucionais.

Num primeiro momento os direitos humanos surgem como discurso social por inclusão, apresentando apenas força simbólica. Posteriormente esse discurso é absorvido por estruturas políticas que influenciam os processos constituintes. Com a textualização constitucional, dá-se mais um passo em direção à concretização normativa. A força normativa dos direitos humanos só prevaleceria efetivamente nos Estados democráticos de Direito dotados de procedimentos que garantam que as variáveis socioeconômicas e culturais não interfiram nos códigos jurídico e político, ocasionando a falta de efetividade das disposições constitucionais, como acontece na maioria dos países ditos periféricos.

A clássica distinção doutrinária entre “dimensões” ou “gerações” de direitos pode ser útil apenas para a compreensão do seu dever histórico, ou seja, para retratar a progressiva ampliação dos aspectos da pessoa humana protegidos pelas constituições dos Estados nacionais.



Em linhas gerais, de acordo com o magistério de Ingo Sarlet, a caracterização dos direitos fundamentais de primeira geração, surgidos na fundamentação do Estado Liberal, se dá como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma zona de autonomia individual em face de seu poder.

Os direitos de segunda geração, historicamente relacionados aos impactos maléficos da industrialização, se fundamentam numa idéia de justiça social que demanda a efetiva ação do Estado na condução de políticas públicas de prestação de assistência social, saúde, educação e trabalho, dentre outras, as quais propiciem condições mínimas para o exercício das liberdades civis e políticas.

Por fim, são reconhecidos ainda os direitos fundamentais de terceira geração, de titularidade coletiva e muitas vezes indeterminável, como resposta aos problemas de atingem as populações em escala global, relacionados, no mais das vezes, a questões ambientais e de beligerância, que ameaçam os indivíduos com um todo.

A consagração internacional de direitos humanos de caráter social se deu com o “Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais” realizado sob os auspícios da ONU em 1966, tendo iniciado sua vigência em 3 de janeiro de 1976, após trinta e cinco ratificações. O instrumento preceitua normas tendentes a garantir a dignidade da pessoa humana, a serem concretizadas de forma progressiva, em função de seu caráter prestacional.

A possibilidade da exigibilidade judicial de determinado direito é muitas vezes posta como divisor ontológico entre os direitos humanos econômicos sociais e culturais e os direitos humanos civis e políticos. A artificialidade desta discussão é posta em evidencia por Jayme Benvenuto Lima Jr. em trabalho sobre a indivisibilidade dos direitos humanos.

Destaca-se no referido trabalho o caráter essencialmente ideológico-político da distinção, sobretudo em virtude da polaridade ideológica vigente no pós-guerra. Sobre a alegação de que os direitos humanos econômicos sociais e culturais seriam exigíveis apenas mediante a definição de políticas públicas correspondentes, o autor alerta:

“Essa compreensão desconhece que os direitos humanos civis e políticos também precisam de políticas públicas correspondentes (civis e políticas) para sua validação, aliadas a mecanismos jurídicos de exigibilidade. No campo dos direitos humanos civis e políticos, as diretrizes e órgãos governamentais inscrevem esses direitos no campo das políticas públicas, sem as quais os mecanismos jurídicos tem suas possibilidades de existência prática reduzidas drasticamente.” (2001, P:79)

De fato, o argumento de que os direitos de cunho social não são exigíveis judicialmente é falacioso, porquanto não pode ser tomado como um axioma. Trata-se de uma definição política.

Desde o fim do século XX, o grande desafio na área de direitos humanos é consagrar uma unidade normativa entre direitos de abstenção e prestação,

tendo em vista que o respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais é pressuposto indispensável para a materialização dos direitos civis e políticos, como procuram demonstrar algumas das teorias abordadas neste trabalho.

## 2. ESTADO DO BEM-ESTAR SOCIAL: A GÊNESE DOS DIREITOS SOCIAIS

A ciência política costuma identificar a gênese do Estado Social com uma adaptação do Estado Liberal às condições da sociedade industrial. Com inspiração na teoria econômica de Keynes, criam-se políticas socioeconômicas sistemáticas em substituição a políticas setoriais eventuais que supriam disfunções geradas pela acumulação de capital no Estado Liberal.

Em 1929, ocorre o ápice da crise econômica americana, que se desenvolveu após o fim da primeira grande guerra. Com a quebra da bolsa de Valores de Nova York, e a conseqüente derrocada da economia, a população encontrava-se numa situação de extrema penúria. A situação requeria medidas emergenciais. Estes anos de depressão econômica foram contornados com a adoção de um modelo de dirigismo estatal, consolidado pela obra de Keynes. Foi o agravamento da crise econômica do Estado e a necessidade de que este intervisse no domínio econômico, que possibilitou a edificação do *Welfare State*, Estado de Bem-estar Social.

Somente em 1936, John Maynard Keynes publica sua grande obra *The General Theory of Employment, Interest and Money*, livro base para a formatação do intervencionismo. Entretanto seus princípios já eram aplicados desde o início da década diante da necessidade de reverter a crise, o que já se observava em 1933: Franklin Delano Roosevelt inicia um programa de reconstrução nacional, criando *U.S. Securities and Exchange Commission* e a *Tennessee Valley Authority*, além de várias medidas interventivas, bastante atacadas pelos segmentos mais liberais e pela suprema corte americana

A teoria geral de Keynes rompia com a idéia postulada por Adam Smith, de que existe uma tendência auto-reguladora do mercado, denominada 'mão invisível', a fragilidade deste modelo demonstrava a falha do liberalismo econômico. O modelo keynesiano amplia o papel do Estado na sociedade e na economia, custeado através do aumento de impostos e da criação de outras receitas orçamentárias.

Atuando funcionalmente, a atividade financeira estatal devia orientar-se para influir sobre a conjuntura econômica, sobrepondo-se à iniciativa privada, inclusive a benefício desta nos momentos de desequilíbrios cíclicos, atuando por meio de maior intervenção sobre o domínio econômico, desempenhando o papel de promotor do crescimento econômico, controlando os preços, instituindo monopólios, criando barreiras aos mercados internos.

Do ponto de vista social, ao aumentar as prestações públicas, sobretudo na esfera da previdência e seguridade social e dos subsídios, o Estado de Bem-Estar Social criou um sistema baseado na solidariedade que visava reduzir as

desigualdades sociais. Em 1941, Roosevelt e Churchill, na Carta do Atlântico sedimentaram a idéia de cooperação internacional para consecução de segurança social na nova organização internacional, na qual ficou consignado que, para atingir a paz, todos os homens devem ser libertos de suas necessidades, tendo como instrumental a seguridade social.

### 3. CONSTITUIÇÕES E DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Um dos referenciais teóricos invocados para justificar a existência de um Estado Social é a teoria da “procura existencial” de Ernst Forsthoff, segundo a qual as possibilidades de existência do homem constituem seu espaço vital, dentro do qual, na época contemporânea, o mesmo vem perdendo o controle da estrutura e dos meios materiais necessários para sua própria existência. Por este motivo, o Estado deveria assegurar as condições de subsistência que o indivíduo não pode fazê-lo por si mesmo.

Nesta esteira, os direitos fundamentais sociais fazem parte da categoria que a doutrina denomina direitos de segunda geração. Encaixam-se nesta categoria geracional por terem surgido numa iteração posterior a que deu origem as liberdades e garantias individuais, estas se confundindo elas próprias com a origem do constitucionalismo moderno. Fruto das pressões advindas dos excessos liberais no séc. XIX, os direitos sociais são inaugurados com os diplomas constitucionais de Weimar (1919) e do México (1917).

A existência de normas programáticas de caráter social nas constituições é objeto de intensos debates entre os estudiosos políticos e do direito. Um dos mais célebres estudiosos das constituições dirigentes foi o professor J.J. Gomes Canotilho. Em 1982, em sua obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, defendia que a vinculação do legislador a constituição era supérflua pelo Judiciário. Todavia, em seus posicionamentos mais recentes, reconhece que os reflexos ideológicos de normatizar aspirações sociais foram negativos, gerando uma espécie de “frustração constitucional”.

As constituições dirigentes ou garantistas são frequentemente acusadas de preencher um papel meramente simbólico. Eros Roberto Grau tece veemente crítica nesse sentido, se utilizando da figura do mito, emprestada da obra do argentino Warat:

“As constituições formais inúmeras vezes consubstanciam modalidade exemplar de mito moderno. Por um lado, instalam no seio da coletividade a convicção de que se vive sob a égide de um Estado de Direito: se a Constituição, documento formal, existe, temos instituído o regime do Estado de Direito. Por outro lado – sobretudo a partir do instante em que, tocadas por um gesto de brilhantismo invulgar, a burguesia faz incluir nela um capítulo atinente aos direitos econômicos e sociais – funcionam como anteparo às expansões da sociedade, amortecida naquilo que seria a expressão de sua ânsia de buscar a realização de aspirações econômicas e sociais” (2006, p.42)

Em abordagem um pouco distinta, Marcelo Neves observa que a forma normativa das constituições depende de pressuposto não jurídicos, de modo que, sobretudo nas sociedades ditas periféricas, ante a falta de força normativa, ocorre uma hipertrofia de suas forças simbólicas.

Para o constitucionalista Lênio Streck, os Estados Democráticos de Direito surgidos no pós-guerra, vinculados a realização dos direitos fundamentais, são uma confissão das promessas não cumpridas do Estado Social, e resultam de uma vontade constitucional de elaboração do mesmo, nos quais a Constituição passou a acoplar valores substantivos e a lei a atuar como instrumento para a ação do Estado na busca do desiderato apontado pelo texto constitucional, criando um certo redimensionamento de poderes, na medida em que desloca funções políticas para o Judiciário.

De acordo com Ferrajoli, a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais, impõe obrigações ao poder público, criando uma dimensão substancial na democracia, a qual não é submetida apenas à maioria parlamentar. Essa posição substancialista costuma atribuir papel relevante à jurisdição constitucional, de forma que o Judiciário assume o papel de interprete da vontade geral, transcendendo o papel de “checks and balances”.

Contrariamente a esta tendência, a doutrina dita procedimentalista, capitaneada por Jürgen Habermas, defende que numa democracia efetiva, o controle abstrato de normas seria função do próprio Legislativo, devendo os Tribunais Constitucionais proteger apenas o processo de criação democrática do direito, sem enfatizar valores preestabelecidos, o que desestimularia o agir cívico.

O alemão Robert Alexy, analisando a questão do equilíbrio entre os poderes, defende a existência de direitos fundamentais sociais nas constituições, sob o argumento de que determinadas prestações jurídicas são tão importantes, que seu outorgamento ou não pelo Estado não pode ficar sujeito a simples maioria parlamentar. Sob esse ponto de vista, todos os direitos fundamentais limitariam a competência do legislador.

Assim, a competência do parlamento para definição de políticas de concretização de direitos também não seria ilimitada, embora seja imprescindível a ordinarização da configuração jurídica desses direitos, definindo-se sempre que possível competência e procedimento por via legislativa.

Cumprir destacar que prevalece na doutrina constitucional alemã o entendimento de que as normas de caráter social, inseridas em diversas constituições no período pós-revolução industrial, como a do México em 1917, a de Weimar em 1919 e a brasileira de 1934, constituem normas programáticas, as quais prescrevem a realização de metas ao Estado, do qual dependem os pressupostos materiais para sua concretização.

Para concretização de tais direitos, autonomia teria sido atribuída ao legislador, um “livre espaço de conformação” nos termos da doutrina. O

constitucionalista Jorge Miranda explica que este espaço é decorrência do modelo democrático, o qual atribui aos agentes políticos responsabilidade pela adequada gestão dos recursos econômicos. Assim, enquanto os direitos subjetivos de defesa estão associados a deveres jurídicos por parte dos poderes públicos e de outros indivíduos, o Estado Social é tido apenas como um “mandado”, não criando direitos subjetivos, exigíveis perante o Judiciário, a não ser que sejam objeto de lei.

Neste contexto da realidade constitucional alemã, no qual grande parte dos direitos sociais não está formulada como direito subjetivo, alguns doutrinadores, em consonância com o Tribunal Constitucional, sensíveis a necessidade de assegurar judicialmente um padrão social mínimo, também chamado de “mínimo existencial”, extraíram dos direitos fundamentais de primeira geração, direitos subjetivos prestacionais, nos casos de diminuição de serviços sociais que garantam uma existência digna. Trata-se da chamada “proibição do retrocesso”.

Alexy desenvolve tal argumento fundamentando os direitos fundamentais sociais na primazia da liberdade fática, sem a qual torna-se iníqua a liberdade jurídica assegurada pelas constituições. Tal liberdade, ainda que não explicitamente colocada sob a forma de direito subjetivo do cidadão, por ser pressuposto para o desenvolvimento da personalidade humana na comunidade social, é protegida pelo acolhimento constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana.

#### 4. “JUDICIABILIDADE” DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A questão da aplicação judicial dos direitos fundamentais de caráter social tem como um de seus principais referenciais teóricos a “tese dos direitos” de Ronald Dworkin. A teoria identifica como norma jurídica não apenas as regras, cujo cumprimento deve ser total, quando consideradas válidas no ordenamento jurídicos, aplicando-se de maneira “tudo ou nada”.

Consideram-se norma jurídica também os princípios, que não indicam de forma peremptória determinada decisão, mas fornecem ao julgador um direcionamento quando não está clara a regra a ser aplicada. Consistem nas razões para decidir a serem invocadas diante dos “hard cases” que se apresentam em Juízo, evitando a discricionariedade do Juiz. Os princípios podem ser aplicados ou não, fazendo-se uso da ponderação de seu peso diante do caso concreto, de modo que podem ser afastados ainda que válidos.

Dworkin divide a espécie princípio da norma jurídica em dois tipos. Os princípios jurídicos em sentido estrito (principles) seriam os imperativos de justiça, relacionados à idéia de equidade. Já es diretrizes políticas (policies) representariam os objetivos da sociedade. Para muitos interpretes esta última categoria seria correspondente às normas programáticas, para as quais não há exigibilidade judicial sem regulamentação legal, enquanto que para outros, há

direitos fundamentais que se identificam com princípios jurídicos propriamente ditos, por serem imperativos de justiça.

Na jurisprudência da Corte Constitucional Alemã se desenvolveu, acatando o caráter principiológico dos direitos fundamentais sociais, a tese da “reserva do possível”, que afastando a aplicação “tudo ou nada” típica das regras, reconhece a obrigatoriedade de prestação dos direitos sociais na medida das possibilidades orçamentárias do Estado.

A questão que se coloca é se é possível admitir a tese da proibição do retrocesso diante da redução de tais benefícios. Por este princípio, o legislador ordinário estaria impedido de abolir conquistas sociais já implementadas sem que fossem feitas compensações.

No contexto da ordem constitucional alemã, coloca-se uma questão interessante: o texto constitucional germânico não é explícito quanto à garantia dos direitos sociais. É dado apenas um tratamento tópico ao tema. Prescreve a Lei Fundamental daquele país, em seu artigo 20 (1) que “A República Federal da Alemanha é um estado federal, democrático e *social*” (grifei). Mais adiante, em seu artigo 28(1) diz-se que aos estados federados faz-se necessário obedecer aos princípios de um Estado republicano, democrático e *social*. Paradoxalmente, a constituição de Weimar, que inaugurou esta categoria de direitos deu um tratamento mais profundo ao tema, abordando-o através de normas programáticas. Os benefícios sociais de que fala Scholler possuíam, inclusive, previsão no artigo 161 do referido diploma. Este verdadeiro retrocesso na positivação dos direitos sociais – da Lei Fundamental alemã de 1949 em relação a Carta de Weimar – pode ser explicado pela *frustração constitucional* decorrente da não implementação das normas programáticas previstas por aquele diploma.

Diante do regramento exíguo da Lei Fundamental alemã, a doutrina, juntamente com o Tribunal Constitucional Federal daquele país, procurou extrair da garantia constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º) o princípio do *mínimo existencial*, pelo qual o Estado estaria obrigado a prover as condições mínimas necessárias para a satisfação desta garantia, *inclusive através de ativos sociais*.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 previu expressamente os direitos sociais (art. 6º), pelo que estes representam, na disciplina constitucional brasileira, verdadeiros direitos subjetivos positivados. Estes estão em plena conformidade com o caráter dirigente de nossa Constituição e vinculação o Estado a um dever de prestação positiva.

Segundo Heinrich Scholler, o princípio da proibição do retrocesso pode ser encarado sob duas perspectivas.

Se resultar numa abolição do direito social em questão, o princípio se impõe. No caso brasileiro, diante da natureza constitucional das garantias sociais, esta conduta só poderia ser efetivada por meio de emenda a constituição. Ocorre que existe o entendimento de que os direitos sociais são alcançados pelas vedações

constitucionais ao poder de reforma<sup>2</sup> (art. 60, § 4º, IV). No contexto alemão, uma norma que abolisse uma garantia social estaria eivada de inconstitucionalidade se importasse a imposição de situação de penúria aos atingidos pela revogação do benefício, tendo em vista que, pela doutrina do mínimo existencial, haveria uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, não se abolindo o ativo social por completo, ou seja, se o retrocesso não for total, o que se impõe é uma ponderação em face de eventual salvaguarda ao bem estar da coletividade. Há de se analisar a proporcionalidade da medida, conforme anota Scholler. Por exemplo, pode ser necessário impor restrições parciais ao direito para que dele gozem mais indivíduos.

A título de conclusão, é interessante observar o paradoxo que se coloca diante da previsão/concretização dos direitos sociais quando se compara Brasil e Alemanha. Embora não previstos explicitamente no texto constitucional alemão, onde o Estado Social é posto em termos vagos e ideológicos, donde resultou a necessidade de construções doutrinárias e jurisprudenciais, os direitos sociais encontram um nível de concretização mais efetivo que o brasileiro que, a despeito da previsão expressa, constituem mais um exemplo de constitucionalização simbólica, tendo em vista a insuficiência de recursos.

## 5. O DIREITO À SAÚDE NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição reconhece a saúde como direito social em seu art.6º e no Título VIII “Da ordem social” dedica-lhe uma seção dentro do capítulo da seguridade social, na qual lhe confere a forma de direito subjetivo do cidadão e fornece as diretrizes para configuração legal de um sistema único para oferta dos serviços públicos de saúde. O art.198 da CF contém ainda em seu §2º a estipulação de recursos mínimos a serem gastos pelos entes federativos com a saúde.

A previsão do direito fundamental à saúde já se encontra regulamentada pela lei 8080/90, que rege o Sistema Único de Saúde (SUS), além da distribuição de competências entre as entidades da federação, os órgãos competentes para a elaboração da lista de procedimentos e medicamentos que devem ser obrigatoriamente ofertados pela Rede Pública de Saúde.

Dentro desse contexto, inúmeras são as controvérsias judiciais acerca dos limites do direito subjetivo a saúde do cidadão. Em primeiro lugar observa-se o a questão do descumprimento dos limites mínimos de investimento estipulados pela Constituição. Sobre esta questão, Andreas Krell indaga se a questão da “proibição do retrocesso” abrangeria também cortes orçamentários no que tange ao direito à saúde.

Todavia, além do cumprimento das determinações orçamentárias contidas

---

<sup>2</sup> O tema é bastante polêmico, não tendo ainda o STF se manifestado sobre a matéria.



na constituição, costuma-se questionar judicialmente, através da solicitação do custeio de tratamentos não previstos para a rede pública, se o direito à saúde previsto constitucionalmente se restringe aos procedimentos ofertados pela rede pública, constituindo uma espécie de norma constitucional de eficácia contida.

Nesse ponto, o principal argumento das defesas judiciais do Estado seria a necessidade de seus gastos com esse direito respeitarem as leis orçamentárias destinadas à saúde, devido ao seu caráter democrático, a representar a escolha da maioria; bem como a necessidade de respeito ao poder de gestão de recursos públicos, atribuída ao Executivo. Enfim, ressalta-se que a concessão de medidas judiciais determinando ao Estado o custeio de procedimentos ou medicamentos não ofertados na rede pública fere o princípio da divisão dos poderes.

A teoria de Robert Alexy, desenvolvendo a de Dworkin, presta grande auxílio na fundamentação das decisões judiciais que envolvem tais conflitos de princípios constitucionais como saúde e repartição de poderes. Alexy defende que, enquanto o conflito de regras se resolve apenas pela previsão de cláusulas de exceção ou declaração de invalidade de um delas, os princípios devem ser usados como mandados de otimização, a serem cumpridos na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes.

Ao adotar o conceito de princípio para os direitos fundamentais sociais, Alexy defende um modelo de ponderação, no qual a reserva do possível daquilo que o indivíduo pode razoavelmente esperar da sociedade não conduza a ineficácia do direito. O direito à determinada prestação por parte do Estado, exsurgiria frente ao caso concreto sempre que não haja nenhuma razão aceitável para seu descumprimento.

Frente ao conflito de princípios em um caso concreto Alexy sugere a formulação de uma lei de colisão pelo julgador que consiste em definir diante de que condições referentes ao fato concreto um princípio apresenta menos peso que outro, devendo ceder. A lei de colisão deve otimizar tanto as possibilidades fáticas como jurídicas, reduzindo tão somente o essencial para realização do outro princípio.

O Tribunal Constitucional Alemão, preocupado em aferir a legalidade das decisões judiciais submetidas ao seu crivo, nas quais estão envolvidos princípios conflitantes, vem adotando como critério a máxima da proporcionalidade. De acordo com esta regra, analisa-se necessidade e adequação da medida judicial, bem como a proporcionalidade em sentido estrito dos bens jurídicos envolvidos, que diz respeito à ponderação das possibilidades jurídicas envolvidas, enquanto que os outros dois aspectos tratam das possibilidades fáticas.

O Supremo Tribunal Federal brasileiro também se apropriou de tais teorias nos julgados acerca da concessão de direitos fundamentais, que envolvem conflitos com outros princípios constitucionais. Tenha-se como exemplo o julgamento da Intervenção Federal 2915-5/SP, que discute a possibilidade de intervenção federal em função do descumprimento de precatórios, no qual o Ministro Gilmar Mendes proferiu o voto vencedor tecendo as seguintes considerações:



*“Por fim, consideradas as peculiaridades do caso em exame, diante dos princípios constitucionais que supostamente encontram-se em conflito, afigura-se recomendável a adoção daquilo que a doutrina defende como uma “relação de precedência condicionada” entre os princípios concorrentes. Nesse sentido, ensina Inocêncio Mártires Coelho: ‘Por isso é que, diante das antinomias de princípios, quando em tese mais de uma pauta lhe parecer aplicável á mesma situação de fato, ao invés de se sentir obrigado a escolher este ou aquele princípio, com a exclusão de outros que, **prima facie**, repute igualmente utilizáveis como norma de decisão, o intérprete fará uma **ponderação** entre os standards concorrentes – obviamente se todos forem princípios válidos, pois só assim podem entrar em rota de colisão- optando, afinal, por aquele que, nas circunstâncias, por aquele que lhe pareça mais adequado em termos de otimização de justiça. Em outras palavras de Alexy, resolve-se esse conflito estabelecendo, entre os princípios concorrentes, uma relação de precedência condicionada, na qual se diz, sempre diante das peculiaridades do caso, em que condições um princípio prevalece sobre outro, sendo certo que, noutras circunstâncias, a questão da precedência poderá resolver-se de maneira inversa’(Coelho, Inocêncio Mártires. Racionalidade Hermenêutica: Acertos e Equívocos **in** As vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo, Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Coord, Ives Gandra S. Martins, São Paulo, América Jurídica, 2002, p.363).*

Na jurisprudência pátria as decisões judiciais dos tribunais superiores oscilam entre os argumentos da “reserva do possível” e separação dos poderes, em favor do Estado, e a primazia dos direitos fundamentais, em favor do cidadão. Nesse sentido é emblemático o julgamento do MS 8895/DF no Superior Tribunal de Justiça, cujo trecho do voto da relatora Eliana Calmon, vale transcrever:

*“Quanto a tratamento médico no exterior, há dois precedentes da Segunda Turma. Um deles, relatado pelo Ministro Franciulli Netto (REsp 353.147), julgado em 15/10/2002, refere-se exatamente a questão análoga a esta, como deixa claro a ementa:*

RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO DE DOENÇA NO EXTERIOR. RETINOSE PIGMENTAR. CEGUEIRA. CUBA. RECOMENDAÇÃO DOS MÉDICOS BRASILEIROS. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE. DEVER DO ESTADO.

*O Sistema Único de Saúde pressupõe a integralidade da assistência, de forma individual ou coletiva, para atender cada caso em todos os níveis de complexidade, razão pela qual, comprovada a necessidade do tratamento no exterior para que seja evitada a cegueira completa do paciente, deverão ser fornecidos os recursos para tal empresa.*

*Não se pode conceber que a simples existência de Portaria, suspendendo os auxílios-financeiros para tratamento no exterior, tenha a virtude de retirar a eficácia das regras constitucionais sobre o direito fundamental à vida e à saúde.*

*“O ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo”*

(Ives Gandra da Silva Martins, in “*Caderno de Direito Natural - Lei Positiva e Lei Natural*”, n. 1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27).

*Recurso especial provido.*

(REsp 353.147/ DF, rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 15/10/2000 DJ 18/8/2002)

*Na oportunidade fiquei vencida, argumentando, para firmar o meu entendimento:*

*“ Sobre o Sistema Privado de Prestação de Serviço de Saúde, não se pode impor limites além do contrato e, em relação ao Sistema Público, o limite está nas forças da receita reservada para cada rubrica. É muito fácil o discurso liberal de que o direito à vida e à saúde é absoluto e acima de qualquer interesse. Mas a verdade é que só o conhecimento médico-administrativo pode priorizar os tratamentos e autorizá-los ou não, o que não pode ficar ao saber das informações obtidas pela parte, ou chanceladas pelo Judiciário que, sem o conhecimento fático necessário, enxerta razões subjetivas como fundamentos das decisões da Justiça, o que me parece lamentável, em termos de segurança jurídica.”*

Fato é que, ainda que classificado como direito pertinente à ordem social, o direito fundamental à saúde tem a peculiar característica de ser pré-requisito indispensável para o exercício do direito a vida. O perecimento do direito à saúde, em grande parte das hipóteses, representa uma ameaça ao “mínimo existencial” referido pela jurisprudência alemã, consagrado em nossa Constituição também sob a fórmula genérica do princípio da dignidade da pessoa humana. Por este motivo vem prevalecendo, ao menos em sede de primeiro grau, a concessão de medidas judiciais protetivas da saúde, acima de outros bens jurídicos mais abstratos, como a separação dos poderes.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001.

BALERA, Wagner. Direito Internacional da Seguridade Social. In Revista Interesse Público. Ano 7, nº 32, jul./ago. Porto Alegre: Notadez, 2005, p. 249-266.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva. 2001.

GALINDO, Bruno César Machado Torres. **Direitos fundamentais - Análise de sua Concretização Constitucional**. Curitiba: Juruá Editora. 2004.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e Teoria do Direito. In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Org.). **Direito Constitucional - estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros. 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros. 2006.

HAGE, Jorge. **Omissão inconstitucional e Direito Subjetivo**. Brasília: Brasília Jurídica. 1999.

KRELL, Andreas J. Controle Judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). **A Constituição Concretizada: construindo pontes com o público e o privado / 6ª ed.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

LIMA JR, Jayme Benvenuto (organizador). **Direitos Humanos Internacionais: avanços e desafios no início do século XXI**. São Paulo: Edições Loyola. 2001.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

\_\_\_\_\_. Do consenso ao dissenso: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Habermas. In: Jessé Souza (Org.). **Democracia Hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea**. Brasília: Ed. UNB. 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SCHOLLER, Heinrich.. **O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha**. In: Revista Interesse Público. nº 2, abr./jun. Porto Alegre: Notadez, 1999, p. 95 e ss.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 3ª ed.rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.





# O BRASIL E O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS

Camila Akemi Perruso<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo visa analisar a incorporação no ordenamento brasileiro dos tratados de direitos humanos referentes ao desaparecimento forçado de pessoas. Para tanto, compreende a construção desse fenômeno no direito internacional dos direitos humanos, e analisa a situação do ordenamento jurídico brasileiro face ao desaparecimento. Verifica-se que o Estado brasileiro começa a discutir internamente sua herança do período ditatorial, mas ainda não cumpre as determinações estabelecidas pelo direito internacional dos direitos humanos relativas à questão em análise, bem como se adequa lentamente no quadro desse ramo do direito internacional público.

## Palavras-chave

Desaparecimento forçado de pessoas. Direito internacional dos direitos humanos. Estado brasileiro. Ditadura.

## ABSTRACT

This article aims to analyse the incorporation in the Brazilian legal system of the human rights treaties concerning to the enforced disappearance of persons. For this purpose, includes the construction of this phenomenon in the international human rights law, and considers this question in the national legal system. It appears that the Brazilian state has begun to discuss internally their inheritance of the period dictatorial, but still does not meet the provisions set forth by international human rights law concerning the subject, as well as it develops slowly under this branch of international public law.

## Key-words

Enforced disappearances of persons. international human rights Law. Brazilian state. Dictatorship

*Contar é muito dificultoso. Não pelos anos que se já passaram.  
Mas pela astúcia que têm certas coisas passadas de fazer balancê,  
de se remexerem dos lugares.<sup>2</sup>*

Durante as ditaduras da América Latina assistiu-se ao desenvolvimento e à constituição de uma forma de repressão política extremamente violenta, cuja

<sup>1</sup> Mestre em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Coordenadora do Departamento de Iniciação Científica do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM e pesquisadora do Instituto Norberto Bobbio – cultura, democracia e direitos humanos.

<sup>2</sup> ROSA, Guimarães. **Grande Sertão: Veredas**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1978, p. 142.

prática ainda é recorrente em diversas partes do mundo. O desaparecimento forçado de pessoas é tema presente no debate político no Brasil e nos países vizinhos, em razão de provocar um suspenso na vida de seus familiares. A despeito da elaboração de algumas iniciativas visando localizar as vítimas e indenizar os familiares, o Brasil ainda não criou um escopo normativo que possa de fato contar sua história.

O desaparecimento forçado de pessoas como um fenômeno autônomo, e não apenas como um conjunto de violações de direitos humanos, vem sendo normativizado no plano do direito internacional dos direitos humanos, e a comunidade internacional tem proposto diversas ações no que se refere à erradicação de tal prática, à proteção de pessoas, à punição dos perpetradores, à localização das vítimas do passado, à reparação dos familiares e da sociedade em geral. O cenário contemporâneo do direito internacional propõe que aquele conceito clássico de soberania, em que nenhum ator poderia interferir nas ingerências dos Estados, seja rompido, situação que se clarifica com o desaparecimento forçado de pessoas, na medida em que é o próprio Estado o responsável pela grave violação de direitos humanos.

Dessa maneira, o presente artigo tem por fim discutir o paradigma do direito internacional dos direitos humanos no que se refere ao desaparecimento forçado de pessoas, e como o Brasil tem se colocado frente às determinações desse ramo do direito internacional, considerando que ele estabelece normas de *ius cogens*, que “limitam a autonomia dos Estados e tornam a soberania absoluta uma noção abstrata”<sup>3</sup>. Nessa perspectiva, serão observadas as ações desenvolvidas pelo Brasil relativas ao fenômeno do desaparecimento forçado de pessoas, bem como às vítimas e a seus familiares.

## 1. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS

O direito internacional público apresenta-se classicamente como o ramo do direito responsável por organizar a relação entre os Estados soberanos<sup>4</sup>. A criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, e a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em 1948, contudo, propuseram rupturas nessa tradicional compreensão do direito internacional ao longo do século XX, lançando-o para uma perspectiva mais descentralizada de sua organicidade. Nesse sentido, o sistema jurídico internacional é um sistema essencialmente horizontal, sem hierarquias entre os Estados, embora dois fenômenos apresentem-se no contexto atual, delineando novas características desse direito, compostos pela existência de normas imperativas na ordem

<sup>3</sup> PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Imunidades de chefes de Estado e crimes internacionais**. Tese de Livre Docência apresentada na Faculdade de Direito da USP, 2009, p. 13.

<sup>4</sup> CANAL-FORGUES, Éric e RAMBAUD, Patrick. **Droit international public**. Paris: Éditions Flammarion, 2007, p. 14-5.

pública internacional, bem como a transferência progressiva das funções de controle das relações coletivas aos órgãos da ONU<sup>5</sup>.

Remontando os fatos ocorridos após a 2ª. Guerra Mundial, que determinaram o nascimento de uma nova ordem internacional, pautada por uma nova ética de proteção dos direitos humanos, e considerando também a proliferação desses novos direitos que foram sendo forjados ao longo da segunda metade do século XX, coloca-se em relevo o desaparecimento forçado de pessoas, violação de direitos humanos consagrados na DUDH e em outros documentos internacionais. Tal violação evidencia fragilidade dos sistemas internos quanto à proteção de direitos humanos eleitos fundamentais pela comunidade internacional, na medida em que seu desrespeito é precipuamente cometido pelos próprios Estados.

Dessa maneira, faz-se necessário compreender quais foram as mudanças ocorridas com o nascimento do direito internacional dos direitos humanos, e como a grave violação de direitos humanos realizada pelo desaparecimento forçado de pessoas reforça a importância de afirmação desse ramo do direito internacional público, além de destacar que o desenvolvimento de uma nova ordem jurídica internacional apresenta diversas inovações em termos de patamares éticos mínimos relacionais, mas sobretudo inúmeros desafios ao conceito de soberania pelos membros da comunidade internacional.

#### 1.1. Direito Internacional dos Direitos Humanos e o rompimento do Direito Internacional Clássico

Iniciou-se no período imediato pós 2ª. Guerra Mundial o processo de positivação dos direitos humanos no direito internacional, com o escopo de afastar a prepotência do poder tal como exercido pelo regime nazista. Assim, a adoção da DUDH inaugurou uma nova etapa no tema dos direitos humanos, servindo de parâmetro de inspiração e orientação no processo de desenvolvimento de toda comunidade internacional, visto que estabelece valores comuns a toda humanidade. Nesse sentido, embora a DUDH não seja formalmente um tratado internacional, ela é vinculante e obrigatória aos Estados. Na atualidade, seus dispositivos constituem normas consuetudinárias de direito internacional, e formam o corpo do *ius cogens*. Essas normas referem-se àquelas imperativas do direito internacional geral, de maneira que os Estados reconhecem-nas superiores à autonomia de vontade dos atores internacionais<sup>6</sup>.

Assim, os direitos humanos não foram e não são automaticamente protegidos apenas com sua proclamação feita pela DUDH e pela Carta da ONU, para isso foi necessário estabelecer mecanismos de proteção. Essa etapa de proliferação dos direitos ocorreu de três formas, de acordo com Bobbio<sup>7</sup>,

---

<sup>5</sup> Idem, p. 21.

<sup>6</sup> Idem, p. 443.

<sup>7</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 83.

houve um aumento na quantidade de bens considerados mercedores de tutela; a titularidade de alguns direitos foi estendida a sujeitos diversos do homem; e o homem passou a ser visto na concreticidade de cada um dos papéis que desempenha na sociedade. No primeiro processo, Bobbio ressalta a passagem dos direitos de liberdade para os direitos políticos e sociais, os quais requerem a intervenção direta do Estado. No segundo caso, a titularidade de direitos deixou de ser atribuída apenas ao ser humano individualmente, e passou a ser atribuída a outros sujeitos, família, minorias étnicas etc. O terceiro processo refere-se à especificação de grupos, o homem deixou de ser considerado genericamente e passou a ser visto especificamente, baseado em critérios legítimos de diferenciação, como sexo, idade, condições físicas etc.

Em 1966 a ONU adotou o Pacto de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, desdobramento da DUDH, que teve seus princípios reescritos em forma de lei, obrigando os Estados que os ratificassem a cumprirem e garantirem os direitos estabelecidos. Nesse bojo, os direitos humanos foram considerados indivisíveis, integrados e universais, sendo que todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais foram entendidos como interdependentes. Nessa lógica, a DUDH foi jurisdicionalizada mediante tratados internacionais, cuja função é a de regular e aplicar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos e estabelecer um sistema de controle para assegurar sua implementação. A formação de um sistema internacional integrado por tratados internacionais reflete a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, visando à salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos, o chamado 'mínimo ético irreduzível'<sup>8</sup>. Assim, a DUDH somada aos dois Pactos de 1966 formam a Carta Internacional dos Direitos Humanos (*International Bill of Rights*), que inaugura o sistema global de âmbito geral de proteção dos direitos humanos.

Esta foi a primeira fase de proteção dos direitos humanos, marcada pela tônica da proteção geral da pessoa humana. Contudo, era insuficiente tratar o indivíduo de modo genérico, geral e abstrato, e percebeu-se a necessidade de conferir a determinados grupos uma proteção particular e especial, em virtude de sua vulnerabilidade. Assim, a ONU passou a criar, após a delimitação das regras gerais que servem para todos, um sistema específico de proteção aos direitos humanos, destinados a pessoas determinadas, ou em situações especiais. Por exemplo, mulheres, crianças, têm um sistema específico de proteção, pois se considera que possuem necessidades especiais, além de estarem em grupos que historicamente têm direitos violados, por isso considerados vulneráveis.

O ápice do processo de positivação dos direitos humanos ocorreu em 1993 durante a II Conferência Mundial de Direitos Humanos. A Declaração de Viena é o documento mais abrangente sobre o tema dos direitos humanos adotado pela comunidade internacional. Dentre as grandes conquistas da Declaração pode-se

---

<sup>8</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, pp. 307-317.



citar: a reafirmação da universalidade dos direitos humanos, o reconhecimento da legitimidade da preocupação internacional com a promoção e proteção dos direitos humanos, o reconhecimento do direito ao desenvolvimento e, o estabelecimento do princípio norteador do documento, a interdependência entre democracia, desenvolvimento e respeito aos direitos humanos.

Durante a Conferência de Viena reafirmou-se que os direitos humanos devem receber o tratamento de tema global, superando a posição de que se tratava de assunto de competência exclusiva dos Estados, e adquirem o caráter de valores fundamentais, que pautam a atuação de todos os atores internacionais, incluindo as organizações internacionais, sendo todos co-responsáveis por sua promoção. No plano horizontal, houve a preocupação de incluir a temática dos direitos humanos em todas as atividades e programas dos organismos que compõem a ONU. No plano vertical, buscou-se ressaltar a importância de incorporação dos direitos humanos no plano interno e da adoção de medidas nacionais para implementar os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.<sup>9</sup>

Paralelamente ao sistema global de proteção aos direitos humanos, existem os sistemas regionais, que internacionalizam os direitos humanos no âmbito das regiões da Europa, América e África, e mais recentemente vem se conformando o sistema asiático. Os sistemas global e regionais têm entre si uma relação de complementaridade. O sistema regional europeu estruturou-se a partir da Convenção Européia para a Proteção de Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1950) e da Carta Social Européia (1961). Ele serviu de modelo para a estruturação do sistema de proteção americano, que tem a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) como seu documento mais importante. O sistema regional africano completa o conjunto do sistema regional, e tem como documento referência a Carta Africana de Direito dos Povos (1981). Nesse sentido, os sistemas internacional global e regional de proteção dos direitos humanos caracterizam-se pela complementaridade e subsidiariedade, além de operarem na lógica da interação com os sistemas nacionais, de acordo com o valor da primazia da pessoa humana. Assim, o direito internacional dos direitos humanos aprimora e fortalece o grau de proteção dos direitos humanos nos Estados, jamais restringindo ou delimitando.

Além do mais, a sistemática internacional de proteção permite a tutela, supervisão e monitoramento de direitos por organismos internacionais. Bobbio<sup>10</sup> classifica as atividades realizadas pelos organismos internacionais para a tutela dos direitos humanos em atividades de promoção, controle e garantia. As atividades de promoção têm visam induzir os Estados a introduzirem mecanismos específicos para a tutela dos direitos humanos em seus ordenamentos e servem também para incentivar os Estados que já os internalizaram a aprimorá-los. As atividades de controle são o conjunto de

---

<sup>9</sup> Conferir: ALVES, José Augusto Lindgren. **Relações Internacionais e temas sociais: a década das Conferências**. Brasília: IBRI, 2001.

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. Op. cit., p. 58-9.

medidas que os organismos internacionais utilizam para verificar se e como as convenções e recomendações são implementadas pelos Estados. As atividades de garantia estabelecem mecanismos de tutela internacional autônomos, capazes de substituir ou suprir aqueles estatais.

### I.II. O tratamento do desaparecimento forçado de pessoas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos

Na perspectiva de um ramo de direito internacional público que se molda com o fim de tutelar a dignidade da pessoa humana, de limitar a atuação dos Estados e também de estimulá-los e auxiliá-los a implementar os direitos humanos em âmbito interno, uma gama de instrumentos foi desenvolvida com o objetivo de proteger pessoas contra o desaparecimento forçado. Esse fenômeno caracteriza-se por ser, de acordo com Perrone-Moisés,

Violações particularmente odiosas dos direitos humanos, os desaparecimentos forçados constituíram prática nos países latino-americanos durante as ditaduras militares. Ocorridos em larga escala nos anos 60 na Guatemala, deram origem à utilização do termo “desaparecidos” pelas famílias das vítimas que foram seqüestradas, presas, torturadas e muitas vezes mortas, sem que se soubesse do seu paradeiro. Colocados em um lugar onde não são mais protegidos pela lei ou pela sociedade, os “desaparecidos” acabam privados de todo e qualquer direito. Neste sentido, encontram-se naquela situação que Hannah Arendt detectara em relação às vítimas do nazismo: destituídas do “direito a ter direitos”, são postas à margem do mundo, tornando-se supérfluas e descartáveis.<sup>11</sup>

Nesse sentido, embora o desaparecimento de pessoas tenha sido uma forma da política totalitária nazista de intimidar pessoas<sup>12</sup>, é com as ditaduras na América Latina que esse instituto se caracterizará como afronta a diversos direitos humanos consagrados no arcabouço normativo internacional, e em razão disso serão desenvolvidos documentos próprios para a prevenção, proteção e punição à ocorrência do desaparecimento.

<sup>11</sup> PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Leis de anistia face ao Direito Internacional: “desaparecimentos” e “direito à verdade”*. In: PIOVESAN, Flávia (org.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 288.

<sup>12</sup> PERRUSO, Camila Akemi. **O desaparecimento forçado de pessoas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos – Direitos Humanos e Memória**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 18. *Durante a Segunda Guerra Mundial outro tipo de desaparecimento de pessoas passou a ser praticado, evidenciando que essa questão ia além dos soldados desaparecidos em campos de batalha. Dessa maneira, civis, por meio da política nazista de extermínio, foram separados de suas famílias, presos arbitrariamente e mortos. Essa tática de intimidação nazista remonta, precisamente, o decreto “Noite e Neblina”, de 17 de dezembro de 1941, em que desaparecer com as pessoas era forma de deixar as vítimas e a população em geral sem saberem acerca do que poderia ocorrer com suas vidas. O conteúdo desse decreto referia-se a retirar as pessoas que ameaçavam a segurança alemã dos territórios ocupados, e encaminhá-las a Alemanha para serem executadas. Toda essa ação não podia ser visível, ou seja, aos agentes envolvidos nesses desaparecimentos era proibido oferecer informações acerca do paradeiro dessas pessoas.*

Durante as décadas de 1960 e 1970, em que ditaduras militares foram instaladas na América Latina, o desaparecimento forçado de pessoas, assim como a tortura, passou a ser política de Estado destinada a reprimir as práticas opositoras ao regime. Caracterizado pelo sequestro, detenção ilegal e arbitrária, realizado por agentes estatais ou com sua aquiescência, privação de informações de seu paradeiro, geralmente culminando na morte e ocultação dos restos mortais da pessoa, o desaparecimento forçado viola diretamente o direito à liberdade e segurança pessoal, o direito de não ser preso arbitrariamente, o direito a um julgamento justo, o direito de ser reconhecido como pessoa perante a lei, o direito a condições mínimas de tratamento na prisão e de não ser submetido a tortura e outros tratamentos cruéis e degradantes, e o direito à vida. Esses podem ser considerados o cerne dos direitos humanos violados da vítima do desaparecimento, contudo, diversos outros também o são, como o direito à vida familiar, alguns de natureza econômica, social ou cultural, de integridade da família do desaparecido<sup>13</sup>.

A primeira Resolução da Assembléia Geral da ONU 133/73 concernente ao desaparecimento forçado de pessoas data de 1978 manifestava a preocupação da comunidade internacional com a situação do desaparecimento como método de intimidação autoritária, que tomava espaço no contexto latino-americano, e relegava os familiares de desaparecidos a uma situação de suspenso e de falta de informações. Ademais, expressava a violação direta a diversos artigos da DUDH, e recomendava diversas ações por parte dos Estados onde tal violação vinha ocorrendo, no sentido de prevenir, investigar e punir a prática reiterada que se desenvolvia naquele momento.

Em 1992, a ONU adotou a Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado<sup>14</sup>, primeiro instrumento específico para o tratamento da questão. A Declaração realizou o primeiro esforço de organizar toda a normativa internacional referente aos atos envoltos ao cometimento do desaparecimento forçado de pessoas, e pela primeira vez um instrumento aponta-o como fenômeno autônomo<sup>15</sup>. Além disso, a Declaração afirma a natureza de crime contra a humanidade que tem o desaparecimento forçado, quando cometido de maneira sistemática. Nesse esteio, ela propõe que todos os atores internacionais atuem de maneira cooperativa para a erradicação dessa prática

---

<sup>13</sup> Idem, p. 19.

<sup>14</sup> Resolução AG 47/133 de 18 de dezembro de 1992. Em seu preâmbulo a Declaração assim define o desaparecimento forçado de pessoas: *Profundamente preocupada com o fato de que, em vários países, muitas vezes de maneira persistente, ocorrem desaparecimentos forçados, isto é, detenção, prisão ou traslado de pessoas contra a sua vontade, ou privação da liberdade dessas pessoas por alguma outra forma, praticada por agentes governamentais de qualquer setor ou nível, por grupos organizados ou por particulares atuando em nome do governo ou com seu apoio direto ou indireto, com sua autorização ou com seu consentimento, e que se neguem a revelar o destino ou o paradeiro dessas pessoas ou a reconhecer que elas estão privadas da liberdade, subtraindo-as, assim, da proteção da lei.*

<sup>15</sup> ROJAS, Manuel Hinojo. *Al hilo de la Declaración de 1992 de La Asamblea General de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas.* In **Anuario de Derecho Internacional**, Universidad de Navarra, Pamplona, 1996, pp. 499 a 501.

do mundo, envolvendo inclusive os Estados a legislarem internamente sobre a matéria, tipificando o desaparecimento como crime, gerando responsabilidade penal e civil aos agentes. Ressalta também que os Estados devem criar mecanismos para oferecer informações concernentes ao desaparecimento aos familiares, além de empreenderem todos os esforços para a localização da vítima.

No âmbito do sistema regional da Organização dos Estados Americanos (OEA) foi adotada em 1994 a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas<sup>16</sup>, sendo que suas definições e características vão na mesma direção da Declaração da ONU. Os trabalhos preparatórios para a elaboração de tal tratado tiveram influência das organizações de vítimas e familiares, assim como daquela Declaração, sendo que o processo de construção de ambos os instrumentos tiveram forte influência um em relação ao outro. A Convenção entrou em vigor em 1996, e o Brasil ainda não a ratificou<sup>17</sup>.

Em 1998 é adotado o Estatuto de Roma, tratado que estabelece o Tribunal Penal Internacional (TPI), tipifica e define os crimes de sua competência. O desaparecimento forçado de pessoas foi estabelecido no rol de crimes contra a humanidade, e sua definição<sup>18</sup> vai ao encontro dos outros instrumentos internacionais que tratam da matéria, enquadrando contudo, sua ocorrência na classificação de crimes contra a humanidade, como manifesto em seu art. 7º.: “cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil”. Dessa maneira, qualquer pessoa que for responsável pelo crime de desaparecimento forçado, obedecidos os critérios do Estatuto e a competência do TPI, poderá ser julgada por essa Corte Internacional.

Em 2006 a Assembléia Geral da ONU adotou a Convenção Internacional para Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado. Ela é dividida em duas partes, na primeira há a denominação do desaparecimento e as obrigações que os Estados-Parte devem assumir frente ao fenômeno, com atenção especial à vítima indireta, e na segunda determina a criação de um Comitê de monitoramento da implementação da Convenção nos Estados. A Convenção ainda não está em vigor, restando apenas a ratificação de um Estado<sup>19</sup>.

Como se pode depreender, o desaparecimento forçado de pessoas, em razão de sua gravidade, é objeto de diversos instrumentos, e a comunidade

<sup>16</sup> Em seu art. 2º. a Convenção assim define o desaparecimento forçado de pessoas: *Para os efeitos desta Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes.*

<sup>17</sup> Status de ratificação da Convenção: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/1.Desaparecimento.Rati.htm>. Acesso em 20 de outubro de 2010.

<sup>18</sup> Art. 7º., i) *Por desaparecimento forçado de pessoas entende-se a detenção, a prisão ou o sequestro de pessoas por um Estado ou uma organização política, ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa em reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um longo período de tempo.*

<sup>19</sup> [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-16&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-16&chapter=4&lang=en) Acesso em 31 de outubro de 2010.

internacional tem elaborado um arcabouço normativo para sua proteção. Todavia, as diretrizes estipuladas por esses documentos ainda não estão implementadas em diversos Estados e, a despeito das medidas que vêm se formando para a erradicação dessa prática, o cometimento do desaparecimento forçado de pessoas no contexto global ainda é uma realidade<sup>20</sup>.

## 2. O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS NO BRASIL

Conforme já apontado, o desaparecimento forçado de pessoas é uma prática que se desenvolveu no contexto das ditaduras da América Latina como instrumento de repressão à oposição política. Nesse contexto, o Estado brasileiro, pela Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos, reconheceu o desaparecimento de cento e quarenta e sete pessoas<sup>21</sup>, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, conforme estabelecido na Lei n. 9.140/95, e ampliado pela Lei n. 10.536/02. Cumpre, dessa maneira, compreender como o Brasil vem tratando da questão, especialmente no que se refere à incorporação das diretrizes e das determinações do direito internacional dos direitos humanos no direito interno.

### III.1. Iniciativas do Estado brasileiro frente ao desaparecimento forçado – leis e políticas

Durante a década de 1960, auge da Guerra Fria, da competição entre os dois blocos geopolíticos, de países capitalistas vs. socialistas; na América Latina, a crise dos mísseis em 1962 eclodiu, e a atenção dos Estados Unidos aumentava em relação ao “Brasil em perigosa efervescência político-ideológica. Sua instável democracia populista vulnerável ao comunismo soviético”<sup>22</sup>. Instaurou-se então a ditadura militar no país, que ocorreu entre 1964 a 1985. Nesse período um dos métodos de intimidação e repressão aos opositores políticos, além da tortura que no Brasil foi um instrumento bastante utilizado, foi o desaparecimento forçado. Um caso emblemático de desaparecimento cometido em larga escala no Brasil foi durante a guerrilha do Araguaia<sup>23</sup>, que compreendeu cerca de metade das denúncias de desaparecimento no país, e que até os dias atuais não se sabe do paradeiro nem dos fatos envoltos a esses casos.

Com a transição para a democracia, o Brasil editou uma lei de anistia, a Lei n.

<sup>20</sup> A/HRC/10/9 - Relatório do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas da ONU.

<sup>21</sup> <http://www.memoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/campanha/desaparecidos/> Acesso em 20 de outubro de 2010.

<sup>22</sup> COUTO, Ronaldo Costa. **História indiscreta da ditadura e da abertura: Brasil: 1964-1985**. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 23.

<sup>23</sup> A guerrilha do Araguaia foi uma ação organizada pelo Partido Comunista do Brasil no início da década de 1970, quando seus membros preparavam uma ação revolucionária, inspirada na Revolução Chinesa, que visava envolver os camponeses na luta contra a ditadura militar, avançar para as cidades, comendo uma revolta para derrubar o regime ditatorial. Todavia, as forças militares descobriram tal intenção e desapareceram com os guerrilheiros e com camponeses que haviam se juntado a eles, somando cerca de setenta pessoas desaparecidas entre 1972 e 1974. Para mais informações: [www.desaparecidospoliticos.org.br/pagina.php?id=36&m=15](http://www.desaparecidospoliticos.org.br/pagina.php?id=36&m=15). Acesso em 22 de outubro de 2010.

6.683/79, sob o argumento de que ela asseguraria uma mudança pacífica do regime ditatorial para o democrático. Essa lei anistiou todos os agentes envolvidos nos crimes cometidos contra e em nome da ditadura, ou seja, tanto os opositores que ainda não tivessem sido sentenciados e não estivessem cumprindo pena, bem como os militares responsáveis pela prática de crimes em nome da segurança nacional – torturas, seqüestros, execuções extrajudiciais, desaparecimentos. Para o direito internacional, contudo, crimes dessa natureza não poderiam ter sido anistiados, conforme princípios estabelecidos desde a concepção de um direito internacional dos direitos humanos<sup>24</sup>.

No período de redemocratização a situação dos crimes ocorridos durante a ditadura passou a ter mais visibilidade na cena pública, em razão especialmente da atuação das organizações da sociedade civil, e do protagonismo das vítimas e dos familiares de desaparecidos. Fatos como a descoberta e a investigação de valas comuns tiveram espaço na década de 1990, e diversas ações foram realizadas no sentido de identificarem possíveis vítimas de desaparecimento. Cumpre pontuar, contudo, que por meio de indícios de que poderiam estar enterrados restos mortais de desaparecidos, houve intenso trabalho das organizações e familiares, mas também bastante resistência das instituições para desvelar a verdade concernente aos fatos<sup>25</sup>.

Em 1995 foi sancionada a Lei n. 9.140, para o reconhecimento de pessoas mortas e desaparecidas durante o período ditatorial, e que criou a Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos – instituída por Decreto no mesmo ano, vinculada à Secretaria de Direitos Humanos, que trata do conhecimento dos fatos, bem como fixa as indenizações relativos aos casos. A Lei n. 10.536/02 ampliou o período compreendido na primeira, e a Lei n. 10.875/04 aumentou os critérios de caracterização das mortes, englobando situações de manifestação pública, conflitos com agentes públicos e suicídio.<sup>26</sup>

A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República lançou

<sup>24</sup> Para PERRONE-MOISÉS, *Apesar de as leis de anistia serem consideradas necessárias do ponto de vista interno pelas razões acima mencionadas, algumas perguntas vêm sendo formuladas a respeito da sua situação perante o direito internacional. Em face do direito internacional, tem validade uma lei de anistia interna? A comunidade internacional estaria sujeita a essas normas? Poderia um terceiro Estado ou um Tribunal Internacional exercer a sua jurisdição sobre crimes internacionais anistiados internamente? Os tribunais nacionais devem levar em consideração o direito internacional ao apreciar um pedido de julgamento de um crime que é objeto de lei de anistia? Os Estados teriam dever, oriundo diretamente do direito internacional, de investigar e punir graves violações de direitos humanos? Das diversas respostas dadas a essas questões, tanto pela doutrina como pelas análises de casos específicos, efetuadas por Tribunais nacionais ou por Comissões e Comitês de Direitos Humanos pertencentes a organizações internacionais, a recorrente parece ser no sentido de que a anistia interna não produziria efeitos na ordem internacional e, sendo assim, não haveria impedimento para que se desconsiderassem as leis de anistia quando a questão fosse analisada do ponto de vista do direito internacional. Já no que se refere ao dever que os Estados têm de investigar e punir graves violações de direitos humanos cometidas em regimes anteriores, verificamos que o direito internacional vem desenvolvendo uma série de mecanismos para pressionar os Estados a assumirem suas obrigações perante a comunidade internacional.* PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Leis de anistia face ao Direito Internacional: “desaparecimentos” e “direito à verdade”*. In: PIOVESAN, Flávia (org.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 287.

<sup>25</sup> Para mais informações acerca das valas comuns e de sua relação com desaparecidos: [www.desaparecidospoliticos.org.br/pagina.php?id=39&m=8](http://www.desaparecidospoliticos.org.br/pagina.php?id=39&m=8) Acesso em 22 de outubro de 2010.

<sup>26</sup> Conferir [www.direitoshumanos.gov.br/mortosedesap](http://www.direitoshumanos.gov.br/mortosedesap) Acesso em 22 de outubro de 2010.

o projeto Direito à Memória e à Verdade, em 2006, com o objetivo de fazer o levantamento e a divulgação dos fatos ocorridos durante o período ditatorial, para que as violações de direitos humanos não se repitam mais. Com isso, lançou um livro intitulado Direito à Memória e à Verdade, revelando as pessoas reconhecidas pela Comissão Especial que foram mortas ou desaparecidas, em uma perspectiva de não esquecer aquelas pessoas que resistiram ao regime ditatorial, e com isso perderam suas vidas. Essa iniciativa também pode ser considerada uma forma de reparação aos familiares e a toda a sociedade, na medida em que ultrapassa o cunho de indenização pecuniária que o Estado brasileiro optou ao reparar suas vítimas.

Tramita no Congresso Nacional o projeto de Lei n. 7.376/10, que institui a Comissão Nacional da Verdade, que terá por objetivos esclarecer os fatos e circunstâncias das graves violações de direitos humanos ocorridas no período ditatorial, esclarecer os desaparecimentos forçados, torturas, mortes etc, encaminhar aos órgãos públicos qualquer informação que possa auxiliar a localização dos restos dos desaparecidos, recomendar a adoção de medidas e políticas para assegurar a não-repetição de fatos, bem como colaborar para a assistência às vítimas.

### II.II. O ordenamento brasileiro face às determinações do direito internacional dos direitos humanos relativas ao tratamento do desaparecimento forçado

Conforme tratado anteriormente, o direito internacional dos direitos humanos estabelece parâmetros mínimos para as ações dos Estados, compondo normas de *ius cogens*, de modo que, do ponto de vista do direito internacional, suas determinações são obrigatórias aos Estados, independentemente dos trâmites de conformação das legislações internas. Nessa medida, não é mais possível que um Estado permaneça fora dessas regras estabelecidas por consenso no âmbito dos sistemas de proteção de direitos humanos. Assim, a despeito de o Brasil ainda não ter ratificado os instrumentos de proteção contra o desaparecimento forçado de pessoas, seu ordenamento deve estar em harmonia com o sistema internacional.

A Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas foi adotada em Belém, Pará, em 1994, e apesar de o Brasil ter sediado esse encontro da OEA, o tratado ainda não foi incorporado à legislação interna porque o Estado não a ratificou. Convenção Internacional para Proteção de Todas as Pessoas Contra o Desaparecimento Forçado da ONU de 2006 – que ainda aguarda uma ratificação para entrar em vigor no plano internacional –, também assinada, não foi ratificada pelo Brasil, mas já foi aprovada pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 661/10. É importante apontar que a Convenção determina a tipificação do crime de desaparecimento forçado nas legislações internas, além de conter uma série de medidas a serem tomadas pelos Estados signatários para evitar que qualquer pessoa seja vítima de desaparecimento.

Após a ratificação do tratado pelo Brasil e sua consequente internalização, cumpre compreender qual será seu *status* – se é supraconstitucional ou



constitucional da perspectiva do direito constitucional brasileiro, já que os posicionamentos face à matéria de hierarquia das normas no ordenamento nacional não são pacíficos. De toda maneira, após a Emenda Constitucional 45/04, que criou o parágrafo 3º. ao art. 5º. da Constituição Federal, passa-se a uniformizar o entendimento de que os tratados de direitos humanos têm hierarquia de norma constitucional, fazendo com que o Brasil assumira, portanto, a obrigatoriedade de tipificar o desaparecimento como crime em sua legislação penal.

A internalização dos referidos tratados diz respeito à prevenção de futuros desaparecimentos, mas sobretudo à investigação dos fatos e identificação dos responsáveis pelos desaparecimentos ocorridos no período ditatorial, localização dos restos mortais das vítimas, implementação do direito à verdade dos familiares das vítimas e da sociedade em geral. A partir da ótica do direito internacional também seria possível perseguir criminalmente os responsáveis, na medida em que os crimes são imprescritíveis – ademais, o desaparecimento é considerado crime permanente pelos órgãos internacionais – e a lei de anistia não é considerada um óbice para tal feito<sup>27</sup>.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se com este artigo a relevância do direito internacional dos direitos humanos para a proteção das pessoas em seus direitos humanos e dignidade, pois nesse caso, como se buscou demonstrar, o desaparecimento forçado faz uma ruptura na concepção clássica de que os Estados são capazes de proteger seus nacionais. Nesse sentido, a consolidação desse ramo do direito internacional tem revelado uma disposição de os Estados colocarem-se cada vez mais em relação uns aos outros, com vistas a garantir a proteção das pessoas, fim máximo dessa ordem jurídica. Assim, a legislação internacional não é imposta por algum órgão soberano aos Estados, pois o direito internacional opera na lógica da cooperação internacional. Isso significa dizer que os Estados formaram uma comunidade internacional, ao admitir que todas as suas ações são pautadas pelo respeito à dignidade humana. Assim, a consciência de que a soberania clássica dos Estados dever dar espaço a uma soberania que colabora, que constrói conjuntamente, está na ordem do dia.

Para Ferrajoli, depois do direito internacional dos direitos humanos, a soberania a que faz referência a Carta da ONU em seu art. 2º. trata-se de soberania limitada, assim como são hoje direitos supra-estatais os direitos humanos, “cuja tutela deveria ser garantida jurisdicionalmente em nível internacional justamente contra

---

<sup>27</sup> O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou recentemente dois casos importantes para discussão da questão dos desaparecimentos. Um foi a extradição 974, requisição feita pela Argentina, em razão do desaparecimento forçado de uma pessoa de nacionalidade argentina, do major uruguaio Cordero Piacentini. Os ministros do STF julgaram pela extradição em 2009. O outro caso foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), relativa à revisão da lei de anistia. A corte decidiu pela não revisão da lei.



os Estados<sup>28</sup>. Nessa perspectiva, o desaparecimento forçado aporta exatamente esse desafio aos Estados e à comunidade internacional, pois as pessoas, por pertencem à categoria humanidade, são dotadas de dignidade por isso cidadãs universais, e devem ter seus direitos garantidos em qualquer lugar do mundo.

Dessa maneira, a despeito de o Estado brasileiro ainda não cumprir as determinações do direito internacional dos direitos humanos no que concerne à questão dos desaparecimentos forçados, aguarda-se que ele siga as diretrizes estipuladas nos tratados concernentes à questão, tão logo os ratifique. Seria um primeiro passo importante que o Estado tomaria no sentido de contar sua história e de reverenciar a memória de seus desaparecidos, ao assegurar legalmente a seus cidadãos que essa grave violação de direitos humanos não terá mais espaço em suas ações.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **Relações Internacionais e temas sociais: a década das Conferências**. Brasília: IBRI, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

CANAL-FORGUES, Éric e RAMBAUD, Patrick. **Droit international public**. Paris: Éditions Flammarion, 2007.

COUTO, Ronaldo Costa. **História indiscreta da ditadura e da abertura: Brasil: 1964-1985**. Rio de Janeiro: Record, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PERRONE-MOISÉS, Cláudia. **Imunidades de chefes de Estado e crimes internacionais**. Tese de Livre Docência apresentada na Faculdade de Direito da USP, 2009.

\_\_\_\_\_. *Leis de anistia face ao Direito Internacional: “desaparecimentos” e “direito à verdade”*. In: PIOVESAN, Flávia (org.). **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PERRUSO, Camila Akemi. **O desaparecimento forçado de pessoas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos – Direitos Humanos e Memória**. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

ROJAS, Manuel Hinojo. *Al hilo de la Declaración de 1992 de La Asamblea General de Naciones Unidas sobre la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas*. In **Anuario de Derecho Internacional**, Universidad de Navarra, Pamplona, 1996.

ROSA, Guimarães. **Grande Sertão: Veredas**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1978.

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 43.





# O SINDICALISMO E OS DIREITOS SOCIAIS

---

*Gilberto Stürmer<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

O artigo analisa o sistema de relações coletivas de trabalho vigente no Brasil no que diz respeito aos conflitos coletivos de trabalho e suas formas de solução, cotejando-o com o conceito de liberdade sindical protagonizado pela Organização Internacional do Trabalho.

## **Palavras-chave**

Liberdade sindical. Negociação coletiva de trabalho.

## **ABSTRACT**

This paper analyses the collective labor relations system in force in Brazil in regard to its litigation and respective ways of resolution, facing the meaning of unionist freedom set forth by the International Labor Organization.

## **Key words**

Unionist freedom. labor collective negotiation.

## I. INTRODUÇÃO

O Título VI da Consolidação das Leis do Trabalho trata das convenções e acordos coletivos de trabalho. Dispõem sobre a matéria os artigos 611 a 625 do diploma consolidado.

A Constituição Federal reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho, nos artigos 7º, inciso XXVI e 8º, inciso VI.

No Título X da Consolidação, estão dispostas as regras sobre o processo judiciário do trabalho e, no capítulo IV do referido título, a lei dispõe sobre os dissídios coletivos. A seção III, que abriga os artigos 868 a 871, trata da extensão das decisões, ou seja, da possibilidade que o Tribunal do Trabalho tem de estender normas coletivas vigentes em uma parte da categoria para outra, ou, ainda, de estender normas coletivas de uma mesma categoria, de uma base territorial para outra, na mesma jurisdição.

---

<sup>1</sup> Advogado, Professor de Direito do Trabalho na Faculdade de Direito da PUCRS, Mestre em Direito pela PUCRS, Doutor em Direito do Trabalho pela UFSC

Outra fonte formal de direito a tratar dos dissídios coletivos era a Instrução Normativa do Tribunal Superior do Trabalho de nº 4, de 08 de junho de 1993 que, embora revogada, continua a dar substrato ao procedimento. Da mesma forma, a Lei nº 8.984, de 08 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre a “competência da Justiça do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador.” Não há previsão legal expressa no sentido de extensão de convenções ou acordos coletivos pelos Tribunais do Trabalho.

Por outro lado, a Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, alterando a redação do parágrafo 2º, do artigo 114 da Constituição Federal, mitigou mas não extinguiu o Poder Normativo da Justiça do Trabalho. Dispõe a nova redação do referido dispositivo:

Art.114.....  
§ 2º. Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

Ora, se a Justiça do Trabalho decide conflito coletivo de natureza econômica, por certo está exercendo o Poder Normativo, ainda que mitigado pelo ajuizamento de “comum acordo”. Não se discute aqui a expressão. O fato é que os Tribunais do Trabalho estão convictos sobre a obrigatoriedade ou não do ajuizamento conjunto<sup>2</sup>.

## II. CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO

Os conflitos de trabalho têm um divisor de águas. É da natureza humana que, aqueles que dão a sua força de trabalho para outrem, busquem sempre melhores condições de trabalho e de salário.

Por outro lado, os que dispõem da atividade econômica visam lucro. Não há, em um caso e em outro, juízo de valor. Trata-se apenas de realidade oriunda da própria natureza humana. Na medida em que o trabalhador subordinado busca melhores condições de trabalho e o empregador, dono do empreendimento busca lucro, há um natural conflito de trabalho de ordem sociológica. Tal conflito é solucionado pelo contrato<sup>3</sup>.

Este é o divisor de águas, já que os conflitos posteriores ao contrato têm natureza jurídica, ou seja, em regra discutem-se cláusulas desrespeitadas ou cuja interpretação é divergente.

<sup>2</sup> O Tribunal Superior do Trabalho firmou precedente sobre condição para dissídio coletivo, ao decidir no DC 165049/2005-000-00-00.4, que a expressão “comum acordo” quer dizer petição conjunta e, portanto, seria uma condição *sui generis* da ação.

<sup>3</sup> No caso da relação individual, o contrato de trabalho; no caso das relações coletivas, as normas coletivas (acordo, convenção, sentença normativa ou laudo arbitral).

Inserem-se nesse contexto, os conflitos de natureza econômica, já que, estabelecidos os parâmetros iniciais, a tendência é buscar sempre o melhor. Para Sergio Pinto Martins “os conflitos coletivos do trabalho podem ser econômicos ou de interesse e jurídicos ou de direito.

Os conflitos econômicos são aqueles nos quais os trabalhadores reivindicam novas condições de trabalho ou melhores salários. Já nos conflitos jurídicos tem-se por objeto apenas a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica controvertida, como ocorre em dissídio coletivo em que se declara a legalidade ou ilegalidade da greve.”<sup>4</sup>

Amauri Mascaro Nascimento entende que o “conflito não é apenas um fenômeno de dimensões sociológicas. É também um fato jurídico, estruturado em conjunto com instrumentos criados pela cultura jurídica dos povos, incluído nos sistemas de organização normativa da sociedade, indispensáveis para o equilíbrio da vida na sociedade e nas relações entre as pessoas e os grupos.”<sup>5</sup>

Com efeito, sendo o conflito de trabalho e, especialmente, o conflito coletivo de trabalho, um fato social e jurídico, é certo que existe por insatisfação, mas também é certo que existe com o objetivo fundamental de busca da paz social, o que se dá através dos instrumentos de solução previstos no ordenamento jurídico.

### III. FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO

As formas de solução ou de composição dos conflitos coletivos de trabalho são basicamente três, com suas subdivisões. Martins fala em autodefesa, autocomposição e heterocomposição<sup>6</sup>.

Para melhor observância da técnica, inicia-se pela autocomposição, que é a forma de solução dos conflitos trabalhistas realizada pelas próprias partes<sup>7</sup>. As fontes formais de Direito do Trabalho privilegiam a autocomposição<sup>8</sup>. É meio autocompositivo de solução dos conflitos coletivos de trabalho, a negociação coletiva. O resultado da negociação pode ser a convenção coletiva de trabalho<sup>9</sup> ou o acordo coletivo de trabalho<sup>10</sup>.

A heterocomposição dos conflitos coletivos de trabalho, surge ante o insucesso da negociação e pressupõe a participação de uma fonte suprapartes, com a prerrogativa de imposição da solução do conflito, à qual as partes deverão se submeter.

<sup>4</sup> MARTINS, Sergio Pinto. DIREITO DO TRABALHO. São Paulo: Atlas, 15ª edição, 2002, p. 709.

<sup>5</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. COMPÊNDIO DE DIREITO SINDICAL. São Paulo: LTr, 2ª edição, 2000, p. 253.

<sup>6</sup> Idem, ibidem., p. 710.

<sup>7</sup> Idem, ibidem, p. 710.

<sup>8</sup> É o caso da Constituição Federal, nos artigos 7º, XXVI; 8º, III e VI; 114, § 2º; e da Consolidação das Leis do Trabalho, nos artigos 611, 611, § 1º, e 616.

<sup>9</sup> Art. 611, da CLT.

<sup>10</sup> Art. 611, § 1º, da CLT.

São formas tradicionais de heterocomposição, a arbitragem<sup>11</sup> e a jurisdição<sup>12</sup>.

Cabe aqui registrar uma posição contrária à grande maioria da doutrina, que entende a mediação como forma heterocompositiva de solução dos conflitos coletivos de trabalho<sup>13</sup>.

É entendimento deste autor, que a mediação seria uma forma híbrida entre autocomposição e heterocomposição dos conflitos. Ocorre que há a participação de um terceiro (em regra a autoridade regional do Ministério do Trabalho), mas não há imposição obrigatória da solução apresentada pelo mediador, como ocorre na arbitragem e na jurisdição.

Por fim, a autodefesa, como forma em que as próprias partes procedem à defesa dos seus interesses<sup>14</sup>. É dividida em greve<sup>15</sup> e lockout<sup>16</sup>.

#### IV. AUTOCOMPOSIÇÃO – NEGOCIAÇÃO COLETIVA

As formas de solução dos conflitos coletivos de trabalho são levadas a efeito por meios legais que buscam o chamado fim normativo<sup>17</sup>. Na autocomposição, o meio utilizado é a negociação coletiva. Para Amauri Mascaro Nascimento, a negociação coletiva é característica do *plurinormativismo* do Direito, já que o seu resultado (convenção coletiva de trabalho) tem força de lei entre as partes<sup>18</sup>.

Segundo a Convenção nº 154, da Organização Internacional do Trabalho, a Negociação Coletiva compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte o empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, visando: 1-fixar as condições de trabalho e de emprego; 2-regular as relações entre empregadores e trabalhadores; 3-regular as relações entre empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

É, pois, uma forma de ajuste de interesses entre as partes, que acertam as diferentes posições existentes, visando encontrar uma solução capaz de compor suas posições<sup>19</sup>.

<sup>11</sup> Art. 114, § 2º, da Constituição Federal e Lei nº 9.307/96.

<sup>12</sup> Art. 114, § 2º, da Constituição Federal, arts. 856 a 875, da CLT, IN/TST 04/1993.

<sup>13</sup> MARTINS, Sergio Pinto, idem, ibidem, p.710.

<sup>14</sup> MARTINS, Sergio Pinto, idem, ibidem, p. 710.

<sup>15</sup> Na forma do art. 2º, da Lei nº 7.783/89, “greve é a suspensão coletiva, temporária e pacífica total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador”.

<sup>16</sup> “Paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregados” (art. 17 da Lei nº 7.783/89). O lockout é proibido no Brasil.

<sup>17</sup> As normas coletivas (acordos coletivos de trabalho, convenções coletivas de trabalho, sentenças normativas e laudos arbitrais são leis entre as partes).

<sup>18</sup> Idem, *ibidem.*, p.267.

<sup>19</sup> MARTINS, Sergio Pinto, idem, ibidem, p. 727.

No Brasil, o procedimento da negociação coletiva segue os seguintes passos:

1. os sindicatos trabalhistas comunicam aos sindicatos patronais ou diretamente às empresas as suas reivindicações, iniciando-se um procedimento de negociação direta, sem interferência do Estado. A lei obriga às partes a manter o diálogo (art. 616) e o Poder Judiciário tem admitido a instauração de instância (ajuizamento de dissídio coletivo) somente com prova robusta de que houve negociação e que a mesma se esgotou;

2. havendo recusa à negociação, a DRT poderá convocar mesa redonda, iniciando-se, assim, a mediação do Delegado regional do Trabalho que, como em toda a mediação, não terá poderes decisórios, mas apenas apresentará propostas que as partes aceitarão ou não;

3. havendo iminência de greve, também poderá ser convocada mesa redonda pela Superintendência Regional do Trabalho e do Emprego (antiga DRT);

4. não havendo autocomposição (convenção ou acordo coletivo de trabalho), sem ou com mediação, a lei autoriza a greve, segundo procedimento e nas hipóteses previstas;

5. finalmente, não havendo autocomposição, o conflito buscará a solução através da heterocomposição, transferindo-se para os tribunais do trabalho, caso as partes não tenham preferido a arbitragem (art. 114 e parágrafos da Constituição Federal).

Ajuizado o dissídio coletivo, este será julgado pelos tribunais do trabalho (TRTs e TST) que, através de uma sentença normativa, decidirá o conflito, respeitadas, na decisão, as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente.

O poder judiciário age como poder legislativo, eis que fixa normas a serem observadas pelas partes conflitadas.

Consoante previsão constitucional, a negociação coletiva é requisito para a arbitragem e para a jurisdição<sup>20</sup>. Ademais, a própria CLT<sup>21</sup>, condiciona a instauração da instância à comprovação cabal e inequívoca da tentativa de negociação prévia. A negociação coletiva distingue-se da convenção e do acordo coletivo de trabalho, já que se trata de procedimento que visa superar divergência entre as partes, sendo o seu resultado, a convenção ou o acordo coletivo de trabalho<sup>22</sup>.

## V. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO

A Constituição Federal reconhece as convenções e os acordos coletivos

---

<sup>20</sup> Art. 114, § 2º.

<sup>21</sup> Art. 856 e segs.

<sup>22</sup> Ver MARTINS, Sergio Pinto, *idem*, *ibidem*, p. 727.

de trabalho<sup>23</sup>. Determina, ainda, a Constituição Federal, que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”<sup>24</sup>, e que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.”<sup>25</sup>

Como resultado das negociações coletivas de trabalho (formas autocompositivas de solução dos conflitos coletivos de trabalho), o ordenamento jurídico abriga as convenções e os acordos coletivos de trabalho.

Segundo o artigo 611, da Consolidação das Leis do Trabalho, “convenção coletiva de trabalho é o acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.”

Com efeito, pelo menos dois sindicatos – de um lado o dos trabalhadores e de outro, o dos empregadores – colocam um fim no conflito através de um acordo (negociação) que estabelece regras aplicáveis às relações individuais de trabalho da respectiva categoria no âmbito de sua representação, obedecida a regra da unicidade sindical.

O caráter é normativo porque a convenção coletiva é lei entre as partes. Por se tratar de um contrato, há também o caráter obrigacional das cláusulas e condições que estipulam regras entre os sindicatos convenientes. O parágrafo primeiro, do artigo 611 da CLT, dispõe que “é facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho.”

Assim, em menor escala, o sindicato dos trabalhadores poderá negociar com uma ou mais empresas, para estipular regras aplicáveis às relações de trabalho naquelas empresas.

Apesar de posições em contrário, entende-se que o dispositivo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, já que o artigo 7º, inciso XXVI da Lei Maior reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho. Assim, quando o artigo 8º, inciso VI, determina ser obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho, é certo estar se referindo ao sindicato dos trabalhadores (categoria profissional).

O artigo 616, da CLT, determina que “os sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não

---

<sup>23</sup> Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

<sup>24</sup> Art. 8º, III.

<sup>25</sup> Art. 8º, VI.



tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva, que visa a convenção ou o acordo coletivo de trabalho.

Registre-se, ainda, que nos termos do artigo 620, da CLT, as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo. Isto porque, sendo especial, em regra o acordo prevalece sobre a convenção. Todavia, em face do princípio protetor, no Direito do Trabalho vige a regra da norma mais favorável ao trabalhador, o que explica a regra prevista no artigo 620 da CLT<sup>26</sup>.

## VI. LIBERDADE SINDICAL

O sistema sindical brasileiro nasceu, cresceu e floresceu sob os nefastos mantos do corporativismo e do intervencionismo. Embora signatário da Organização Internacional do Trabalho (OIT) desde a sua criação em 1919, o Brasil não recepcionou a principal Convenção da entidade, qual seja, a de nº 87, publicada em 1948 e que dispõe sobre liberdade sindical. Foi somente com a promulgação da atual Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, que alguma luz de liberdade sindical surgiu no horizonte.

O artigo 8º da Carta dispõe que é livre a associação profissional ou sindical e determina que a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação do sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical<sup>27</sup>. Ocorre que o sindicalismo nacional ainda sofre com o intervencionismo e com a ausência de liberdade plena. Os traços marcantes são os seguintes:

Unicidade sindical: segundo o artigo 8º, II, da Constituição Federal, “é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um município”. A alternativa, através de emenda constitucional, seria o pluralismo ou até a unidade sindical, onde os sindicatos se unem sem imposição estatal.

Enquadramento sindical por categoria: segundo o artigo 570 e seguintes da CLT, o enquadramento sindical no Brasil se dá por categoria idêntica, similar ou conexa<sup>28</sup>, o que quer dizer que um trabalhador ou um empregador

---

<sup>26</sup> Ver RODRIGUEZ, Américo Plá (trad. Wagner D. Giglio). PRINCÍPIOS DE DIREITO DO TRABALHO. São Paulo: LTr, 1ª edição, 1996, p. 53.

<sup>27</sup> Art. 8º, caput e inciso I.

<sup>28</sup> Nos termos do parágrafo único, do artigo 570, da CLT, “quando os exercentes de quaisquer atividades ou profissões se constituírem, seja pelo número reduzido, seja pela natureza mesma dessas atividades ou profissões, seja pelas afinidades existentes entre elas, em condições tais que não se possam sindicalizar eficientemente pelo critério de especificidade de categoria, é-lhes permitido sindicalizar-se pelo critério de categorias similares ou conexas, entendendo-se como tais as que se acham compreendidas nos limites de cada grupo constante do quadro de

que exercem determinada atividade (por exemplo, ramo metalúrgico), não podem ser representado por outro sindicato que, por ventura, lhes seja mais representativo<sup>29</sup>. Alteração legislativa, em conjunto com as modificações constitucionais acima citadas, resolveria a questão.

Contribuição sindical compulsória: prevista nos artigos 578 e seguintes da CLT, existe desde 1940 e fere de morte o princípio da liberdade sindical e também a regra constitucional que diz que ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato<sup>30</sup>. Os trabalhadores, os autônomos, os profissionais liberais e os empregadores são obrigados a contribuir para o sistema sindical<sup>31</sup>. Tal circunstância, além de ser contrária à liberdade, faz com que se mantenham sindicatos que não são representativos, quando não verdadeiros fantasmas. A modificação depende de alteração na lei, mas, mais do que isso, depende da superação do lobismo, do conservadorismo, do corporativismo e do intervencionismo que emperram o sindicalismo no Brasil.

Efetivo exercício do direito de greve: a Constituição Federal prevê o direito nos artigos 9º (trabalhadores privados) e 37, VII (servidores públicos). Os servidores públicos ainda não têm legislação que regulamente o direito. Os trabalhadores privados têm o seu direito de greve regulado pela Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, mas a liberdade ao exercício do direito ainda é muito reprimida. O que não se pode olvidar é que, mais do que um fato jurídico, a greve é um fato social.

Estes são alguns exemplos da ausência de liberdade sindical no Brasil. A PEC nº 369/2005, o Anteprojeto de lei de Reforma Sindical (sobrestado) e os demais textos legislativos propostos, não têm o condão de afastar do sindicalismo nacional a ausência da liberdade sindical, já que não atacam, de forma efetiva, os problemas aqui referidos<sup>32</sup>.

Entende-se que a Emenda Constitucional nº 45/2004 deu uma oportunidade jurídica impar para o advento da liberdade sindical no Brasil. O novo parágrafo 3º, do artigo 5º, dispõe que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais<sup>33</sup>.

---

atividades ou profissões.”

<sup>29</sup> Por tal circunstância entende-se que, salvo exceções, o Capítulo II, do Título V, da CLT, que trata do enquadramento sindical e abrange os artigos 570 a 577, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

<sup>30</sup> Art. 8º, V, da Constituição Federal.

<sup>31</sup> Art. 580 e incisos, da CLT.

<sup>32</sup> No momento em que é produzido este artigo, o texto está parado no Congresso Nacional, devendo serem retomadas as discussões na nova legislatura.

<sup>33</sup> Ver STÜRMER, Gilberto. A Liberdade Sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 64-65.

É indiscutível que a Convenção 87 da OIT, que trata de liberdade sindical é, de fato, um tratado sobre direitos humanos. Havendo vontade política para superar a questão formal, o *status* de emenda constitucional abriria as portas para o pluralismo sindical, o fim do enquadramento, da contribuição compulsória e do poder normativo.

Para finalizar, este autor propõe um conceito de liberdade sindical, onde efetivamente não há lugar para a unicidade sindical, o enquadramento sindical, a contribuição compulsória e o poder normativo da Justiça do Trabalho<sup>34</sup>:

direito de trabalhadores, entendidos como tal empregados, empregadores, autônomos e profissionais liberais, de livremente constituírem e desconstituírem sindicatos; de individualmente ingressarem e saírem dos sindicatos conforme seus interesses e sem limites decorrentes da profissão à qual pertençam; de livremente administrarem as organizações sindicais, constituírem órgãos superiores e de associarem-se a órgãos internacionais; de livremente negociarem sem qualquer interferência do Poder Público (executivo, legislativo ou judiciário); e de livremente exercerem o direito de greve, observadas as formalidades legais; tudo isso sem limitação de base territorial e num regime de pluralismo, sendo o sistema financiado única e exclusivamente pelas contribuições espontâneas por eles mesmos fixadas.

Não há dúvida, portanto, que a constante busca pela efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988, mais especificamente nos seus artigos 7º e 8º, passa no Brasil, necessária e obrigatoriamente pela implantação da liberdade sindical.

## VII. CONCLUSÃO

Os conflitos coletivos de trabalho têm origem sociológica antes de jurídica.

O sistema legal brasileiro privilegia a negociação coletiva de trabalho como meio de solução dos conflitos e as convenções e acordos coletivos de trabalho como resultado da autocomposição.

Tal privilégio está expresso na Constituição Federal, artigos 7º, XXVI, 8º, III, 8º VI, e 114, § 2º, e na Consolidação das Leis do Trabalho, nos artigos 611, 611, § 1º, 616 e parágrafos.

As formas heterocompositivas (arbitragem e jurisdição) e autodefensivas (greve e lockout) de solução dos conflitos de trabalho são utilizadas somente ante o insucesso da negociação. Entende-se, ainda, que a mediação é uma forma híbrida de solução dos conflitos de trabalho, já que a fonte suprapartes não impõe a sua decisão, mas apenas busca solucionar o conflito.

---

<sup>34</sup> Idem, *ibidem*, p. 60-61.

Para melhor aproveitamento da negociação coletiva no sistema brasileiro, deve ser implantada a liberdade sindical plena, recepcionando a Convenção 87 da OIT, e estabelecendo o pluralismo sindical, o enquadramento sindical livre, o fim da contribuição sindical compulsória, a abertura ao direito constitucional de greve e a efetiva extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho.

A adoção da Convenção 87 da OIT, que é um tratado internacional de direitos humanos, deveria se dar através do instrumento previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda nº 45/2004. Nesse contexto, certamente seria aberto um caminho de implantação efetiva dos direitos sociais preconizados pela Carta.

## VIII. REFERÊNCIAS

- AVILÉS, Antonio Ojeda. **Compendio de Derecho Sindical**. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos e BATALHA, Sílvia Marina Labate. **Sindicatos – Sindicalismo**. São Paulo: LTr, 1994.
- CHIARELLI, Carlos Alberto. *O Trabalho e o Sindicato – Evolução e Desafios*. São Paulo: LTr, 2005.
- GUERRERO, Euquerio. **Manual de Derecho Del Trabajo**. México: Porrúa, 13ª edição, 1983.
- LAIMER, Adriano Guedes. **O Novo Papel dos Sindicatos**. São Paulo: LTr, 2003.
- LEBRE, Eduardo Antonio Temponi. **Direito Coletivo do Trabalho**. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- MAGANO, Octávio Bueno. **Manual de Direito do Trabalho – Volume III**. São Paulo: LTr, 1984.
- MANGLANO, Carlos Molero. **Derecho Sindical**. Madrid: Editorial Dykinson, 1996.
- MARTINS, Sergio Pinto. **Contribuição Confederativa**. São Paulo: LTr, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Contribuições Sindicais**. São Paulo: Atlas 4ª edição, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 19ª edição, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Flexibilização das Condições de Trabalho**. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES FILHO, Evaristo e MORAES, Antonio Carlos Flores de. **Introdução ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 8ª edição, 2000.
- \_\_\_\_\_. **O problema do sindicato único no Brasil**. São Paulo: Alfa-Omega, 1978.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 2ª edição, 2000.

OLEA, Manuel Alonso. **Introducción al Derecho del Trabajo**. Madrid: Civitas, 5ª edición, 1994.

OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de. **A Universalidade do Princípio da Liberdade Sindical**. Revista da Faculdade de Direito da UFSC. Porto Alegre: Síntese, v. 1, p. 139-156, 1998.

\_\_\_\_\_ e STÜRMER, Gilberto. **As Concepções do Direito de Ronald Dworkin e a Liberdade Sindical no Brasil**. Revista LTr. São Paulo: LTr, v. 11/04, p. 1338-1342, 2004.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1996.

ROMITA, Arion Sayão. **Direito do Trabalho – Temas em Aberto**. São Paulo: LTr, 1998.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Princípios Gerais de Direito Sindical**. Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

STÜRMER, Gilberto. **A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

VIANNA. Luiz Werneck. **Liberalismo e Sindicato no Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 3ª edição, 1978.





# PROTEÇÃO DA CULTURA OU PROTEÇÃO DA FAUNA? UMA ANÁLISE DA FARRA DO BOI À LUZ DA PONDERAÇÃO E DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

*Helano Márcio Vieira Rangel<sup>1</sup>*

## RESUMO

A farra do boi é uma manifestação cultural presente em cidades litorâneas do estado de Santa Catarina, cuja origem está ligada a costumes de tauromaquia dos colonizadores lusitanos e açorianos. É uma das tradições folclóricas que compõem o ciclo do boi no Brasil, a exemplo das vaquejadas nordestinas e dos rodeios gaúchos. Consiste em soltar um boi e provocá-lo das mais diversas formas, que vão da moléstia física à psíquica, de maneira a persegui-lo até a completa exaustão, quando então é sacrificado e sua carne é rateada entre os farristas. O presente artigo propõe-se a analisar o caso emblemático da farra do boi, especialmente no que diz respeito ao dilema jurídico consubstanciado no conflito entre normas de direitos fundamentais, *i.e.*, proteção ao patrimônio cultural *versus* proteção à fauna. O ensaio analisa o conceito de patrimônio cultural a partir de uma construção sociojurídica e do artigo 216 da CF/88, assim como o conceito de fauna, o significado constitucional de crueldade e o regime jurídico da proteção à fauna inserto no artigo 225, VII, §1º da CF/88. A farra do boi é enfocada sob um ponto de vista histórico e antropológico, até as suas repercussões na mídia e entre grupos de ambientalistas a partir de 1987. Discute-se ainda a Lei nº 9.605/98, que trata dos crimes ambientais e a paradigmática decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o folgueto popular, à luz da máxima da proporcionalidade e da ponderação de direitos.

## Palavras-chave

Farra do boi. Manifestação cultural. Proteção à fauna. Proporcionalidade.

## Abstract

The ox spree is a cultural manifestation displayed in coastal cities of Santa Catarina state, which origins is linked to tauromachy habits of Portuguese and Azorean colonizers. It's a folkloric tradition that compounds the ox cycle in Brazil, as well as northeastern and southern rodeos. It consists in releasing the ox and provoke it in the most various ways, that goes from physical to psychic harassment, in order to chase it until the complete exhaustion, occasion when the ox is sacrificed and its meat is shared amongst the carousers. The present article analyzes the emblematic case of the ox spree, especially concerning the juridical dilemma consolidated in the conflict between precepts of fundamental rights, that is, the protection of the cultural heritage in contrast to protection to the fauna. The essay analyzes the concept of cultural heritage departing from a social and juridical basis and the article 216 of the 1988 Federal Constitution, as well as the

<sup>1</sup> Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Advogado. Professor da Faculdade Estácio do Ceará.

concept of fauna, the constitutional meaning of cruelty and the juridical regime of the protection of fauna inserted in the article 225, §1º, VII of the Federal Constitution. The ox spree is focused under a historical and anthropological perspective, up to the repercussions in the media and amongst environmentalist groups from 1987 onwards. It still discusses the Law nº 9.605/98, which is about the environmental crimes and the paradigmatic decision of the Supreme Court of Justice about the popular spree, considering the proportionality and the weighing of rights.

#### Keywords

Ox spree. Cultural manifestation. Protection to the fauna. Proportionality.

## I. INTRODUÇÃO

A farra do boi é uma prática ligada à cultura popular de municípios litorâneos de Santa Catarina, em que um boi é solto e fica à mercê das provocações públicas durante dias, até que, exaurido em virtude de inúmeros maus-tratos, é carneado. O evento geralmente acontece durante a Semana Santa, mas já se verificou a sua ocorrência durante casamentos, festas populares, aniversários, jogos de futebol entre outras ocasiões festivas.

O tema é de complexo estudo, uma vez que a forte cizânia estabelecida entre o direito à manifestação cultural e a proteção à fauna convidam o pesquisador a posições extremadas e parciais. É um caso típico de choque entre a tradição cultural e os novos paradigmas ambientais contemporâneos.

O ensaio promove um enfoque transdisciplinar, que envolve a psicanálise, a sociologia, a história e a antropologia. Os desdobramentos jurídicos do tema no tocante ao sentido e alcance da norma constitucional que proíbe a crueldade contra a fauna chegam mesmo a colocar em xeque o paradigma antropocêntrico.

Afinal, qual a origem da farra do boi, como expressão cultural nas cidades litorâneas de Santa Catarina? Qual a extensão da licitude da farra do boi, como manifestação cultural, diante de sua inevitável colisão com o dever estatal e social de proteção à fauna? Qual o posicionamento legal e jurisprudencial aplicável ao tema?

São alguns dos questionamentos que o presente artigo busca enfrentar.

### 1 A CONSTRUÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS CULTURAIS

Sob o ponto de vista etimológico, a palavra cultura tem origem no verbo latino *colere*, que significa “cultivar, cuidar de, tratar”. Originalmente era empregado para designar acepções ligadas à agricultura: “lavoura, cultivo de campos”, mas posteriormente cultura passou a significar “instrução, conhecimentos adquiridos”.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> CUNHA FILHO, Francisco Humberto. Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988. A representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.



A visão primordial de cultura como instrução-educação apenas refletia a errônea concepção da primazia da cultura europeia, considerada como modelo para toda a civilização. Dessa maneira, à época, não se considerava como direito cultural a manifestação de um povo segundo suas tradições, costumes e valores, mas como direito de toda pessoa de aprender a cultura ocidental. Tal visão encontra-se hoje superada, tendo em vista a inexistência de hierarquias entre padrões culturais nem de imposições de modelos comportamentais.<sup>3</sup>

De igual modo, a construção do conceito de patrimônio cultural no Brasil atravessou diversas fases, que vão do enaltecimento e consagração de obras e monumentos ligados à cultura erudita até a construção do conceito de patrimônio cultural a partir dos movimentos sociais, políticos e populares da década de 60 do século XX. Confira-se:

Na abordagem da evolução do conceito de patrimônio cultural, inicialmente, se detecta a existência do conceito fechado de patrimônio cultural, motivado por variadas circunstâncias, a saber: a política do Estado Novo, época da criação do SPHAN, pelo Decreto-Lei n.27/35; a condução do SPHAN, durante várias décadas, sob a influência pessoal de Rodrigo Melo Franco de Andrade e a consagração de obras e monumentos que diziam respeito apenas à história pertinente à elite. Mas recentemente, a partir dos movimentos sociais e políticos da década de 60 do século passado, dá-se a construção de novo conceito de patrimônio cultural que, como afirmou Magalhães, ocorria “de baixo para cima”.<sup>4</sup>

Atualmente o conceito de patrimônio cultural alarga-se em prol de uma manifestação ampla que inclui bens corpóreos e incorpóreos, vistos sob o prisma individual ou coletivo e que, de alguma maneira, vinculem-se com a identidade nacional.<sup>5</sup> Tal entendimento foi consagrado no artigo 216 da Constituição Federal de 1988:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços

---

<sup>3</sup> LOPES, Ana Maria D'ávila; JUCÁ, Roberta Laena Costa. Redefinindo e promovendo os direitos fundamentais culturais. In: CUNHA FILHO, Francisco Humberto; TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio; COSTA, Rodrigo Vieira. (Org.). **Direito, Arte e Cultura**. Fortaleza: Sebrae/Ce, 2008.

<sup>4</sup> RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Conceito de patrimônio cultural no Brasil: do conde de Galvéias à Constituição Federal de 1988. In: MARTINS, Clerton. (Org.). **Patrimônio cultural: da memória ao sentido do lugar**. São Paulo: Roca, 2006, p. 11.

<sup>5</sup> Loc. cit.

destinados às manifestações artístico-culturais;  
V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

A Constituição Federal, em seu artigo 216, escolheu a expressão *patrimônio cultural*, incluindo nesta expressão os termos *patrimônio artístico* e *patrimônio histórico*. Desse modo, a CF/88 superou uma concepção meramente histórica de cultura “em favor de uma concepção abrangente de todas as expressões simbólicas da memória coletiva, constitutivas da identidade de um lugar, uma região e uma comunidade.”<sup>6</sup>

Dito sob outro giro verbal, a expressão *patrimônio cultural* contida na CF/88 consagra o todo, um sentido de universalidade que contempla o interesse da união, dos estados e dos municípios. O conceito constitucional de patrimônio cultural deve ser visto de maneira orgânica e sistêmica, de maneira que sua unidade expressa a identidade nacional e sua significação transcende o sentimento popular em relação à própria cidadania.<sup>7</sup>

Todavia, não se deve entender o conceito de identidade nacional de maneira reducionista, fechada e estática. Como pondera Ortiz, “a identidade nacional é uma entidade abstrata e, como tal, não pode ser apreendida em sua essência. Ela não se situa junto à concretude do presente, mas se desvenda enquanto virtualidade, isto é, como projeto que se vincula às formas sociais que a sustentam”.<sup>8</sup>

Não obstante a amplitude do conceito de patrimônio cultural, apenas os bens e valores culturais diretamente ligados à identidade, à ação ou à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira são tutelados juridicamente.<sup>9</sup> A tutela jurídica dos direitos culturais encontra-se estampada no artigo 215 da CF/88:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

Ao proteger as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional, “a Constituição reconhece a existência de diversas etnias e, dentre estas, diversas

<sup>6</sup> CAMPELO, 1998 apud RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Conceito de patrimônio cultural no Brasil: do conde de Galvéias à Constituição Federal de 1988. In: MARTINS, Clerton (Org.). **Patrimônio cultural**: da memória ao sentido do lugar. São Paulo: Roca, 2006, p. 12.

<sup>7</sup> SILVA, José Afonso da. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

<sup>8</sup> ORTIZ, 1994 apud RODRIGUES, 2006, p.13.

<sup>9</sup> SILVA, op.cit.

culturas, que compõem a identidade cultural brasileira.”<sup>10</sup> Tal disposição, de estrutura aberta, afina-se ao conceito de multiculturalismo cunhado na Sociologia, o qual

não significa simplesmente pluralidade numérica de diferentes culturas, mas um espaço comunitário que é criado, garantido e encorajado dentro do qual diferentes comunidades são capazes de crescer no seu próprio ritmo. Ao mesmo tempo, significa a criação de um espaço público no qual essas comunidades são capazes de interagir, enriquecendo a vivência cultural e criando um novo consenso cultural no qual possam reconhecer os reflexos de suas próprias identidades.<sup>11</sup>

Do ponto de vista cultural, o constituinte originário acolheu uma sociedade conflituosa, com múltiplos valores que, por vezes, chocam-se no caso concreto. O caráter multifacetado do aspecto cultural brasileiro é peculiaridade essencial da construção democrática e da liberdade de expressão.<sup>12</sup> “Não existe nada mais rico do que a diversidade humana. Impor padronizações ou modelos culturais é ir de encontro à própria natureza do ser humano e, conseqüentemente, ir contra sua dignidade, princípio fundamental do Estado Brasileiro (art. 1º, inc.III)”<sup>13</sup>

Não se pode desvincular o conceito de direitos culturais do conceito de direitos fundamentais. Ambos são indissociáveis, na medida em que os direitos culturais, alicerçados no multiculturalismo, afirmam a dignidade humana e promovem o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, ou quaisquer outras formas de discriminação. Além disso, a característica básica dos direitos fundamentais é a sua proteção e aplicação direta, sem mediações normativas. (art. 5º, §1º CF/88). O direito igualitário à manifestação e à diversidade cultural contido no art. 215 da CF/88 possui plena eficácia, sem qualquer limitação ou necessidade de ulterior regulamentação.<sup>14</sup>

Portanto, o patrimônio cultural, em seu aspecto material ou imaterial, é objeto de proteção e tutela jurídica constitucional, vedando-se, em tese, quaisquer condutas que atentem contra a diversidade e o pluralismo cultural. Eventuais choques culturais *in concreto* devem ser resolvidos à luz da máxima da proporcionalidade e da ponderação de direitos.

<sup>10</sup> BAHIA, Carolina Medeiros. O caso da farra do boi no Estado de Santa Catarina: colisão de direitos fundamentais. In: MOLINARO, Carlos Alberto et al (Org.). **A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos**: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 399.

<sup>11</sup> BHABHA; PAREKH, 1989 apud SILVÉRIO, Valter Roberto. O multiculturalismo e o reconhecimento: mito e metáfora. *Revista USP*, São Paulo, n.42, p.44-55, jun./ago. 1999, p. 46-47.

<sup>12</sup> O pluralismo cultural é um dos princípios constitucionais culturais e consiste na existência e diversidade de expressão das mais diversas correntes de pensamento e manifestação cultural, de modo simultâneo, no seio da sociedade, sem que se estabeleça qualquer hierarquia entre eles. Sobre o tópico vide: CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p.45-46.

<sup>13</sup> LOPES, Ana Maria D'ávila; JUCÁ, Roberta Laena Costa. Redefinindo e promovendo os direitos fundamentais culturais. In: CUNHA FILHO, Francisco Humberto; TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio; COSTA, Rodrigo Vieira. (Org.). **Direito, Arte e Cultura**. Fortaleza: Sebrae/Ce, 2008, p.74.

<sup>14</sup> Ibid.

## 2. DO CONCEITO DE FAUNA E A TUTELA CONSTITUCIONAL DA FAUNA

Conforme preceitua Afonso da Silva, a fauna engloba “o conjunto de todos os animais de uma região ou de um período geológico [...]”<sup>15</sup>. A fauna possui três espécies: fauna silvestre, a fauna doméstica e a domesticada.

A fauna silvestre diz respeito a “todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras.” (art. 29, § 3º, Lei nº 9.605/8) Incluem-se aqui, por exemplo, os mamíferos, aves e répteis que vivem em liberdade na natureza, assim como insetos e animais marinhos, sejam nativos ou exóticos.

A fauna doméstica compreende os animais que mediante o emprego de técnicas de zootecnia tornaram-se domésticos, “apresentando características biológicas e comportamentais em estreita dependência do Homem, podendo apresentar caráter variável, diferente das espécies silvestre que os originou”.<sup>16</sup> É o caso do cão, do gato, do cavalo, etc.

A fauna domesticada é composta “por animais silvestres, nativos ou exóticos, que, por circunstâncias especiais perderam seus ‘habitats’ na natureza e passaram a conviver pacificamente com os homens, dele dependendo para sua sobrevivência.”<sup>17</sup> Incluem-se nesta categoria os animais de zoológicos, por exemplo.

O mais importante instrumento jurídico de proteção da fauna em nível internacional é a Declaração Universal dos Direitos dos Animais em 27.01.1978 da Unesco, tendo um Brasil como um dos signatários, apesar da ausência de ratificação até a presente data. A declaração consagra expressamente os animais como sujeitos de dignidade e de direitos, dispondo, por exemplo, que “nenhum animal será submetido nem a maus-tratos nem a atos cruéis.”<sup>18</sup>

A defesa dos animais não passou despercebida do constituinte originário. Abraçando a defesa do meio ambiente ecologicamente como direito fundamental, a Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente a proteção à fauna em seu artigo 225, § 1º, VII, verbis:

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

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4.ed. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p.193.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 193-194.

<sup>17</sup> DIAS, Edna Cardozo. **A tutela jurídica dos animais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 104.

<sup>18</sup> RODRIGUES, Danielle Tetü, **O direito & os animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Tal dispositivo é o que melhor evidencia o paradigma de proteção à fauna na Constituição Federal.<sup>19</sup> A sua amplitude é máxima, uma vez que não traça discriminações no tocante a fauna a ser tutelada. Ele abarca a fauna como um todo, seja ela a silvestre, a doméstica ou a domesticada.<sup>20</sup>

Portanto, todos os animais estão sob tutela jurídica, mesmo os que são encarados como objetos de propriedade. De fato, a velha concepção liberal de propriedade, que a enxergava como um direito absoluto do indivíduo em face do Estado cedeu lugar à relativização do instituto, de acordo com a sua função social e ambiental.

A submissão do animal à crueldade, portanto, é uma prática que deve ser vedada, por contrária à proteção da fauna e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Mas afinal, como definir uma prática cruel aos animais, do ponto de vista jurídico? Todos os dias, milhões de animais são mortos em abatedouros ou na mesa de experimentos de cientistas, por exemplo. Estaria sendo violado o preceptivo constitucional?

#### 2.1 O conceito de crueldade e o regime jurídico do artigo 225, VII, §1º da CF/88

Neste ponto faz-se necessária uma breve digressão sobre o conceito, o sentido e o alcance da vedação às práticas cruéis contra os animais, inserto no inciso VII, do § 1º do artigo 225 da CF/88. Segundo análise da psicanalista Suelena Pereira,

a crueldade está associada, na língua corrente, a desumanidade, ruindade, maldade violenta. Etimologicamente, deriva do latim *crudos*, palavra que designa o que contém sangue, sangrento, ensangüentado, cru; contempla também o sentido de algo que não sofreu atenuação civilizatória, bárbaro, primitivo. Podemos também definir cruel como aquele a quem apraz derramar sangue, causar dor, aquele que gosta de fazer o mal, atormentar, maltratar. A presença do prazer é uma constante nas definições de crueldade, aproximando-a do sentido do sadismo.<sup>21</sup>

O regime jurídico conferido à fauna pelo ordenamento jurídico brasileiro é alvo de cizânia doutrinária, pois duas vertentes principais defendem posições antagônicas, *i.e.*, a corrente centrada em valores humanos, dita antropocêntrica e a centrada em valores sistêmicos, dita ecocêntrica ou biocêntrica.

Segundo a corrente antropocêntrica clássica, o homem ocupa uma

<sup>19</sup> SILVA, 2003.

<sup>20</sup> FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 9.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>21</sup> PEREIRA, Suelena Werneck. Dominação e crueldade: articulações e distinções. **Cad. Psicanál. –SPCRJ**, Rio de Janeiro, v.23, n.26, p.233-257, 2007, p. 251.

posição hierarquicamente superior aos animais e à natureza, de maneira que a ele é dado o direito de explorar os recursos naturais. Nessa lógica, a proteção à fauna somente faria sentido até o ponto em que atendesse às necessidades e aos interesses humanos, de maneira que o artigo 225, § 1º, VII da CF/88 visa à proteção do homem e não do animal. “Isso porque a saúde psíquica do homem não lhe permite ver, em decorrência de práticas cruéis, um animal sofrendo. Com isso, a tutela da crueldade contra os animais fundamenta-se no sentimento humano, sendo este – o homem - o sujeito de direitos.”<sup>22</sup> A corrente antropocêntrica recusa-se a reconhecer nos animais não humanos a titularidade de direitos:

Sem dúvida, os animais e as plantas merecem proteção e respeito, porque o princípio vital está acima da própria existência humana, mas não porque tenham direitos ou interesses próprios, pois Direito é apenas uma noção de valor e coerção que os próprios homens criaram para viver em sociedade. [...] se os animais tivessem direitos ou interesses, eles os teriam mesmo sem os homens. Não haveria, porém, qualquer valoração jurídica possível para uma agressão a um animal num mundo em que não houvesse homens, o que mostra que a titularidade de direitos é dos homens, não dos animais considerados em si mesmos.<sup>23</sup>

À luz do antropocentrismo, a crueldade apenas se manifesta se a prática submeter o animal a um sofrimento além do absolutamente necessário. Em outras palavras, “se a prática contra o animal não tiver por finalidade proporcionar ao homem uma sadia qualidade de vida ou, na hipótese de estar presente esse propósito, os meios empregados não forem absolutamente necessários à atividade.”<sup>24</sup>

Autores como Morato Leite e Araújo Ayala defendem uma vertente moderada da visão centrada na pessoa, chamada de antropocentrismo alargado. Nesse paradigma, o homem ainda está no centro das preocupações, mas interage com a natureza de maneira muito mais respeitosa e compromissada, primando pela sustentabilidade e pela preservação dos recursos naturais para as próximas gerações. O antropocentrismo alargado inclui o conceito de responsabilidade social perante o meio ambiente, a ser executado pelo Estado e por toda a coletividade. “Nesta proposta há uma ruptura com a existência de dois universos distantes, o humano e o natural, e avança-se no sentido de interação destes. Abandonam-se as ideias de separação, dominação e submissão e busca-se uma interação entre os universos distintos e a ação humana.”<sup>25</sup>

A *contrario sensu*, a corrente biocêntrica retira o homem da centralidade

<sup>22</sup> FIORILLO, 2008, p.142.

<sup>23</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 18.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p.144.

<sup>24</sup> FIORILLO, loc. cit.

<sup>25</sup> LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito Ambiental na sociedade de risco**. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 56.

valorativa, gerando um equilíbrio deste em relação à fauna e à flora. “Caracterizam-se por atribuir uma dignidade própria aos elementos naturais, encarando-os como portadores de um valor intrínseco e pela exigência de que seus interesses e valores sejam objetos de consideração jurídica e moral”.<sup>26</sup>

O Animal possui vida e direito à vida, exatamente por isso, precisa ser respeitado. Em outras palavras; é obrigatório compreender o direito à vida dos Animais não-humanos igualmente ao direito dos humanos, ou seja, há de ser reverenciada a vida em sua existência até os limites naturais. Seres sensíveis, com capacidade de sofrer, independentemente do grau da dor ou da capacidade de manifestação, devem ser respaldados pelo princípio da igualdade e fazem jus a uma total consideração ética. Inflingir dor aos animais não-humanos não desculpa qualquer tese de domínio dos interesses do homem, sobretudo quando o fim é a lucratividade.<sup>27</sup>

O biocentrismo coloca o próprio ecossistema como centro e reconhece o valor da vida dos animais não-humanos e da flora, todos em interdependência com a raça humana. A ética, outrora centrada no ser humano, verte-se para uma consideração profunda sobre o equilíbrio da teia da vida e da sustentabilidade ecológica.<sup>28</sup> Nesse contexto, o artigo 225, §1º, VII da CF/88 defere aos animais a titularidade de direitos e de dignidade, de maneira que quaisquer atos humanos que atentem contra a sua vida, integridade física ou psicológica, não importando o motivo, devem ser alvo de reproche e sanção penal.

A doutrina de Sarlet e Fensterseifer defende a necessidade de repensar a concepção individualista e antropocêntrica de dignidade e avançar rumo a uma compreensão ecológica da dignidade da pessoa humana e da vida em geral:

A Constituição Federal brasileira, no seu art. 225, § 1º, VII, enuncia de forma expressa a vedação de práticas que “provocuem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade”, o que sinaliza o reconhecimento, por parte do constituinte, do valor inerente a outras formas de vida não-humanas, protegendo-as, inclusive, contra a ação humana, o que revela que não se está buscando proteger (ao menos diretamente e em todos os casos) apenas o ser humano. É difícil de conceber que o constituinte, ao proteger a vida de espécies naturais em face de sua ameaça de ex-

<sup>26</sup> BAHIA, 2008, p.402.

<sup>27</sup> RODRIGUES, 2008, p. 209-210.

<sup>28</sup> O biocentrismo não é uma visão romântica ou utópica defendida por uns poucos, como sói imaginar. Antes, é uma visão com profunda base filosófica e científica, que desconstruiu todo o modelo mecanicista e analítico de Newton – Descartes, outrora reinante nas ciências da natureza e humanas. Autores como Tom Reagan, Peter Singer, Fritjof Capra, Edgar Morin, Arne Naess, Warmick Fox e James Lovelock, só para citar alguns exemplos, são entusiastas de um modelo que enxerga a profunda interdependência e reciprocidade entre todos os seres da natureza, os quais se envolvem na mesma teia da vida. Nesse sentido, autores como Capra (2006), por exemplo, propõem a noção de Ecologia Profunda (*Deep Ecology*), de maneira a redimensionar a relação homem-natureza, *i.e.*, passar de uma postura de exploração para uma postura de comunhão integral com o patrimônio natural, *i.e.*, na reverência e consideração por todos os integrantes da teia da vida.



tinção, estivesse a promover unicamente a proteção de algum valor instrumental de espécies naturais; pelo contrário, deixou transparecer uma tutela da vida em geral nitidamente não meramente instrumental em relação ao ser humano, mas numa perspectiva concorrente e interdependente. Especialmente no que diz com a vedação de práticas cruéis contra os animais, o constituinte revela de forma clara a sua preocupação com o bem-estar dos animais não-humanos e a refutação de uma visão meramente instrumental da vida animal. A Constituição também traz de forma expressa no mesmo dispositivo a tutela da função ecológica da flora e da fauna, o que dá a dimensão de sistema ou ecossistema ambiental, no sentido de contemplar a proteção integrada dos recursos naturais (aí incluído o ser humano). Dessa forma, está a ordem constitucional reconhecendo a vida animal como um fim em si mesmo, de modo a superar o antropocentrismo kantiano.<sup>29</sup>

Não obstante a prevalência do paradigma antropocêntrico, em sua modalidade alargada, a comunidade científica, aos poucos, vem defendendo o paradigma biocêntrico, de maneira a transformar os animais em sujeitos de dignidade e de direitos. Vindo a prevalecer tal vertente, seria a concretização do que Michel Serres chama de contrato natural, ou seja, um novo pacto entre o homem e a natureza mediante o qual se freia o parasitismo e a espoliação humana dos recursos naturais, os quais são ressignificados na forma de sujeitos de direitos e não simples suportes passivos de apropriação.<sup>30</sup>

### 3. DESCRIÇÃO E ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA FARRA DO BOI

Segundo Eugênio Lacerda, a farra do boi é uma manifestação folclórica que desprende-se no contexto da cultura do boi no Brasil. Tem como traço peculiar o comparecimento do boi *in natura* a um local onde se trava um combate dramático ou de tauromaquia.<sup>31</sup> A farra do boi é um evento que consiste “em submeter o animal à fobia do público, que o persegue e machuca durante o trajeto. O animal, cortado e ensangüentado, é sacrificado no final da brincadeira.”<sup>32</sup> É uma prática que congrega inúmeras pessoas que unem celebração à tortura animal. Confira-se a seguinte descrição:

um boi-de-campo (ou vários bois), necessariamente bravo, arisco e corredor, é escolhido e comprado por um grupo de farristas, mediante uma lista de sócios. [...] A soltada do boi reveste-se de

<sup>29</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: MOLINARO, Carlos Alberto et al. (Org.). **A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.197.

<sup>30</sup> SERRES, Michel. **O contrato natural**. Tradução de Serafim Ferreira. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

<sup>31</sup> LACERDA, 1994 apud BAHIA, Carolina Medeiros. A Farra do Boi à luz do princípio da proporcionalidade. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros (Org.). **Direito Ambiental Contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004, p. 76.

<sup>32</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela constitucional do meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2008, p.238.



uma euforia inigualável. São centenas de pessoas aguardando a chegada do animal, anunciada por foguetes e buzinas durante o trajeto. A partir daí, passa a ser objeto de brincadeiras – pegadas, correrias, lides, procuras, ataques e fugas – em lugares os mais diversos: normalmente onde há mato, pastos, morros e praias; também se dá em áreas marcadas e cercadas (mangueirões); em bairros, praças e ruas centrais das cidades e vilarejos. Cria-se uma atmosfera imprevisível, pois a expectativa dos farristas é brincar com a fúria do boi. Atravessa-se a noite toda atrás do animal quando este não se perde mato adentro [...].<sup>33</sup>

Segundo preconiza Carolina Bahia, é possível distinguir quatro etapas na farrada do boi: 1) constituição da lista de associados<sup>34</sup>, etapa em que os “farristas” se reúnem com vistas à arrecadação de verbas para a aquisição do boi; 2) escolha do boi, fase em que o grupo se dirige a uma fazenda a fim de negociar um boi bravo e por baixo preço; 3) soltada do boi no local determinado, tornando-se alvo de tauromaquia, com pegadas, provocações com gritos e varas e perseguições mata adentro e 4) sacrifício, etapa final do evento, ocasião em que a carne do animal é rateada entre todos os associados.<sup>35</sup>

A dominação dos animais pela raça humana tem raízes na tradição judaico-cristã e com a filosofia grega clássica consolidada por Platão<sup>36</sup>, que provocou um rompimento entre o mundo dos homens e o mundo da natureza, privilegiando o primeiro em detrimento do último, por conta da supremacia da ideia. Aristóteles, por seu turno, desenvolveu a ideia da supremacia humana sobre a Natureza e sobre todos os outros animais não-humanos<sup>37</sup>, os quais deveriam servir àqueles.<sup>38</sup>

<sup>33</sup> LACERDA, 1994 apud BAHIA, 2008, p.408-409.

<sup>34</sup> A autora se reporta à constituição de uma “lista de sócios”. Todavia por não se tratar de atividade lucrativa, mas sim recreativa, opta-se pela utilização da nomenclatura de “associados” ao invés de “sócios”.

<sup>35</sup> BAHIA, 2008, op.cit.

<sup>36</sup> Na Antiguidade, variadas civilizações atribuíam a animais uma força simbólica grande a ponto de considerá-los divinos, tais como a vaca na Índia, a qual ainda hoje é reverenciada na religião hindu. Para o Budismo, religião surgida no século VI a.C, o homem precisa demonstrar compaixão para com todos os seres vivos, assumindo votos de não matar em caráter universal. Na filosofia grega pré-socrática, inseria-se o ambiente numa perspectiva cósmica. Filósofos como Pitágoras (565-497 a.C), por exemplo, assumiram uma atitude compassiva perante os animais, livrando-os de opressões. Todavia, com os sofistas surgia a cultura antropocêntrica, a qual seria respaldada pela filosofia clássica inaugurada por Sócrates. A cultura judaico-cristã teve um marco decisivo na estabilização da visão antropocêntrica. É que ao afirmar que Deus teria criado o homem à sua imagem e semelhança, o homem foi dotado de um poder que o diferenciou dos demais seres, inclusive da mulher. Sobre o tópico vide: GONÇALVES, Carlos Walter Porto. **Os des(caminhos) do meio ambiente**. São Paulo: Contexto, 2000.

<sup>37</sup> Sob um prisma psicológico, as demonstrações de subjugação de animais são mecanismos de afirmação da lei do mais forte. Após as guerras de conquistas, em tempos remotos, os vencedores costumavam exibir escravos e animais exóticos capturados em terras estrangeiras. Na Roma antiga, o divertimento e a recreação se davam por meio de força e subjugação sádicas. No Coliseu romano, no início da Era Cristã, os imperadores promoviam entretenimento para a plebe mediante combates entre gladiadores e feras. Sobre o tópico vide: LEVAL, Laerte Fernando. **Direito dos Animais**. 2.ed. rev. ampl. e atual. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004, p.53

<sup>38</sup> RODRIGUES, Danielle Tetü, 2008, op. cit.

O costume da farra do boi integra uma manifestação cultural a um ritualismo tradicional que data de tempos imemoriais, que envolve a ideia de poder, divindade e sacrifício de animal consagrado como remissão de pecados. “Podemos buscar suas origens rituais nos cultos de Mithra na Pérsia ou nos cultos dionisíacos da Grécia.”<sup>39</sup> Nos antigos palácios da civilização cretense, costumava-se implementar um ritual em que um touro consagrado era conservado vivo por certo período, liturgicamente simbólico, para depois ser “imolado por um sacerdote, talvez pelo soberano.”<sup>40</sup> Confira-se, por oportuno, o simbolismo do touro nas diversas sociedades:

Foi venerado pelos povos primitivos, como elemento de culto da força e da virilidade, e a sua cabeça, depois de descarnada, era guardada religiosamente, após as caçadas rituais... Algumas espécies de touros menos bravias puderam ser domesticadas pelo homem, que começou também a venerá-las como símbolo de trabalho e de fertilidade... Os sumérios, que chamavam Ur ao touro selvagem, deram esse nome à capital e admiravam a fúria e o poder do touro. Os egípcios, que o denominavam Apis, adoravam-no em louvor de Osíris, deus do sol, pela faculdade de fertilizar a terra... Os gregos, após a domesticação dos touros (...) ofereciam-nos, como prenda coletiva, nas festas matrimoniais, porque consideravam símbolo dos árduos trabalhos que adviriam para os nubentes... Os povos da antiga Península Itálica impunham a pena capital a quem matasse o touro, chamavam-no Itates e, segundo alguns autores, foi desta palavra que derivou o nome Itália... O touro das lezírias de Portugal recorda-nos as arcadas da Caldeia e de Creta.<sup>41</sup>

Não é à toa que a farra do boi ocorre principalmente durante os festejos da Semana Santa, especialmente da quarta-feira ao Sábado de Aleluia. No Domingo de Páscoa, após o jejum de carne da Sexta-Feira Santa o boi é sacrificado e sua carne é repartida entre os farristas. Dito sob outro giro verbal, “[...] o boi é tornado objeto sacrificial, oferecido como hóstia repartida aos consortes.”<sup>42</sup> Entretanto, a farra do boi pode ocorrer a qualquer tempo, ao longo de um ano, tais como Natal, Carnaval, Ano Novo, etc.<sup>43</sup>

Trata-se de um evento praticado em solo catarinense há várias gerações, desde a época da colonização. Originou-se a partir do povoamento da costa litorânea do Estado de Santa Catarina pelos luso-brasileiros a partir da segunda metade do século XVII e pela ocupação do estado por açorianos em meados do

<sup>39</sup> LACERDA, Eugênio Pascele. Farra do Boi: a história e a polêmica. In: BASTOS, Rafael José de Menezes. (Org.). **Dionísio em Santa Catarina**: ensaios sobre a farra do boi. Florianópolis: EdUFSC, 1993, p.119.

<sup>40</sup> SERRA, Ordep J. Trindade. O touro no mediterrâneo: reflexões sobre simbolismo e ritual. In: BASTOS, Rafael José de Menezes. (Org.). **Dionísio em Santa Catarina**: ensaios sobre a farra do boi. Florianópolis: EdUFSC, 1993, p.44

<sup>41</sup> BARRETO, 1970 apud FLORES, Maria Bernardete Ramos. A farra do boi: entre o mito e o fantástico, riso rabelaisiano. In: BASTOS, Rafael José de Menezes. (Org.). **Dionísio em Santa Catarina**: ensaios sobre a farra do boi. Florianópolis: EdUFSC, 1993, p. 129.

<sup>42</sup> LACERDA, 1993, p.117.

<sup>43</sup> Ibid.

século XVIII, por ordem de D. João VI. Neste período era tradicional a prática de touradas por todo o arquipélago dos Açores, sendo a farra do boi uma tradição importada pelos colonizadores.<sup>44</sup>

Segundo Mascarenhas Barreto a prática da Tourada e outros jogos com touros, em território que hoje corresponde a Portugal se perde na imensidão dos tempos, indo das caçadas rituais neolíticas até a atual tourada com “ferros” compridos e curtos, sendo a prática bem documentada.<sup>45</sup> Todavia, no tocante à farra do boi, há um vácuo de registros sobre o costume em terras catarinenses desde o aporte dos imigrantes no século XVIII até meados do século XX.

O evento é tradicional em pelo menos 12 municípios do litoral próximo à capital catarinense: Garopaba, Paulo Lopes, Palhoça, Santo Amaro da Imperatriz, Biguaçu, Governador Celso Ramos, Tijucas, Porto Belo, Itapema, Camboriú, Penha e Barra Velha.<sup>46</sup> Não possuiu maior notoriedade até meados do século XX. Contudo, a partir da década de 60 do século passado, com o desenvolvimento da infra-estrutura, a construção do polo acadêmico da Universidade Federal de Santa Catarina e a consolidação do turismo, Santa Catarina passou a atrair turistas, intelectuais e ambientalistas, emergindo a partir daí uma nova consciência moral que passou a valorizar a flora e a fauna.

Portanto, a partir do *boom*, trazido pela implantação da Universidade e da ELETROSUL, das estradas de ligação com o interior e outros Estados, da exploração do turismo, da onda ecológica que deslocou brasileiros de todas as partes do Brasil para a linda e quase intocada Ilha de Santa Catarina, o que vamos ver é uma transfiguração econômica e social não só de Florianópolis, mas, em boa parte, de todo o litoral catarinense.<sup>47</sup>

Na segunda metade da década de 80 do século XX a farra do boi passa a ser visada internacionalmente e o governo recebe bastante pressão para coibir a sua prática.<sup>48</sup> Em 1988, diversos grupos de ecologistas invadiram o litoral catarinense, forçando o governador a reprimir a farra do boi no Estado. Demais disso, inúmeros telegramas, cartas e abaixo-assinados vieram de Brasília, de ecologistas brasileiros e de estrangeiros.<sup>49</sup>

Não obstante a condenação do evento perante o STF em 1997 e a criminalização da prática com a Lei 9.605/98, ainda hoje, por ocasião da Semana Santa, é comum estranhamentos entre os farristas e a polícia. Segundo denuncia a edição virtual do Diário Catarinense, neste ano de 2010, a Polícia Militar flagrou a prática da farra do boi na cidade de

<sup>44</sup> Ibid., p. 116.

<sup>45</sup> BARRETO, 1970 apud FLORES, 1993.

<sup>46</sup> DIAS, 2000.

<sup>47</sup> FLORES, Maria Bernardete Ramos. **A farra do boi**: palavras, sentidos, ficções. Florianópolis: EdUFSC, 1997, p.64.

<sup>48</sup> FLORES, 1997.

<sup>49</sup> CHAVES, 1992 apud BAHIA, 2008.

Navegantes, no litoral norte de Santa Catarina.<sup>50</sup> Afinal, o que deve prevalecer: a manifestação de uma tradição cultural açoriana ou a proteção à fauna? É o que se analisará a seguir.

#### 4. A FARRA DO BOI EM SANTA CATARINA: MANIFESTAÇÃO CULTURAL QUE IMPLICA EM CRUELDADE CONTRA OS ANIMAIS

A farra do boi, como uma variação dos rituais de tauromaquia açoriana no período da colonização, insere-se entre as formas de expressão da cultura portuguesa no Brasil, especificamente no estado de Santa Catarina. O folgado é uma referência à identidade, à ação e à memória dos portugueses, os quais contribuíram para a formação da sociedade brasileira. Nítido é o enquadramento da farra do boi na definição constitucional de patrimônio cultural brasileiro, a teor do artigo 216 da CF/88.<sup>51</sup>

Segundo Bastos (1993) a farra do boi é uma manifestação local catarinense das várias outras que compõem o ciclo do boi no Brasil, tais como a vaquejada nordestina ou o rodeio gaúcho. Tal manifestação promove uma interligação local-nacional das culturas populares tradicionais brasileiras das diversas regiões do país, conferindo-lhe uma identidade nacional.<sup>52</sup> É o que o folclorista Doralécio Soares chama de variante regional do Bumba-meu-boi nordestino.<sup>53</sup>

A farra do boi expressa a cultura popular, mas apesar de ter sido inaugurada por pescadores de origem açoriana, isso não significa que seja praticada apenas por populares. Não há homogeneidade de classes sociais, pois participam da festa tanto os habitantes tradicionais de regiões litorâneas de Santa Catarina, como políticos, professores universitários, fazendeiros, etc.<sup>54</sup> A festa caracteriza-se por ser um momento de total quebra das regras sociais, um momento orgiaco, de ebriedade coletiva, que desafia por completo os padrões morais da sociedade.

Liberados os potenciais farristas da rotina do trabalho, dedicam-se eles a grandes libações alcoólicas comunitárias. Nota-se que aqui a resistência a grandes quantidades de bebida, sem embriaguez imediata, parece constituir-se num valor de coragem e bravura – quanto mais bebe um homem e, simultaneamente, quanto mais ele pareça não distanciar-se do auto-controle, mais ele será valorizado, epicamente. Note-se que não se trata aqui, nestes momentos de encontro nos bares dos bairros, de manter-se normal. Muito pelo

<sup>50</sup> PM flagra farra do boi em Navegantes, no litoral norte de Santa Catarina. Diário Catarinense Online, Florianópolis, 15 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.clicrbs.com.br/diariocatarinense/jsp/default.jsp?uf=2&local=18&section=Geral&newsID=a2838819.xml>>. Acesso em: 19 dez. 2010.

<sup>51</sup> BAHIA, op.cit.

<sup>52</sup> BASTOS, Rafael José de Menezes. Introdução. In: BASTOS, Rafael José de Menezes. (Org.). **Dionísio em Santa Catarina**: ensaios sobre a farra do boi. Florianópolis: EdUFSC,1993, p.14.

<sup>53</sup> SOARES, 1978 apud BASTOS, 1993, p.15.

<sup>54</sup> FLORES, 1993.

contrário, o que a bebida deve agora propiciar é a aquisição de um ethos animado, quer dizer, eufórico e empático, e ao mesmo tempo largamente associativo – o bebedor deve ser um camarada, membro da turma.<sup>55</sup>

O evento, à medida que ganhou destaque na mídia e foi alvo de críticas de grupos protecionistas dos animais, tornou-se ainda mais desafiadora, revelando a teimosia e a resistência de um grupo cultural em não abdicar de suas tradições. De acordo com Lacerda, “na realidade, tal fenômeno encerra uma situação de choque cultural: a sociedade civilizada contra grupos étnicos minoritários de pescadores”.<sup>56</sup>

Todavia, em que pesem os argumentos de uniformização cultural e de choque entre culturas, não se pode perder de vista que a farra do boi representa muito mais do que uma simples brincadeira, como defende Ramos Flores.<sup>57</sup> Indiscutivelmente compreende uma série de atos de tortura e crueldade, em que o boi é perseguido e lesionado por dias, até a completa exaustão e o sacrifício final. Com acuidade, Edna Dias descreve o ritual:

Munidos de paus, pedras, açoites e facas, participam da farra homens, mulheres, velhos e crianças. Assim que o boi é solto, a multidão o persegue e o agride incessantemente. O primeiro alvo são os chifres, quebrados a pauladas. Em seguida, os olhos são perfurados. A tortura só termina quando o animal, horas depois, já com vários ossos quebrados, não tem mais forças para correr às cegas, sendo definitivamente abatido e carneado para um churrasco.<sup>58</sup>

É inegável que o episódio provoca mutilação no animal, levando-o à exaustão, à tortura física e psíquica. Acuado e desesperado diante de gritos, gargalhadas e provocações, o boi busca, em vão, fugir dos farristas. Muitos bois vão ao encontro do mar e morrem afogados.

Desse modo, a violência contra os animais envolvida no folguedo dispõe contra os valores universais insculpidos na Constituição Federal. Ademais, não se harmoniza com a tendência atual que busca redimensionar a relação homem-natureza, mediante uma cultura de respeito e amor à natureza, com vistas à consecução da sustentabilidade ecológica.

Cynthia Hodges aponta uma correlação entre os abusos contra os animais, violência familiar e outras formas de violência comunitária. Dessa maneira, a autora estabeleceu uma relação entre assassinatos e a prática de crueldade contra animais no passado. Quando as pessoas testemunham ou participam de atos de crueldade contra animais, perdem a sensibilidade ao sofrimento, de maneira a se tornarem pessoas naturalmente violentas.<sup>59</sup>

<sup>55</sup> BASTOS 1989 apud FLORES, 1993, p.140-141.

<sup>56</sup> LACERDA, 1993, p.121.

<sup>57</sup> FLORES, 1993, op.cit.

<sup>58</sup> DIAS, 2000, p 206.

<sup>59</sup> HODGES, Cynthia. The link: cruelty to animals and violence towards people. Michigan State

Dessa maneira, as provocações e crueldade contra os animais são maus exemplos que são passados às crianças ainda em tenra idade, com lesivo potencial na formação de suas personalidades.

Quando a própria manifestação cultural implica em agressões ao meio ambiente natural, como é o caso da farra do boi, a colisão entre os direitos fundamentais deve ser ponderada à luz da máxima da proporcionalidade, a fim de se efetivar o direito fundamental mais forte no caso concreto. Não se pode simplesmente considerar a proteção à expressão cultural, sem antes balanceá-la com a proteção à fauna contra crueldade e maus-tratos.

Deslocando-se o foco, pode-se ainda afirmar que a manifestação folclórica provoca danos que vão além de considerações relativas à proteção da fauna. De fato, a euforia gerada pelo evento e o desespero do animal têm potencial para causar danos físicos e patrimoniais a muitas pessoas.

Em abril de 1997, à guisa de ilustração, a artista plástica Maria Cristina de Oliveira, enquanto tomava café com a família, teve sua casa invadida por um boi de meia tonelada, todo ensangüentado. Os farristas seguiram o animal e continuaram fustigando o animal, para que ele morresse aos poucos de dor e cansaço. A artista teve a sua casa destruída e seus filhos ficaram cheios de hematomas, pois o boi desabou por cima deles, ao fugir da multidão.<sup>60</sup>

Nas últimas duas décadas a prática da farra do boi sofreu dois grandes golpes. O primeiro foi dado no ano de 1997, quando o STF julgou-a inconstitucional, nos autos do recurso extraordinário de nº 153.531-8 SC, conforme abaixo se analisa. O segundo golpe veio com a aprovação da Lei nº 9.605/98, conhecida como a Lei dos Crimes Ambientais. O artigo 32 do referido diploma normativo criminaliza a prática de atos de abuso, maus-tratos, ferimento ou mutilação de animais em geral, sejam silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos. Os infratores estão sujeitos a detenção de três meses a um ano, além de multa. Desse modo, o art. 32 da Lei nº 9.605/98 impede a realização da farra do boi, uma vez que os atos de crueldade contra animais são instrumentais ao festejo.

Por vezes esse tipo penal adquire maior complexidade. É o caso da chamada “farra-do-boi”, praticada em Santa Catarina pela população de origem açoriana. Argumenta-se que se está aí a defender o meio ambiente cultural. Sem razão, contudo, pois a cultura não pode ser exercida com o sofrimento dos animais, no caso os bois. [...] Tal prática deve ser fiscalizada e reprimida, quando necessário.<sup>61</sup>

Enfim, a priorização da defesa da fauna frente a interesses de ordem

---

University College of Law, Michigan, 2008. Disponível em: <[http://www.animallaw.info/articles/arus2008hodges\\_link.htm](http://www.animallaw.info/articles/arus2008hodges_link.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2010.

<sup>60</sup> DIAS, 2000.

<sup>61</sup> FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza**: de acordo com a Lei 9.605/98. 8.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.109.

cultural, mostra que o Brasil se harmoniza com o esforço transnacional de proteção e defesa do meio ambiente natural. Em caráter específico, afina o país com os ditames da Declaração Universal dos Direitos dos Animais de 1978. Representa um passo à frente em prol de uma visão ecocêntrica, *i.e.*, de uma reconfiguração da relação homem-natureza, dentro dos ditames do contrato natural.

## 5 A FARRA DO BOI PERANTE A JURISPRUDÊNCIA DO STF

Por conta da ampla repercussão negativa que sofreu a farra do boi a partir da segunda metade da década de 80 do século passado e da inércia das autoridades públicas em coibir tal prática, em 1989 a Associação de Amigos de Petrópolis – Patrimônio, Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia (APANDE), Liga de Defesa dos Animais (LDA), Sociedade Zoológica Educativa (SOZED) e a Associação Protetora dos Animais (APA) ingressaram com ação civil pública contra o Estado de Santa Catarina, com vistas à imediata proibição da farra do boi.

A referida ação foi julgada improcedente sem a resolução do mérito pelo juiz de primeiro grau, por carência, sob o argumento de impossibilidade jurídica do pedido. Desse modo, a sentença foi impugnada mediante recurso de apelação junto ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, recebendo o nº 35.913. O acórdão resultante da referida apelação perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina reformou a sentença no tocante à carência da ação. Todavia, ao analisar o mérito, concluiu que a farra do boi é uma manifestação cultural que, em si mesma, não constitui uma prática cruel. Dessa maneira, apenas excepcionalmente, quando os farristas empregarem meios algozes no tratamento com o animal, deve o Estado reprimir os abusos.

O caso da farra do boi foi remetido ao Supremo Tribunal Federal mediante a interposição do Recurso Extraordinário de nº 153.531-8 SC pelas entidades de defesa dos animais. A 2ª Turma do STF, à ocasião, por maioria, deu provimento ao recurso, de maneira a dar prioridade à proteção da fauna diante de eventuais conflitos com o direito à proteção da manifestação cultural. Confira-se o acórdão:

COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE- PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”.<sup>62</sup>

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Costume- manifestação cultural- estímulo- razoabilidade- preservação da fauna e da flora – animais – crueldade. Recurso Extraordinário nº 153.531-8-SC. Recorrente: Associação dos Amigos de Petrópolis – Patrimônio, Proteção aos Animais e Defesa da Ecologia e outros. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Francisco Rezek, Brasília, DF, 03 de julho de 1997, DJU de 13.03.1998, p.13.



Na ocasião duas posições vieram à baila e dividiram os quatro ministros: a primeira defendida pelo Ministro Relator Francisco Rezek, de nítida inclinação favorável à proteção da fauna e contrária à farra do boi; a segunda defendida pelo Ministro Maurício Corrêa, que considerava no evento uma manifestação cultural autêntica constitucionalmente assegurada. Ao final, logrou êxito a primeira vertente, defendida pelo relator Francisco Rezek, a qual foi seguida pelo Ministro Marco Aurélio e Néri da Silveira. Confira-se um fragmento do voto da relatoria:

De resto, com a negligência no que se refere à sensibilidade dos animais anda-se meio caminho até a indiferença a quanto se faça a seres humanos. Essas duas formas de desídia são irmãs e quase sempre se reúnem.

[...]

O acórdão recorrido, embora corrigindo um erro – a qualificação do pedido como juridicamente impossível –, entendeu-o im procedente com dois argumentos. Primeiro, isso não seria uma prática cruel ou violenta, mas uma “manifestação cultural”. Há abusos sim, mas os abusos não seriam a regra, seriam a exceção. E a segunda matriz da decisão do Tribunal de Justiça é a tese de que o poder público estaria atento. O Tribunal reconhece que a “manifestação cultural” conduz à crueldade dos abusos, mas o poder público está atento...

[...]

Não posso ver como juridicamente correta a idéia de que em prática dessa natureza a Constituição não é alvejada. Não há aqui uma manifestação cultural com abusos avulsos; há uma prática abertamente violenta e cruel para com os animais, e a Constituição não deseja isso.

Bem disse o advogado da tribuna: manifestações culturais são as práticas existentes em outras partes do país, que também envolvem bois submetidos à farra do público, mas de pano, de madeira, de “papier maché”; não seres vivos dotados de sensibilidade e preservados pela Constituição da República contra esse gênero de comportamento.<sup>63</sup>

Repare-se o caráter extremado do voto do Ministro Rezek: ao argumentar a favor da proteção à fauna contra atos de crueldade, chega a negar à farra do boi o *status* de manifestação cultural e com requintada ironia profliga o julgamento da instância inferior. Contudo, como é possível sustentar tal argumento, quando é cediço que a farra do boi “[...] é portadora de referência à identidade, à ação, à memória dos portugueses, um dos grupos formadores da sociedade brasileira?”<sup>64</sup>

<sup>63</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto em Recurso Extraordinário**. Proc. nº 153.531-8/SC. Costume. Manifestação Cultural. Estímulo. Razoabilidade. Preservação da fauna e da flora. Animais. Crueldade. Ministro: Francisco Rezek. Brasília, DF, jun. 1996.

<sup>64</sup> BAHIA, 2008, p.421.



Não obstante o acerto no julgamento, pois à luz da regra da proporcionalidade e das circunstâncias da farra do boi, a proteção dos animais contra atos de crueldade deve eclipsar *in concreto* e transitoriamente o direito à manifestação cultural, carece o voto do ministro de método e consistência argumentativa. É que “ao enxergar a proibição dos atos de maus-tratos contra os animais como um limite constitucional à liberdade de ação cultural, o ministro termina por determinar, no plano abstrato, uma hierarquia entre estes dois valores”.<sup>65</sup>

Como preconiza Robert Alexy não deve existir hierarquia entre direitos fundamentais no plano abstrato. *A priori*, nenhum direito fundamental se coloca em plano superior ou inferior. Apenas diante de um conflito *in concreto* é que o método da ponderação permeado pela máxima da proporcionalidade deverá afastar um princípio em prol da execução momentânea do outro.<sup>66</sup>

Isso não significa que o princípio afastado deve ser declarado inválido, nem que deve nele ser inserida uma exceção. “Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.”<sup>67</sup> Faltou ao julgamento esta dimensão argumentativa, de maneira a encerrar o problema à luz da ponderação de direitos fundamentais. Ao invés disso, optou o ministro pelo caminho dos extremos, *i.e.*, o de negar o conflito de normas de direito fundamental; o de negar à farra do boi o caráter de uma manifestação cultural.

Ressalte-se ainda que o voto do Ministro Rezek adotou um viés antropocêntrico. Isso se torna aparente ao defender que a insensibilidade quanto ao sofrimento dos animais é meio caminho andado para a indiferença quanto a atos de crueldade contra seres humanos. Na verdade a proteção aos animais, no contexto deste voto, não se dá porque os animais possuem uma dignidade intrínseca. Ao contrário disto, a proteção à fauna é um instrumento para se atingir um nível mais elevado de civilidade, de ascensão do espírito humano em prol de uma consecução da dignidade humana.

---

<sup>65</sup> Loc. cit.

<sup>66</sup> ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p.93.

Percebe-se que um dos núcleos que sustentam a decisão do Sr. Ministro é uma visão antropocêntrica na medida em que o que se destaca é o fato de que a Constituição contém um projeto de civilização. Uma civilização de tal sorte refinada, que reprime todo tipo de abusos.

A proteção aos animais tem sentido porque a prática cruel pode levar à prática de crueldade contra os humanos, o que é intolerável para o sistema. Neste quadro a proibição de maus tratos, a vedação da crueldade contra os animais seria um refinamento do espírito humano rumo a um processo civilizatório.<sup>68</sup>

Por seu turno, o voto vencido do Ministro Maurício Corrêa toma o caminho diametralmente oposto, ou seja, insufla o direito à preservação do direito ao patrimônio cultural ao mesmo tempo em que menoscaba o direito de proteção à fauna:

11. [...] a manifestação popular dissentida pelos autores é uma tradição cultural regionalizada, e, como manifestação cultural há de ser garantida e assegurada pelo Estado (art. 215 e §1º, da CF), pois é patrimônio cultural de natureza imaterial do povo e expressa a memória de grupos – os açorianos – formadores da sociedade brasileira (art. 216, CF).

12. [...] se há excessos na prática da “Farra do Boi”, cumpre ao Estado, através do seu poder de polícia exercer sua função repressora, ao judiciário, se a tanto for provocado em razão da inércia do Poder Público, prover a respeito, impelindo-o a prática de atos voltados a obstar o procedimento contrário a preceito constitucional, segundo o qual, resta terminantemente proibida a prática que submeta animais à crueldade. (art. 225, § 1º, VII).

16 [...] não vejo como, em sede extraordinária, se aferir que as exarcebadas práticas praticadas por populares na realização desse tipo de cultura, que implicam em sanções contravencionais, possam ser confundidas com essa prática cultural que tem garantia constitucional. Isso é uma questão de polícia e não de recurso extraordinário.[...]

20. Por estes fundamentos, seguro de que os autos cuidam de uma *quaestio facti* e não de uma *quaestio iuris*, principalmente de natureza constitucional [...] não conheço do extraordinário.<sup>69</sup>

Repare-se que o Ministro Maurício Corrêa chega ao ponto de ignorar a discussão sobre colisão de direitos fundamentais. Para ele simplesmente existe o direito à cultura e nada mais. Reduz uma questão jurídica a uma mera questão de fato, a um simples caso de polícia desprovido de conotações constitucionais que autorizem inclusive o manejo do recurso extraordinário. “Para o voto vencido, a crueldade contra os animais é uma questão de fato e a ‘Farra do Boi’ em si não é um ato cruel. Cruéis, são os abusos que nela se

<sup>68</sup> SILVA, José Robson da. **Paradigma biocêntrico**: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 348-349.

<sup>69</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto em Recurso Extraordinário**. Proc. nº 153.531-8/SC. Costume. Manifestação Cultural. Estímulo. Razoabilidade. Preservação da fauna e da flora. Animais. Crueldade. Ministro: Maurício Corrêa. Brasília, DF, jun. 1996.

praticam. Estes abusos, desde que provados, devem ser remetidos para as lides penais e coibidos pela mão militar do Estado”<sup>70</sup>

Em que pese a dissonância entre o teor do voto vencido e do voto vencedor, ambos repousam sobre uma mesma base comum: a orientação antropocêntrica. No voto vencedor a proteção dos animais se dá como um instrumento para refinar a sociedade e o projeto de civilização de emoções grosseiras e violentas. No voto vencido, consagra-se unicamente o direito ao patrimônio cultural, sendo evidente a visão centrada no homem. “O Supremo Tribunal Federal não se orientou (na decisão analisada) no sentido de perceber os animais como sujeitos de direitos, pelo menos é o que se depreende com a análise deste caso paradigmático.”<sup>71</sup>

## II. CONCLUSÃO

O conceito de patrimônio cultural contido no artigo 216 da CF/88 alarga-se em prol de uma manifestação ampla que inclui bens corpóreos e incorpóreos, vistos sob o prisma individual ou coletivo, ligados à identidade nacional. Os direitos culturais são direitos fundamentais, na medida em que, alicerçados no multiculturalismo, afirmam a dignidade humana e promovem o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, ou quaisquer outras formas de discriminação.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de igual modo, é um direito fundamental. Uma das maneiras para assegurar a efetividade desse direito é por meio da proteção à fauna, expressamente assegurado no artigo 225, § 1º, VII, da Constituição Federal de 1988. Tal dispositivo protege a fauna como um todo, seja ela silvestre, doméstica ou domesticada. Portanto, todos os animais estão sob tutela jurídica.

A farra do boi é uma variação dos rituais de tauromaquia açoriana oriundos da época da colonização. É uma das formas de expressão da cultura portuguesa no Brasil, especificamente no estado de Santa Catarina. O folguedo é uma referência à identidade, à ação e à memória dos portugueses, os quais contribuíram para a formação da sociedade brasileira. Nítido é o enquadramento da farra do boi na definição constitucional de patrimônio cultural brasileiro, a teor do artigo 216 da CF/88.

Todavia, a farra do boi indiscutivelmente compreende uma série de atos de tortura e crueldade, em que o boi é perseguido e lesionado por dias, até a completa exaustão e o sacrifício final. Quando a própria manifestação cultural agride ao meio ambiente natural, como é o caso da farra do boi, a colisão entre os direitos fundamentais deve ser ponderada à luz da máxima da proporcionalidade, a fim de prevalecer o direito fundamental mais forte no caso concreto. Não se pode simplesmente considerar a proteção à expressão cultural, sem antes balanceá-la com a proteção à fauna contra crueldade e maus-tratos e vice-versa.

---

<sup>70</sup> SILVA, 2002, p.353.

<sup>71</sup> Loc.cit.

A decisão paradigmática tomada pelo STF em 1997 considerou inconstitucional a prática da farra do boi. Não obstante o acerto no julgamento, pois à luz da regra da proporcionalidade e das circunstâncias da farra do boi, a proteção dos animais contra tais atos de crueldade deve eclipsar *in concreto* e transitoriamente o direito à manifestação cultural, carece o julgamento de método e consistência argumentativa. É que adota posições extremadas e fomenta uma hierarquização de valores e direitos fundamentais no plano abstrato.

De todo modo, a priorização da defesa da fauna em contraposição a interesses de ordem cultural, em casos como o que se cuida, mostra que o Brasil se harmoniza com o esforço transnacional de priorização da defesa do meio ambiente natural, afinado aos novos paradigmas da sustentabilidade ecológica.

### III. REFERÊNCIAS

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

BAHIA, Carolina Medeiros. A Farra do Boi à luz do princípio da proporcionalidade. In: LEITE, José Rubens Morato; BELLO FILHO, Ney de Barros (Org.). **Direito Ambiental Contemporâneo**. Barueri: Manole, 2004.

\_\_\_\_\_. O caso da farra do boi no Estado de Santa Catarina: colisão de direitos fundamentais. In: MOLINARO, Carlos Alberto et al (Org.). **A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos**: uma discussão necessária. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BASTOS, Rafael José de Menezes. Introdução. In: BASTOS, Rafael José de Menezes. (Org.). **Dionísio em Santa Catarina**: ensaios sobre a farra do boi. Florianópolis: EdUFSC, 1993.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto. **Cultura e Democracia na Constituição Federal de 1988**. A representação de interesses e sua aplicação ao programa nacional de apoio à cultura. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direitos Culturais como Direitos Fundamentais no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DIAS, Edna Cardozo. **A tutela jurídica dos animais**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

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

FLORES, Maria Bernardete Ramos. A farra do boi: entre o mito e o fantástico, riso rabelaisiano. In: BASTOS, Rafael José de Menezes. (Org.). **Dionísio em Santa Catarina**: ensaios sobre a farra do boi. Florianópolis: EdUFSC, 1993.

\_\_\_\_\_. **A farra do boi: palavras, sentidos, ficções.** Florianópolis: EdUFSC, 1997.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza: de acordo com a Lei 9.605/98.** 8.ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GONÇALVES, Carlos Walter Porto. **Os des(caminhos) do meio ambiente.** São Paulo: Contexto, 2000.

HODGES, Cyntia. The link: cruelty to animals and violence towards people. **Michigan State University College of Law, Michigan.** Disponível em: <[http://www.animallaw.info/articles/arus2008hodges\\_link.htm](http://www.animallaw.info/articles/arus2008hodges_link.htm)>. Acesso em: 22 dez. 2010.

LACERDA, Eugênio Pascele. Farra do Boi: a história e a polêmica. In: BASTOS, Rafael José de Menezes. (Org.). **Dionísio em Santa Catarina: ensaios sobre a farra do boi.** Florianópolis: EdUFSC, 1993.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito Ambiental na sociedade de risco.** 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LEVAI, Laerte Fernando. **Direito dos Animais.** 2.ed. rev. ampl. e atual. Campos do Jordão: Mantiqueira, 2004.

LOPES, Ana Maria D'ávila; JUCÁ, Roberta Laena Costa. Redefinindo e promovendo os direitos fundamentais culturais. In: CUNHA FILHO, Francisco Humberto; TELLES, Mário Ferreira de Pragmácio; COSTA, Rodrigo Vieira. (Org.). **Direito, Arte e Cultura.** Fortaleza: Sebrae/Ce, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses.** 18.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Suelena Werneck. Dominação e crueldade: articulações e distinções. **Cad. Psicanál. –SPCRJ,** Rio de Janeiro, v.23, n.26, p.233-257, 2007.

PM flagra farra do boi em Navegantes, no litoral norte de Santa Catarina. **Diário Catarinense Online,** Florianópolis, 15 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.clicrbs.com.br/diariocatarinense/jsp/default.jsp?uf=2&local=18&section=Geral&newsID=a2838819.xml>>. Acesso em: 19 dez. 2010.

RODRIGUES, Danielle Tetü. **O Direito & os Animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa.** 2.ed. Curitiba: Juruá, 2009.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. Conceito de patrimônio cultural no Brasil: do conde de Galvéias à Constituição Federal de 1988. In: MARTINS, Clerton (Org.). **Patrimônio cultural: da memória ao sentido do lugar.** São Paulo: Roca, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. In: MOLINARO, Carlos Alberto et al (Org.). **A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SERRA, Ordep J. Trindade. O touro no mediterrâneo: reflexões sobre simbolismo e ritual. In: BASTOS, Rafael José de Menezes. (Org.). **Dionísio em Santa Catarina**: ensaios sobre a farra do boi. Florianópolis: EdUFSC, 1993.

SERRES, Michel. **O contrato natural**. Tradução de Serafim Ferreira. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4.ed. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **Ordenação Constitucional da Cultura**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Robson da. **Paradigma biocêntrico**: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVÉRIO, Valter Roberto. O multiculturalismo e o reconhecimento: mito e metáfora. **Revista USP**, São Paulo, n.42, p.44-55, jun./ago. 1999.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Tutela constitucional do meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2008.



# HARMONIZAÇÃO DOS DIREITOS DE PATENTES: ENTRE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS TITULARES E O ACESSO A MEDICAMENTOS

*Maria Edelvacy Pinto Marinho<sup>1</sup>*

## RESUMO

A declaração de Doha em 2001 juntamente com a decisão de agosto de 2003 e emenda ao Acordo TRIPS realizada em 2005 reforçaram a capacidade da estrutura da OMC (Acordo TRIPS, Conselho TRIPS de esclarecer e adaptar as normas adotadas para a proteção dos direitos de patentes entre os Estados-Membros de modo a não tornar tais direitos um obstáculo para o acesso a medicamentos. Esses instrumentos jurídicos representam um avanço do processo de harmonização do direito de patentes em direção à formação de um direito que busca equilibrar o incentivo à produção de inovação com seu acesso. Dessa maneira se fortalece o viés humanista do direito de patentes.

## Palavras-Chaves

Direitos humanos. Direitos de patentes. Acesso a medicamentos

## RESUME

La déclaration de Doha associée à la décision d'août 2003 et l'amendement à l'Accord sur les ADPIC de l'année 2005 ont renforcé la capacité et la structure de l'OMC (Accord sur les ADPIC, Conseil ADPIC) et ont permis d'éclaircir et adapter les normes adoptées pour la protection des droits des brevets entre les États membres de manière à ce que ces droits ne deviennent pas un obstacle à l'accès à des médicaments. Ces instruments juridiques représentent une avance de la procédure d'harmonisation du droit de brevets dans la formation d'un droit qui cherche à équilibrer l'incitation à la production d'innovation avec son accès. De cette manière, la perspective humaniste du droit de brevets se renforce.

## Mots-Clés

Droit de l'homme. Droit des brevets. Accès aux médicaments.

## INTRODUÇÃO

O processo de integração dos direitos de patentes evolui como resultado da tensão entre os direitos humanos e os direitos do comércio internacional. De um lado se busca harmonizar as normas de propriedade intelectual de modo a

<sup>1</sup> Advogada, consultora, Doutora em Direito pela Universidade de Paris 1- Panthéon Sorbonne.

facilitar o fluxo desses bens, por outro a proteção desses direitos pode ter efeitos negativos para o acesso da população a esse bem.

Entendido como um dos meios para incentivar a produção e difusão de tecnologia, o direito de patentes é chamado para atuar nas mais diversas frentes de discussão no plano multilateral seja diretamente (OMC- Organização Mundial do Comércio, OMPI- Organização Mundial da propriedade intelectual), seja indiretamente como é o caso da FAO, OMS. A cooperação se justifica pela necessidade de ação conjunta dos Estados para inibir a cópia e assim aumentar o estímulo à produção de novas tecnologias. Entretanto, em um cenário onde 80% das inovações tecnológicas são produzidas por países desenvolvidos, essa assimetria influencia no conteúdo e objetivo da cooperação entre os Estados. Não se trata somente de criar instrumentos jurídicos comuns para a produção de tecnologia, trata-se também de estabelecer um sistema de cooperação que favoreça a difusão desses conhecimentos e o acesso dessas inovações.

Se esse equilíbrio entre proteção e acesso já é problemático na esfera nacional, no âmbito internacional ele é ainda maior. A heterogeneidade dos Estados, tanto pelo nível de desenvolvimento tecnológico e econômico quanto às diferenças culturais sugere que a criação de um modelo uniformizado de direitos de patentes não é o ideal. Mas, como se sabe, nem sempre o processo de integração normativa caminha para sua versão ideal. Ela é o resultado dos diferentes interesses, circunstâncias e do poder de barganha dos Estados na esfera internacional, tornando o processo de integração sujeito a discontinuidades. Essas discontinuidades se tornam ainda mais evidentes pela diversidade dos temas relacionados aos direitos de patentes (desenvolvimento industrial nacional, comércio internacional, proteção do meio ambiente, acesso à saúde,) e pelo desenvolvimento paralelo desse direito em quatro níveis de produção normativa: internacional mundial, internacional regional, bilateral, nacional. A seguir será analisado o problema de acesso à saúde causado pelo patenteamento de medicamentos utilizados para o tratamento da AIDS.

## 1. ACESSO A MEDICAMENTOS E OS DISPOSITIVOS LEGAIS ANTES DA DECLARAÇÃO DE DOHA

Entre a assinatura do Acordo TRIPS em 1994 e a Declaração de Doha em novembro de 2001, diversos países em desenvolvimento passaram a conceder patentes para produtos e métodos farmacêuticos, inclusive àqueles destinados a assegurar o tratamento contra a AIDS. Uma das consequências para os países em desenvolvimento foi que estes se viram impossibilitados de copiar os medicamentos protegidos para fornecê-los à população a um menor custo. Durante este período, a crise sanitária provocada pela doença acentuou-se nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, o que levou à constatação da insuficiência do instrumento de licença compulsória do Acordo TRIPS. Verificou-se que o Acordo não dispunha de medidas de controle do equilíbrio entre proteção e acesso no que diz respeito aos medicamentos patenteados.



## a. A crise de saúde desencadeada pela AIDS nos países menos desenvolvidos

Antes de se falar do conflito entre o acesso aos medicamentos como componente do direito à saúde e o direito das patentes, impõe-se explicar em algumas linhas a pandemia da AIDS e sua relação com o direito das patentes. De acordo com os dados epidemiológicos 33,4 milhões de pessoas no mundo eram portadores do vírus da AIDS no fim de 2007.<sup>2</sup> Cada dia, 7.400 outras pessoas são contaminadas, das quais 1200 são crianças. Na África, região mais tocada pela pandemia, estima-se que 11 milhões de crianças infectadas perderam um dos seus pais devido à esta doença. De acordo com dados da OMS, na África austral, mais de uma mulher grávida em cinco testadas em 2002 apresentava o vírus da AIDS. No final de 2001, apenas 1% das mulheres da África subsariana tinha acesso aos medicamentos antirretrovirais que podiam impedir a transmissão da doença da mãe à criança.<sup>3</sup> Em 2007, cerca de dois terços das pessoas que vivem com a AIDS no mundo habitavam na África subsariana. Neste mesmo ano, 1,9 milhão de pessoas desta região foram infectadas pelo vírus e cerca de 75% dos falecimentos provocados pela AIDS no mundo eram originários desta região. Como pode-se observar, o acesso aos medicamentos antiretrovirais constituía uma questão essencial à vida desta população com rendimentos modestos.<sup>4</sup> A OMS considera que cerca de 80% dos 3 milhões de pacientes que morrem a cada ano nunca tiveram acesso a um tratamento com medicamentos que já se encontram disponíveis no mercado.<sup>5</sup> É certo que a questão do acesso aos medicamentos patenteados pode ser vista como uma das razões deste número, mas não é o único fator relevante.<sup>6</sup>

Até à assinatura do Acordo TRIPS, o problema do acesso aos medicamentos não era uma preocupação essencial quanto à aplicação do direito das patentes. Isso porque os países a quem este tipo de patente colocava problemas podiam excluir os medicamentos da patentabilidade, permitindo às empresas detentoras de capacidade técnica, produzir cópias a fim de exportar-las para países ainda não detentores da tecnologia necessária para tanto. A assinatura do Acordo alterou sensivelmente a situação. Os países em desenvolvimento se comprometeram a aplicar os direitos de patentes, sem discriminação de setores tecnológicos a partir de 2005, e aos países menos desenvolvidos a partir de 2016. Por conseguinte, os países em desenvolvimento que tinham a capacidade de copiar os medicamentos patenteados para o tratamento da AIDS não pode-

<sup>2</sup> ONUAIDS, Rapport Annuel sur l'état de la pandémie du AIDS 2009, p. 9, disponível em : [http://data.unaids.org/pub/Report/2009/2009\\_epidemic\\_update\\_en.pdf](http://data.unaids.org/pub/Report/2009/2009_epidemic_update_en.pdf)

<sup>3</sup> Todos esses dados podem ser encontrados no documento elaborado pelo programa das Nações Unidas sobre a AIDS (ONUAIDS) intitulado, « Accélérer l'action contre le AIDS en Afrique »,

<sup>4</sup> Esses dados são apresentados no site ONUAIDS. Disponível em : <http://www.unaids.org/fr/CountryResponses/Regions/default.asp>

<sup>5</sup> OMS, Progress on global access to HIV antiretroviral therapy : a report on 3 by 5 and beyond, 2003,

<sup>6</sup> ONUAIDS, Rapport Annuel sur l'état de la pandémie du AIDS 2009. Disponível em [http://data.unaids.org/pub/Report/2009/2009\\_epidemic\\_update\\_en.pdf](http://data.unaids.org/pub/Report/2009/2009_epidemic_update_en.pdf)

riam mais abastecer os mercados dos países pobres com estas cópias, deixando os países menos desenvolvidos numa situação delicada.

No que diz respeito ao tratamento de primeira geração, o Acordo TRIPS não trouxe consequências efetivas para o abastecimento do mercado quanto às cópias “genéricas”: estas patentes não eram reconhecidas nestes em países à época em que o pedido de proteção poderia ter sido feito, dessa forma, as cópias destes medicamentos eram legais. Contudo, para os medicamentos de segunda e terceira geração, os países em desenvolvimento se comprometeram a analisar posteriormente os pedidos do setor farmacêutico, possibilitando que tal pedido se convertesse em um título de patentes. Consequentemente, aos países mais afectados pela pandemia da AIDS poderiam ser obrigados restringir o tratamento dos pacientes devido o preço dos medicamentos patenteados de segunda e terceira geração conhecidos por serem mais eficazes.

Entre a crise e a resposta dos governos dos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos, um processo mobilizou a opinião pública a refletir sobre o acesso a medicamentos e o direito de patente: tratou-se do processo “Pretoria” na África do Sul. Nessa época, cerca de 10% da população deste país estava infectada pelo vírus do AIDS. Diante esta situação, o Parlamento alterou em 1997 a lei sobre o controle dos medicamentos e as substâncias relacionadas, permitindo ao Estado de fazer uso de importações paralelas, permitindo a Este comprar o medicamento onde se oferecesse o menor preço, emitir licenças compulsórias e controlar os preços dos medicamentos. Em resposta, a associação da indústria farmacêutica da África do Sul recorreu ao judiciário contra a lei, sob a alegação de que as disposições inseridas pela reforma de 31 de Outubro de 1997 (licenças compulsórias e importação paralela) não estavam em conformidade com as obrigações do Acordo TRIPS. Convém salientar que a referida associação autora do processo era apoiada por 39 empresas farmacêuticas, o que demonstra a amplitude dos desafios relacionados à utilização das flexibilidades do Acordo TRIPS no campo farmacêutico. É importante notar que antes da lei de 1997 “o governo da África do Sul comprava a cápsula de 250 mg de Ciprofloxacina (substância que faz parte dos medicamentos antiretrovirais) à 2,93 rupias do laboratório Bayer enquanto na Índia o preço era fixado à 0,65 rupias.”<sup>7</sup> Esta diferença de preços tinha consequências para o acesso dos pacientes aos medicamentos patenteados.<sup>8</sup> Em 2001, em razão de uma grande mobilização da sociedade civil e sob a ameaça a ser obrigado explicar como a política de preço dos medicamentos antiretrovirais era elaborada, as empresas abandonaram o processo. Em 2003 um acordo foi firmado entre as partes no qual as empresas GlaxoSmithLine (GSK) e a Boehringer Ingelheim para (BI) concordaram em conceder uma licença voluntária para que a África do Sul pudesse comprar ou produzir três moléculas do coquetel do AIDS: AZT, lamivudine e névirapine com uma taxa de royalties de até 5% do preço de venda dos produtos. Graças

<sup>7</sup> DIAS VARELLA, M. *Direito internacional econômico ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 242.

<sup>8</sup> DIAS VARELLA, M., *op.cit.* p. 248.

a esse acordo a África do Sul pode produzir e importar da Índia esses medicamentos e ainda exportar para mais 47 países da África Subsariana.

No meio deste conflito, a sociedade civil aparece como o defensora dos direitos humanos no que se refere à saúde. Ao seu lado, a OMS posiciona-se como organização internacional que representa os Estados que desejam uma interpretação mais flexível do Acordo sobre TRIPS em prol da saúde. Diante desta situação, a OMC reconheceu a insuficiência da licença compulsoria nos moldes do Acordo TRIPS para resolver os problemas de acesso aos medicamentos essenciais nos países em desenvolvimento e menos desenvolvidos. Este caso abriu as portas para uma discussão sobre a interação entre os valores comerciais da OMC e os valores não comerciais dos direitos humanos.

#### b. Inadequação do instrumento da licença compulsoria no âmbito do Acordo TRIPS

Para o efetivo uso do instrumento da licença compulsória é necessário um sistema jurídico adequado e uma estrutura industrial compatível como o nível de desenvolvimento do produto que se pretende licenciar. Como a licença tem um caráter nacional, já que foi concedida pela autoridade administrativa ou judiciária nacional com jurisdição restrita ao seu território, a capacidade dos países menos desenvolvidos e em desenvolvimento de produzir o produto licenciado compulsoriamente era restrita, tornando possível o uso de licenças compulsórias apenas no plano teórico. Portanto, só os países que tivessem capacidade tecnológica de reprodução da invenção poderiam fazer uso do sistema de licenças compulsórias. No que concerne os medicamentos e principalmente no caso dos medicamentos para AIDS poucos são os países que detém a tecnologia de desenvolvimento de todas as fases de sua produção. Por essa razão os países mais afetados pela epidemia de AIDS e com menores recursos para promover o acesso ao tratamento da doença ficavam privados do uso das licenças compulsórias como meio de ampliar o acesso aos medicamentos do coquetel AIDS. Mesmo os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos onde o Acordo TRIPS ainda não vigia eram afetados pelo Acordo. Grande parte dos países que produziam tais medicamentos já haviam adotado o modelo de proteção do Acordo TRIPS no qual a licença compulsória só poderia ser aplicada para atender o mercado interno, não podendo assim abastecer o mercado dos países mais tocados pela crise sanitária provocada pela AIDS.

Com a decisão de agosto de 2003, os países menos desenvolvidos passaram a ter a possibilidade real de fazer uso de licenças compulsórias graças a derrogação da obrigação do artigo 31f do TRIPS, permitindo a importação de tais produtos de outros Estados-Membros.

## 2. A DECLARAÇÃO DE DOHA SOBRE TRIPS E A SAÚDE PÚBLICA

A declaração sobre o Acordo TRIPS e a saúde pública reconheceu a

propriedade intelectual como um instrumento que pode ser favorável à saúde pública ao promover o equilíbrio entre “o acesso aos medicamentos existentes e a pesquisa e desenvolvimento concernente a novos medicamentos (...)”<sup>9</sup> Adotada após os ataques de 11 de setembro 2001 como um pacote de medidas da OMC para que o desenvolvimento do comércio internacional fosse um meio de contornar a crise que se anunciava, a declaração Acordo TRIPS e a saúde pública” teve como principal objetivo reafirmar que a harmonização dos direitos de patentes contida no Acordo não deveria ser um empecilho para a aplicação das políticas de saúde dos Estados-membros.<sup>10</sup> É válido salientar que a essa época os Estados Unidos temiam o uso do antraz contra sua população, fato esse que fez os Estados Unidos cogitar o licenciamento compulsório do medicamento Ciprofloxacina (Cipro). Ao final das negociações a empresa Bayer detentora da patente concordou em fornecer o produto a um valor bem inferior ao proposto inicialmente. Mesmo havendo propostas mais baratas por empresas de genéricos, o governo americano preferiu concluir o acordo com a empresa detentora da patente.

O grande avanço dessa declaração está no sexto parágrafo. Trata-se do uso efetivo da licença compulsória. Não basta se reconhecer as margens de apreciação para os Estados aplicarem as flexibilidades do Acordo no tocante às limitações do direito do patenteado, deve-se possibilitar o uso efetivo desses mecanismos.

Mas a declaração não se retringiu a um posicionamento passivo em relação a crise de saúde provocada pela AIDS, ela foi além, assumindo um papel ativo ao afirmar que é necessário que o Acordo TRIPS faça parte das ações nacionais e internacionais que visam remediar o problema de acesso à medicamentos.<sup>11</sup>

Entre os pontos relevantes da Declaração deve-se ressaltar: o reconhecimento das flexibilidades existentes no Acordo no caso de conflito entre proteção e acesso a medicamentos patenteados; o reconhecimento do direito dos Estados-Membros “de conceder licenças compulsórias e a liberdade de determinar os motivos pelos quais de tais licenças são concedidas”<sup>12</sup>; o reconhecimento da liberdade dos Estados-Membros de interpretar conceitos como “uma situação de urgência nacional ou outras circunstâncias de extrema urgência (...)”<sup>13</sup>; assim como a liberdade dos Estados-Membros de definir o seu próprio regime de

<sup>9</sup> OMC, Declaração Ministerial de Doha, adotada 14 de novembro de 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, parágrafo 17.

<sup>10</sup> De forma clara a Declaração dispôs que o Acordo poderia e deveria ser “interprété et mis en œuvre d’une manière qui appuie le droit des Membres de l’OMC de protéger la santé publique et, en particulier, de promouvoir l’accès de tous aux médicaments” OMC, Declaração sobre o Acordo TRIPS e saúde pública, adotada 14 de novembro de 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, parágrafo 4.

<sup>11</sup> OMC, Declaração sobre o Acordo TRIPS e saúde pública, adotada 14 de novembro de 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, parágrafo 2.

<sup>12</sup> OMC, Declaração sobre o Acordo TRIPS e saúde pública, adotada 14 de novembro de 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, parágrafo 5 (b).

<sup>13</sup> OMC, Declaração sobre o Acordo TRIPS e saúde pública, adotada 14 de novembro de 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, parágrafo 5 (b).

exaustão dos direitos de propriedade intelectual,<sup>14</sup> “sob reserva das disposições em matéria de tratamento da Nação mais favorecida e tratamento nacional”.

Embora o Acordo reconheça que caberá a cada país definir o que constitui para ele uma situação de extrema urgência, a própria declaração cita como exemplos a AIDS e a tuberculose. Este reconhecimento da liberdade dos Estados impede que posteriormente os Estados-Membros venham contestar a denominação de um problema de saúde como “uma crise” por outro Estado-membro. Do mesmo modo, não se aplicará “o teste de necessidade” contrariamente a certas determinações do GATT e da OMC para se opor ao direito do Estado-Membro requerente<sup>15</sup>

Em se tratando do equilíbrio entre proteção e acesso de bens patenteados essa mudança no processo de harmonização dos direitos de propriedade intelectual em favor da efetividade das licenças compulsórias é relevante. A emissão da licença compulsória deveria até a presente declaração visar o abastecimento interno, o que excluía a maioria dos países em desenvolvimento e a totalidade dos países menos desenvolvidos do uso efetivo desse instrumento em caso de urgência sanitária, como é o caso da AIDS. Diante dessa situação os Estados-membros solicitaram que o Conselho TRIPS encontrassem uma “solução rápida” de modo que a licença compulsória tivesse uma função e uso efetivos em países cuja a capacidade de fabricação de medicamentos é insuficiente ou inexistente.

#### a. Conteúdo da decisão de agosto de 2003

Em agosto de 2003 o Conselho Geral aprovou a solução proposta pelo Conselho TRIPS a esse problema, ao decidir que em “circunstâncias excepcionais” se justificaria a “derrogação das obrigações enunciadas nos parágrafos f,h do artigo do Acordo TRIPS no que concerne os produtos farmacêuticos.”<sup>16</sup> De modo que o mecanismo da licença compulsória pudesse ser efetivo nos países que não dispunham de capacidade tecnológica para a produção de medicamentos, permitiu-se que, diante da emissão de uma licença compulsória por estes Estados, e respeitado certos procedimentos e regras, os Estados-membros que dispusesse dessa capacidade tecnológica pudesse exportar esse medicamento para o Estado-membro que tivesse emitido uma licença compulsória. Desse modo, o uso da licença compulsória não estava mais circunscrito ao abastecimento do mercado nacional podendo ser objeto de exportação no caso de produtos farmacêuticos necessários aos problemas de saúde pública ocasionados por doenças a exemplo da AIDS.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> Esse tema é tratado por Carlos Correa e A. Yusuf na obra : **Intellectual property rights and international trade. The TRIP's agreement**, London: Kluwer Law International, 1998, p. 316, e aprofundado por Carlos Correa no artigo: CORREA, C. “Implementing national public health policies in the framework of the WTO Agreements”, **Journal of World Trade**, 2000, vol. 34, n. 5.

<sup>16</sup> OMC, Decisão do Conselho Geral de 30 de agosto de 2003 sobre a aplicação do parágrafo 6 da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a saúde Pública , WT/L/540.

<sup>17</sup> OMC, Decisão do Conselho Geral de 30 de agosto de 2003 sobre a aplicação do parágrafo 6 da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a saúde Pública , WT/L/540 e WT/MIN(01)/

A viabilidade do instrumento criado pela decisão de agosto de 2003 depende sobretudo da existência de uma economia de escala que torne a produção do medicamento licenciado justificável em termos econômicos e não apenas diplomáticos.<sup>18</sup> Por essa razão a decisão prevê que a licença fornecida para a importação do medicamento pode atender outros Estados-membros de Acordos regionais integrantes da OMC.<sup>19</sup>

Para fazer uso desse sistema especial, os países menos desenvolvidos membros e todos os outros membros devem notificar o Conselho TRIPS sobre sua intenção de utilizar o sistema como importador. Essa notificação constará a intenção do Estado-membro de como ele utilizará desse sistema, se « na totalidade ou de maneira limitada, por exemplo unicamente em situações de urgência nacional ou de extrema urgência ou em caso de utilização pública sem fins comerciais. »<sup>20</sup>

Feita essa notificação, para que o Estado possa fazer uso do sistema de licenças de exportação é necessária a apresentação de duas declarações: a primeira informando que o país que busca fazer uso do mecanismo é um membro importador elegível e a segunda, mais específica, informando a quantidade esperada, nome dos produtos ou processos que o país tem interesse de licenciar e a confirmação de que o produto objeto da licença compulsória é protegido pelo direito de patentes naquele país.<sup>21</sup>

Considera-se um membro importador elegível, todos os países menos desenvolvidos e os Estado que declararem não ter capacidade de produção do bem patenteado a ser licenciado. Carlos Correa chama a atenção para a ambigüidade da condição de “capacidade de produção”. Para o autor, não fica claro se essa capacidade é definida apenas em bases técnicas ou leva em conta a viabilidade econômica. Na prática a viabilidade econômica pode ser uma barreira tão importante para a manufatura local quanto a falta de capacidade técnica.<sup>22</sup> O fato é que nesses dois casos, o Estado não dispõe de meios para produzir o bem patenteado no tempo e na escala necessária para contornar o problema que desencadeou a emissão da licença compulsoria.

Quanto ao país exportador, este se compromete: a produzir apenas o “volume necessário para responder às necessidades (dos) Membro(s) importadores(s) admissíveis(s)” e exportar a totalidade dessa produção a esse

---

DEC/2, parágrafo 1.

<sup>18</sup> CORREA, Carlos M.. O Acordo TRIPS e o acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento. *Sur, Rev. int. direitos human.* [online]. 2005, vol.2, n.3 , pp. 26-39 . Disponível em : <<http://www.scielo.br/scielo.php?>

<sup>19</sup> OMC, Decisão do Conselho Geral de 30 de agosto de 2003 sobre a aplicação do parágrafo 6 da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a saúde Pública , WT/L/540, parágrafo 6 (i)

<sup>20</sup> OMC, Decisão do Conselho Geral de 30 de agosto de 2003 sobre a aplicação do parágrafo 6 da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a saúde Pública , WT/L/540, parágrafo 1 (b)

<sup>21</sup> OMC, Anexo do Acordo TRIPS, paragrafo 2 (a) (i, ii, iii)

<sup>22</sup> CORREA, Carlos M.. O Acordo TRIPS e o acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento. *Sur, Rev. int. direitos human.* [online]. 2005, vol.2, n.3 , pp. 26-39 . disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?>

país; a distinguir os produtos exportados segundo esse sistema dos demais por uma “embalagem especial et/ou de uma coloração ou formato especial dos produtos, desde que essa distinção seja materialmente possível e não tenha uma incidência relevante sobre o preço;”<sup>23</sup> e a informar em um site as quantidades fornecidas a cada destinação”, e as características distintivas do (s) produto(s) exportados sob essas condições antes da expedição do produto.<sup>24</sup>

Os efeitos da decisão de agosto de 2003 já podem ser observados. Cerca de 24 países declararam que farão uso do mecanismo apenas como exportador e outros países afirmaram que apenas farão uso enquanto importador em caso de emergência nacional .

Entre os países exportadores que já transpuseram a decisão de agosto de 2003 em suas legislações nacionais destaca-se o Canadá e a União Européia. O Canadá foi o primeiro país exportador a elaborar uma lei definindo as regras de produção e de exportação de medicamentos licenciados segundo o dispositivo da decisão de agosto de 2003. <sup>25</sup> Seu avanço na transposição foi minimizado pelas restrições impostas aos produtos susceptíveis de serem produzidos pelo Canada: nem todos os medicamentos utilizados no tratamento do AIDS faziam parte da lista autorizada pela lei, a licença emitida pelo país importador so tera validade de 2 anos mesmo que ela tenha sido acordada para um periodo superior, a empresa canadense fabricante do medicamento licenciado é obrigada a solicitar um licença a cada nova commande, tornando o processo mais longo e custoso. <sup>26</sup> Porém esse tratamento restritivo dado pela lei canadense pode mudar. Atendendo não so os interesses da sociedade civil mas da industria de genéricos canadense que pode lucrar com a fabricação dos medicamentos licenciados no dia 2 de dezembro de 2009 a chambre des communes du Canada decidiu em favor da abertura de trabalhos parlamentares para a simplificar o regime canadense acesso a medicamentos. Trata-se do projeto de lei C-393 que prevé entre outras medidas, a concessão de uma licença única ao inves de uma a cada commanda como preve a lei atual. Como se pode notar o balanceamento de interesses entre o acesso à saude e o direito de patentes se realiza também no seio dos países desenvolvidos. Enquanto fabricantes dos medicamentos necessarios no caso da AIDS, os países desenvolvidos também sofrem da pressão interna para se tornar um membro mais atuante nesse processo.

Na Europa, a decisão de Agosto de 2003 foi transposta em 2006 pelo regulamento nº 816. <sup>27</sup> Ao contrário da transposição canadense, o regime elaborado pelo Parlamento e o Conselho Europeu foi além das disposições da decisão permitindo o uso do mecanismo a países menos desenvolvidos não membros da

<sup>23</sup> OMC, Anexo do Acordo TRIPS parágrafo 2 (b) ( ii)

<sup>24</sup> OMC, Anexo do Acordo TRIPS parágrafo 2 (b) ( ii)2 (b) ( iii)

<sup>25</sup> Canadá, Lei nº C-9, capítulo 23, de 14 de maio de 2004.

<sup>26</sup> Para mais informações, consultar ROBINE, A. **Transfert et acquisition de la technologie dans les pays émergents. L'exemple brésilien de l'accès aux médicaments contre le sida.** Thèse, Paris, Université Paris 1, 2008.

<sup>27</sup> Règlement (CE) n° 816/2006 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2006 .



OMC (artigo 4.C), bem como a participação de ONGs ou de uma organização internacional para a elaboração do pedido apresentado pelo Estado importador (artigo 6-3 f iii). O artigo 16-4 do regulamento reforçou o objetivo de facilitar o acesso ao mecanismo das licenças compulsórias para a exportação permitindo que os países importadores possam, no mesmo procedimento de licença destinado à exportação, alterar a quantidade de produtos farmacêuticos devido à insuficiência da quantidade solicitada no pedido inicial.<sup>28</sup> Em outros países, como o Canadá por exemplo, tal possibilidade não é autorizada: é necessário que o país solicite a abertura de um novo procedimento.

Apesar das diferenças entre os países que transpuseram a decisão, deve-se reconhecer o esforço desses países em elaborar um regime nacional permitindo a aplicação da licença forçee para exportação: infelizmente o exemplo do Canadá, da Comunidade Européia na transposição da decisão de agosto de 2003 ainda é exceção.

Em dezembro de 2005 essas condições e disposições relacionadas à decisão de 2003 sobre a aplicação do sexto paragrafo da Declaração de Doha sobre o Acordo TRIPS e a saúde publica foram incorporadas no Acordo TRIPS por um protocolo de emenda ao Acordo autorizado pelo Conselho geral. Trata-se da primeira e única emenda feita em um Acordo Constitutivo da OMC. Interessante observar que mesmo sendo uma medida tida como necessária entre os membros, a aceitação do protocolo da emenda do Acordo TRIPS tem tomado mais tempo do que se imaginou. Os Estados-membros que quisessem incorporá-la deveria fazê-lo até o 1 de dezembro de 2007<sup>29</sup>, mas esse prazo foi prorrogado até 31 de dezembro de 2009 conforme decisão do conselho geral. Em novembro de 2009, o conselho TRIPS decidiu mais uma vez solicitar que o conselho geral prorrogasse esse prazo para 31 de dezembro de 2011.<sup>30</sup> Enquanto a emenda não é aceita por dois terços dos membros a derrogação do artigo 31 f é assegurado pela decisão de agosto de 2003.

b. Consequências da declaração de Doha e da decisão de 30 de agosto de 2003 sobre os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos

Em 2007 o mecanismo das licenças compulsorias para exportação foi

<sup>28</sup> Règlement (CE) n o 816/2006 : « 4. Dès lors que le pays importateur notifie à l'autorité compétente que les quantités de produits pharmaceutiques sont devenues insuffisantes pour répondre à ses besoins, celle-ci peut, à la suite d'une demande formulée par le titulaire de la licence, modifier les conditions de la licence de sorte que des quantités supplémentaires de ces produits soient fabriquées et exportées dans la mesure nécessaire pour répondre aux besoins du pays importateur concerné. Dans ce cas, la demande du titulaire de la licence est traitée selon une procédure accélérée et simplifiée, au titre de laquelle les informations prévues à l'article 6, paragraphe 3, points a) et b), ne sont pas requises, à condition que le titulaire de la licence indique la licence obligatoire initiale. Dans les cas où l'article 9, paragraphe 1, est applicable mais la dérogation prévue par l'article 9, paragraphe 2, ne s'applique pas, aucune preuve supplémentaire des négociations avec le titulaire des droits ne sera requise, à condition que les quantités supplémentaires demandées ne représentent pas plus de 25 % des quantités accordées dans la licence initiale. »

<sup>29</sup> OMC, Protocolo de emenda sobre o Acordo TRIPS WT/L/641, parágrafo 1 e 3.

<sup>30</sup> OMC, IPC/52.



finalmente utilizado. Tratou-se da licença compulsória emitida por Ruanda<sup>31</sup> para fins de importação atendida pelo Canadá que emitiu uma licença compulsória permitindo a exportação<sup>32</sup>. Trata-se até o momento do único exemplo de aplicação do mecanismo de licenças obrigatórias para exportação.

Se analisado sob o ponto de vista do número de licenças já concedidas, pode parecer que o sistema desenvolvido pela OMC fracassou. Entretanto outros dados referentes a outras modalidades de acesso à medicamentos foram influenciadas pela declaração de Doha e pela decisão de agosto de 2003.

Entre os países em desenvolvimento e menos desenvolvidos pode-se verificar três tipos de posicionamentos quanto a utilização da decisão da OMC: Ou se utiliza da licença como meio de barganha para renegociar o preço dos medicamentos, ou se realiza uma negociação direta com as empresas para a concessão de uma licença voluntária ou se aplica de fato a licença compulsória.

Até pouco tempo, o Brasil utilizava da possibilidade de concessão da licença compulsória apenas como argumento para renegociar o preço dos medicamentos diretamente com as empresas farmacêuticas. Como o Brasil dispõe da capacidade técnica necessária para a reprodução desses medicamentos através de laboratórios estatais (far-manginhos) a ameaça da licença compulsória tinham meios de se concretizar. Em três ocasiões essa estratégia foi utilizada: Em agosto de 2001 o Brasil conseguiu uma redução que variou entre 40 a 65% do preço de quatro medicamentos (cujos princípios ativos eram: efavirenz, indinavir, nelfinavir, lipinavir/Ritonavir) com os laboratórios titulares da patentes (Merck, Roche, Abbott).<sup>33</sup> Em dezembro de 2003 essa estratégia foi utilizada mais uma vez com sucesso: Três medicamentos que juntos representavam 63% do custo do tratamento da doença tiveram seus preços reduzidos após a negociação com as empresas titulares. Dessa vez o tom da ameaça foi ainda mais forte, vez que o governo chegou a instaurar uma comissão para tornar possível a produção de tais medicamentos pelo laboratório estatal Far-manguinhos. Ao final das negociações, as empresas farmacêuticas em questão concordaram em reduzir 37% do preço dos medicamentos ameaçados de licença (efavirenz, nelfinavir e lipinavir)<sup>34</sup>. Observa-se que quando o preço mais baixo negociado com a empresa farmacêutica detentora da patente expirava, a cada dois anos em média, o governo brasileiro dava início a uma nova rodada de negociações. Sem surpresas portanto em 2005 o alvo do governo brasileiro foi o medicamento kaletra (cujos princípios ativos são lipinavir, Ritonavir). Entre ameaças e decretos que indicavam o uso eminente da licença compulsória a empresa farmacêutica Abbott concordou com um fornecimento gratuito da versão oral para uso pediátrico do kaletra e a

---

<sup>31</sup> OMC, IP/N/9/RWA/1

<sup>32</sup> OMC, IP/N/10/CAN/1

<sup>33</sup> BERMUDEZ, J. OLIVEIRA M-A., CHAVES, G.C. "O Acordo TRIPS da OMC e os desafios para a saúde pública" in **Acesso a medicamentos : derecho fundamental. Papel del Estado**, J. BERMUDEZ, A. ESTHER , M-A. OLIVEIRA (dir), Rio de Janeiro, Fiocruz/ENSP, 2004, p.76.

<sup>34</sup> BERMUDEZ, J. OLIVEIRA, M-A., CHAVES, G.C op.cit. p.77.

redução do preço de outras formulações desse medicamento até o ano de 2011. é válido salientar que a patente do kaletra é válida somente até 2012.

Essa estratégia brasileira foi objeto de críticas da parte de ONGs que tratam do assunto. Para elas a ausência de um acordo implicando a transferência de tecnologia torna o programa brasileiro sempre sujeitos as variações de preço dos medicamento ao termino dos contratos de fixação de preços. Além disso, o acordo previa um aumento de 10% sobre o preço da nova formulação, algo que aumenta o valor do tratamento por pessoa.<sup>35</sup>

Por outro lado, é interessante notar que segundo as normas já estabelecidas tanto nacional quanto internacionalmente a licença compulsória não engendra a transferência de tecnologia. Ela pode ser objeto de negociação entre as partes, mas não obriga a empresa detentora da patente de fazê-lo. Essa transferência poderia ser realizada em outro contrato entre a empresa detentora das capacidades técnicas necessárias para a produção do medicamento e o laboratório estatal que seria responsável pela sua produção. É válido notar que quando o país não dispõe da tecnologia necessária para a produção do objeto licenciado, sua aquisição demanda tempo e recursos que por vezes não convêm a urgência que a situação impõe. A escolha pelo uso da licença compulsória não é apenas uma decisão derivada da verificação das condições legais para sua aplicação, é uma escolha política e econômica.

Em 2007 a estratégia brasileira de negociação com as empresas titulares das patentes foi modificada. O país concedeu em 24 de abril uma licença compulsoria para o medicamento Efavirenz , o que possibilitou a compra desse medicamento da empresa de genéricos indiana mediante o pagamento de 1,5% de redevances a empresa detentora da patente. Assim como a Tailândia o objetivo do Brasil é proceder posteriormente a fabricação local do produto.

A postura brasileira se explica em parte pela adoção do tratamento universal e gratuito dos pacientes pelo governo brasileiro.<sup>36</sup> O sucesso do programa brasileiro de controle e tratamento da AIDS tem como base a produção genérica de medicamentos não patenteados no Brasil, ou cuja patente já expirou. Com a troca desses medicamentos de primeira geração para os de segunda geração que são protegidos por patentes, os custos com o tratamento aumentam significativamente, podendo comprometer o acesso da população a esses medicamentos. Em 2004 o governo brasileiro destinou 592 milhões de reais para o programa, em 2005 o custo aumentou para 945 milhões de reais.<sup>37</sup> Em 2007 foi gasto 984 milhões de reais com o medicamentos antiretrovirais dos quais 80% se referem apenas a 11 medicamentos ainda objeto de proteção por patentes, e outros 20% para compra de 7 medicamentos genéricos fabricados

<sup>35</sup> ROBINE, A. **Transfert et acquisition de la technologie dans les pays émergents. L'exemple brésilien de l'accès aux médicaments contre le sida.** Thèse, Paris, Université Paris 1, 2008, p. 352, nota 1183.

<sup>36</sup> BRASIL, lei 9.313 de 13 novembro de 1996.

<sup>37</sup> Brasil, Programa nacional de DST/AIDS, *Aids no Brasil*, disponível em : [www.aids.gov.br/data/](http://www.aids.gov.br/data/)

nacionalmente.<sup>38</sup> Por outro lado, desde que o programa foi colocado em prática entre 1997 até o ano de 2004 constatou-se uma redução de 40% da mortalidade dos infectados, e de 80% do tempo de internação desses pacientes, o que resultou em uma economia de 2,3 bilhões de dólares.<sup>39</sup>

Entre os países que já fizeram uso das licenças compulsórias destaca-se o Zimbábue. Em maio de 2002, mesmo antes da decisão de agosto de 2003 ter sido emitida, o Ministro da justiça desse país proferiu uma declaração de emergência pela qual autorizava a produção sem a autorização do titular para os produtos retrovirais constantes do coquetel para o tratamento da AIDS. Como resultado, em abril de 2003 foi garantido a Varichem Pharmaceutical a autorização de produzir os medicamentos retrovirais. Em outubro de 2003, após a decisão de agosto do mesmo ano duas outras empresas( Datlas, CIPLA) passaram a fornecer tais medicamentos. A Malasya seguiu o exemplo e em 2003 passou a importar dos laboratórios indianos os medicamentos para o tratamento da AIDS. Moçambique e Zâmbia também concederam licenças para a produção local desses medicamentos. Entre as licenças mais recentes, cita-se a licença emitida pela Tailândia le 29 novembre 2006 para a o antiretroverial efavirenz e a licença emitida por esse mesmo país em 29 de janeiro de 2007 teve por objeto dois medicamentos: o kaletra (produzido pela empresa Abbot) e o Plavix (produzido pela Sanofi-Aventis)<sup>40</sup>. A lei tailandesa permite que diante de um caso de urgência o Estado-membro conceda licenças compulsórias antes mesmo de ter iniciado negociações com as empresas titulares envolvidas. A obrigação, nestes casos, é apenas de notificação. No caso dos dois medicamentos citados, o governo tailandês não procedeu a negociações preliminares antes da concessão da licença forçee. Tal atitude é pioneira entre os países menos desenvolvidos. Em resposta a França e os Estados Unidos de onde são originárias as empresas envolvidas já se manifestaram contra a falta de negociação prévia com as empresas farmacêuticas. Os Estados Unidos colocaram a Tailândia na lista dos países que não respeitam os direitos de propriedade intelectual, primeiro passo para aplicação de sanções comerciais segundo a lei americana.

---

<sup>38</sup> GRECO, D. **Desafios da epidemia de AIDS após 10 anos de terapia anti-retroviral**, 2007

<sup>39</sup> Brasil, Programa nacional de DST/AIDS, *Aids no Brasil*, disponível em : [www.aids.gov.br/data/](http://www.aids.gov.br/data/)

<sup>40</sup> Deve-se salientar que a licença para esses medicamentos foram deferidas para um prazo de 7 anos, e sua produção foi inicialmente realizada pelo Laboratório indiano Ranbaxy . Posteriormente o governo tailandês tem o objetivo de assegurar a produção local desses medicamentos. A taxa de royalties foi fixada em 0,5%. Mais informações, ROBINE, A. **Transfert et acquisition de la technologie dans les pays émergents. L'exemple brésilien de l'accès aux médicaments contre le sida**. Thèse, Paris, Université Paris 1, 2008, p. 353.

## II. CONCLUSÃO

A declaração de Doha de 2001 abriu uma nova etapa no processo de harmonização dos direitos das patentes pela via comum pluralista. Até então, este processo consistia na elaboração de padrões mínimos de protecção bem como a utilização de margens de apreciação de maneira a permitir aos Estados adaptar a norma internacional às particularidades nacionais. Pela declaração de Doha, e pela a decisão do Conselho geral de Agosto de 2003, o direito internacional das patentes é utilizado como um espaço normativo no qual os Estados são co-responsables pelo equilíbrio entre produção e acesso a medicamentos inovadores nos Estados que não têm o arsenal tecnológico necessário para produzi-los. Em função desta lógica, a necessidade de construir um padrão mínimo comum de protecção dos direitos dos titulares de patentes é contrabalançada pela necessidade igualmente compartilhada de promoção do acesso às invenções protegidas. Neste equilíbrio, o direito à saúde foi considerado como um valor comum que a sociedade busca proteger. Esse direito já foi reconhecido pela Declaração universal dos direitos humanos e é um dos fundamentos da OMS. Atualmente, esse valor comum pode ser observado também em setores antes dominados apenas pela lógica comercial, nota-se que o acesso a medicamentos tem se revelado como razão legítima para limitar os direitos derivados de acordos comerciais.

## III. BIBLIORAFIA

BERMUDEZ, J. OLIVEIRA M-A., CHAVES, G.C. O Acordo TRIPS da OMC e os desafios para a saúde pública. In: BERMUDEZ, J.; ESTHER, A.; M-A. OLIVEIRA (dir). **Acesso a medicamentos : derecho fundamental. Papel del Estado**. Rio de Janeiro: Fiocruz/ENSP, 2004.

CORREA, C. Implementing national public health policies in the framework of the WTO Agreements. **Journal of World Trade**, 2000, vol. 34, n. 5.

CORREA, C. YUSUF. **Intellectual property rights and international trade. The TRIP's agreement**. London: Kluwer Law International, 1998.

CORREA, Carlos M.. O Acordo TRIPS e o acesso a medicamentos nos países em desenvolvimento. *Sur, Rev. int. direitos human.* [online]. 2005, vol.2, n.3 , pp. 26-39 . Disponível em : <<http://www.scielo.br/scielo.php>>

DIAS VARELLA, M. **Direito internacional econômico ambiental**, Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ONUAIDS. Rapport Annuel sur l'état de la pandémie du AIDS 2009, p. 9, disponível em : [http://data.unaids.org/pub/Report/2009/2009\\_epidemic\\_update\\_en.pdf](http://data.unaids.org/pub/Report/2009/2009_epidemic_update_en.pdf)

ROBINE, A. **Transfert et acquisition de la technologie dans les pays émergents. L'exemple brésilien de l'accès aux médicaments contre le sida**. Thèse, Paris, Université Paris 1, 2008.



# DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS CONTRIBUINTEES: BREVES CONSIDERAÇÕES

---

*Octavio Campos Fischer<sup>1</sup>*

## RESUMO

Este estudo pretende analisar alguns dos principais Direitos Fundamentais que a Constituição Federal do Brasil de 1988 estabeleceu para proteger os contribuintes. Algumas importantes reflexões devem ser feitas por toda a sociedade brasileira e suas instituições neste especial momento no qual a Constituição completa 20 anos de idade. Embora seja uma Lei Fundamental jovem, a Constituição brasileira tem sido muito alterada, a cada ano, e, no que se refere à matéria tributária, o Governo, com o apoio do Congresso, quer aprovar uma nova Reforma. A idéia é sempre boa. A questão, porém, é: boa para quem? Para os contribuintes ou para o Governo? Algo, porém, deve ficar claro: uma Reforma, qualquer Reforma, deve preservar os Direitos Fundamentais. Este é o motivo pelo qual entendemos importante consignar nossa compreensão acerca dos “Direitos Fundamentais dos Contribuintes”.

## Palavras-chave

Sistema Constitucional Tributário. Constituição Federal do Brasil de 1988. Direitos Fundamentais dos Contribuintes.

## ABSTRACT

This study aims to analyze some of the main Fundamental Rights that the Brazilian Federal Constitution of 1988 dedicated to protect tax payers. Some important reflections must be made by the whole Brazilian society and its institutions in this special moment when the Constitution reaches 20 years old. Although a young Fundamental Law, Brazilian Constitution has been changed a lot, each year, and, concerning the tax issues, the Government, with the support of the Congress, wants to approve a new reform. The idea is always good. The question, however, is: good for whom? Tax payers or Governments? One thing has to be clear: a reform, any reform, has to preserve the fundamental rights. It's that why it's important to know what we mean by “Tax Payer's Fundamental Rights”.

## Keywords

Constitutional Tax System. Brasil's Federal Constitution of 1988. Tax Payers's Fundamental Rights.

---

<sup>1</sup> Advogado em Curitiba. Doutor e Mestre em Direito Tributário pela UFPR. Professor de Direito Tributário da UniBrasil (Mestrado, Graduação e Especialização). Vice-coordenador do Curso de Mestrado em Direito da UniBrasil. E-mail: octavio@octaviofischer.com.br

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O Sistema Constitucional Tributário é composto por três blocos de normas. Um grupo de normas que se refere à atribuição de competências tributárias; um grupo de normas que se refere às limitações a essas competências e, por fim, um terceiro grupo de normas que regula a repartição e destinação das receitas tributárias.

A Seção II do Capítulo I do Título VI da Constituição Federal de 1988, apesar de composta de apenas de três dispositivos (arts. 150 a 152), dedicou ao tema “Das Limitações do Poder de Tributar” um grande número de normas.

Historicamente, é a primeira Constituição brasileira que ordenou e sistematizou as normas constitucionais protetoras dos contribuintes, dedicando-lhes um espaço próprio, dentro do capítulo do Sistema Tributário, e, assim, conferindo-lhes uma posição de destaque e de maior visibilidade.

É certo que nas Constituições anteriores, em maior ou menor medida, o tema sempre foi considerado<sup>2</sup>. Entretanto, destaque-se que, com a Emenda nº 18/65, a constitucionalização da matéria tributária tornou-se mais robusta, detalhista e racional. Na Constituição de 1946, as normas tributárias ainda não possuíam um espaço próprio, tendo sido albergadas dentro do Capítulo das “Disposições Preliminares” do Título I, que regravava o tema “Da Organização Federal”. Referida Emenda, todavia, promoveu uma verdadeira guinada. O seu art. 1º deu o tom da mudança já nas suas primeiras palavras, anunciando que trataria não apenas da tributação, mas do “Sistema Tributário Nacional” como um todo. Foram criados, então, vinte e sete artigos para regular a discriminação de competências, rendas e as garantias dos contribuintes. Sob este aspecto formal, a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional 01/69, também, mantiveram a idéia de reservar um capítulo próprio para tratar longamente da tributação.

Já a Constituição de 1988 foi além. Não só continuou a tradição de regular extensamente a matéria tributária, como abriu um espaço próprio no seu Título VI para prescrever alguns dos mais importantes (e não todos, diga-se de passagem) direitos e garantias dos contribuintes.

Com o presente estudo, pretendemos analisar os dispositivos constitucionais que mais diretamente se referem ao tema “Limitações ao Poder de Tributar”. Assim, nossa atenção estará predominantemente voltada para os arts. 150-152 da CF/88.

---

<sup>2</sup> Como lecionava *Aliomar Baleeiro*, “De modo geral, em virtude da rígida discriminação de rendas esboçadas no Ato Adicional de 1834 e que progressivamente se estabeleceu no País desde a Constituição de 1891 e que atingiu ao máximo depois da Emenda nº 18, de 1965, a União, os Estados-membros, o Distrito Federal e os Municípios estão adstritos às normas inflexíveis de competência. Elas limitam o poder de tributar de cada uma dessas pessoas de Direito Público” (*Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7ª ed. Atualizadora Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 2).

## 2. ANÁLISE DO ART.150

O caput do art. 150 da CF/88 contém dois importantes comandos. De um lado (...*é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios*), impõe um rol expressivo de proibições aos entes federativos para o exercício de suas competências tributárias (legislativa e administrativa). De outro (*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte...*), estabelece que este rol não é taxativo.

No conjunto, é necessário reconhecer que, através deste dispositivo, a Constituição deixa claro que as normas constitucionais limitadoras do poder de tributar têm uma natureza dúplice. Ao mesmo tempo em que são normas que auxiliam na delimitação de competências, são, também, normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Especificamente, é importante frisar que estamos diante de *direitos e garantias fundamentais de 1ª dimensão aplicáveis às relações tributárias*, no sentido de que representam uma resistência e uma oposição em relação ao Estado<sup>3-4</sup>.

Este reconhecimento implica conseqüências importantíssimas para a interpretação e a aplicação do sistema tributário brasileiro como um todo.

Primeiro, porque, sendo normas de direitos fundamentais, são cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, par. 4, inc. IV da CF/88. Assim, mesmo Emendas Constitucionais não podem suprimi-las, atingir seu núcleo essencial ou inviabilizar a realização dos valores por elas veiculados<sup>5</sup>.

Segundo, que o atual estágio da Teoria Constitucional reconhece que os direitos fundamentais formam o núcleo da Constituição, de sorte que toda e qualquer interpretação constitucional deve dar prioridade para a eficácia deles. Assim, leciona *Willis Santiago Guerra Filho*, com a Constituição de 1988,

<sup>3</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 517.

<sup>4</sup> Trata-se de orientação abraçada, inclusive, pelo *Supremo Tribunal Federal*: “O exercício do poder tributário, pelo Estado, submete-se, por inteiro, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional que, de modo explícito ou implícito, institui em favor dos contribuintes decisivas limitações à competência estatal para impor e exigir, coativamente, as diversas espécies tributárias existentes” (ADI-MC 712/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJU I de 19.02.1993, p. 2032).

<sup>5</sup> Esta discussão é extremamente complexa. Para maiores considerações, veja-se: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Direitos fundamentais do contribuinte* (Pesquisas Tributárias – Nova Série nº 6). São Paulo: Centro de Extensão Universitária e Editora RT, 2000. Importante mencionar que, no julgamento da ADIN nº 939, acerca do antigo IPMF, o *Supremo Tribunal Federal* reconheceu que as imunidades e os princípios são cláusulas pétreas, não podendo ser afrontadas sequer por Emenda Constitucional” (ADI nº 939/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU I de 18.03.1994, p. 5165). Todavia, mais recentemente, o *Supremo Tribunal Federal* já teve oportunidade de se manifestar no sentido de não enxergar de forma ampla as cláusulas pétreas, ao analisar a revogação de uma imunidade tributária pela Emenda Constitucional nº 20/98: “1. Mostra-se impertinente a alegação de que a norma art. 153, § 2º, II, da Constituição Federal não poderia ter sido revogada pela EC nº 20/98 por se tratar de cláusula pétrea. 2. Esta norma não consagrava direito ou garantia fundamental, apenas previa a imunidade do imposto sobre a renda a um determinado grupo social. Sua supressão do texto constitucional, portanto, não representou a cassação ou o tolhimento de um direito fundamental e, tampouco, um rompimento da ordem constitucional vigente” (RE 372600/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU I de 23/04/2004, p. 40).



que instaurou o padrão do Estado Democrático de Direito, “A interpretação constitucional...pressupõe...uma teoria dos direitos fundamentais”<sup>6</sup>, porque, nas lições de *Paulo Bonavides*, estes “são a bússola das Constituições”<sup>7</sup>.

Terceiro, não podemos esquecer que, para além da sua *dimensão subjetiva*, que corresponde “...à exigência de uma ação negativa...ou positiva...”<sup>8</sup>, os direitos fundamentais possuem uma *dimensão objetiva*, alcançando “...a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política e os expandem para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático”<sup>9</sup>. Esta dimensão faz com “...que o bem por ele tutelado seja visto como um valor em si, a ser preservado e fomentado”<sup>10</sup>. Assim, pode soar simples demais, porém é sempre bom deixar claro que o Estado existe, primordialmente, em função da realização e proteção dos direitos fundamentais, sem os quais não teria razão de existir.

Mas, como dissemos acima, os direitos fundamentais aplicáveis às relações tributárias não encontram no art. 150 da CF/88 um rol taxativo. Aliás, ainda que desnecessariamente, este dispositivo estabeleceu uma *cláusula de abertura* para outros direitos e garantias fundamentais (*Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte...*), prescritos nos demais comandos do próprio sistema tributário ou da Constituição como um todo, inclusive considerando-se o contido no §2º do art. 5º da CF/88. De fato, é indiscutível que o Título VI (sistema tributário) também estatuiu direitos fundamentais em outros dispositivos, a exemplo dos princípios da capacidade contributiva (art. 145...), da não-cumulatividade e da proibição de bi-tributação (art. 154, I, e 195, par. 4o, CF/88). Para além disto, não há como negar que os demais direitos fundamentais do cidadão oponíveis ao Poder Público, igualmente, são aplicáveis à atividade tributária.

Enfim, cumpre situar que nos distanciamos da disputa teórica a respeito da distinção entre princípios, regras e postulados. Por razões que extrapolam o objetivo do presente trabalho, adotamos, ao contrário da doutrina mais respeitada<sup>11</sup>, o pensamento tradicional e sustentamos a consagrada e clássica lição de *Celso Antônio Bandeira de Mello*. Assim:

“Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”<sup>12</sup>.

Esta tomada de posição é necessária apenas para não restar dúvida quanto

<sup>6</sup> *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 31.

<sup>7</sup> *Op. cit.*, p. 553.

<sup>8</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_; COELHO, Inocêncio Mártires & MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 152.

<sup>9</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 153.

<sup>10</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 153.

<sup>11</sup> Sobre a distinção, veja-se o importante estudo: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>12</sup> *Curso de direito administrativo*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 841-842.



ao fato de que, em nosso entendimento, legalidade, irretroatividade, anterioridade tributárias, dentre outras, continuam a ser princípios e não regras, nem postulados.

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

O inc. I do art. 150 da CF/88 prevê um dos mais relevantes princípios constitucionais, o princípio da legalidade tributária<sup>13</sup>.

Todavia, sua real estatura não é alcançada apenas pela leitura isolada deste dispositivo. Faz-se necessário conjugá-lo com o prescrito no art. 5º, II<sup>14</sup> e no art. 37<sup>15</sup>, ambos da CF/88, que nos levam a três facetas interligadas desse princípio: a) *legalidade constitucional* (princípio da constitucionalidade), porque a instituição e regulamentação dos tributos somente podem ser feitas com autorização constitucional e nos limites desta; b) *reserva de lei*, porque, além de autorização constitucional, a instituição e estruturação dos tributos somente pode ser feita por lei e c) *legalidade administrativa*, na medida em que a *cobrança* e a *fiscalização* dos tributos somente podem ser feitas nos limites em que autorizadas e reguladas por lei<sup>16</sup>.

Normalmente, o princípio da legalidade tributária é associado à histórica idéia de que o tributo somente pode ser criado por lei porque esta é fruto da vontade da população, manifestada por seus representantes no Parlamento. Isto é, sem lei, o governo não tem autorização popular para exigir o tributo<sup>17</sup>. Assim concebido, a legalidade tributária alcançou um nível quase mítico dentro do direito tributário. Entretanto, cumpre enfrentarmos o problema de que, ao menos no Brasil e de longa data, não temos legitimidade no espaço político-representativo para sustentar que é através da lei que os cidadãos consentem que o poder público realize a tributação. Isto é, parece-nos difícil aceitar a idéia de que a legalidade tributária é sinônimo de *auto-tributação*. Porque, tomando de empréstimo as lições de *Carlos de Cabo Martín*, "...a lei tem gozado de uma legitimação vaga...", que encontra sua origem "... na referência imprecisa, mas irresistível, que é a 'vontade geral'"<sup>18</sup>, que, todavia, não se sustenta diante da crise de representatividade do Parlamento.

Por evidente que tal afirmação não significa qualquer desprezo de nossa

<sup>13</sup> Já, na Constituição de 1891, tínhamos, no §30 do art. 72, que contemplava a "Declaração de Direitos", a determinação de que: "Nenhum imposto de qualquer natureza poderá ser cobrado senão (*sic*) em virtude de lei que o autorize".

<sup>14</sup> "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

<sup>15</sup> "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...".

<sup>16</sup> Cumpre mencionar que a legalidade tributária tem seu conteúdo complementado, também, pelo §6º *infra*.

<sup>17</sup> A evolução histórica desta idéia de consentimento popular para a cobrança do tributo pode ser aprofundada na clássica obra: UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*. 2ª ed., Tradução Marco Aurélio Greco, São Paulo: Malheiros, 1999.

<sup>18</sup> Sobre el concepto de ley. Madrid: Editorial Trotta, 2000, p. 77.

parte para com o princípio da legalidade tributária ou a defesa de que o Poder Executivo pode legislar para criar e regular tributos. A importância de tal princípio é inquestionável, deixe-se bem claro. Bem por isto, não podemos aceitar que o mesmo seja envolto em concepções fantasiosas que nada contribuem para sua eficácia. A legalidade tributária, antes de ser justificada como um instrumento de legitimação popular do tributo, deve ser vista como um dos melhores instrumentos para concretizar a idéia de Estado de Direito e o valor segurança jurídica.

Justamente por isto, rechaçamos a utilização de medida provisória para a criação e a estruturação dos tributos. Certo que, para tanto, devemos considerar que o §1º do art. 62 da CF/88, não apresenta um rol taxativo de proibições para esse instrumento, bem como que o §2º do mesmo dispositivo não pode ser considerado como válido e capaz de legitimar o uso de medida provisória em tal matéria, com o simples argumento de que foi trazido para o ordenamento por uma Emenda Constitucional.

Sinteticamente, dentre outros fortes argumentos<sup>19</sup>, partimos da idéia de que, historicamente, apenas podemos falar em direito tributário, enquanto conjunto de normas disciplinadoras da tributação (esta, sim, sempre existiu), quando o Estado, na sua atividade tributária, passa a ser limitado pelo direito, deixando de legitimá-la com base no simples *poder de império*<sup>20</sup>. A relação tributária passa, então e em tese, de relação de poder para relação jurídica. É neste momento que se consolida a importância do princípio da legalidade para registrar a transferência da titularidade da máquina de fazer leis das mãos do Executivo para as mãos do povo, guiadas, no entanto, por representantes escolhidos por este. Assim, como leciona *Vinício Ribeiro*, “A vontade do Rei não podia prevalecer mais sobre os costumes constitucionais firmados no Direito Natural e em que se alicerçavam os direitos individuais e as liberdades dos cidadãos. (...) Os interesses da Administração, assim como as suas relações com os particulares, estavam submetidos ao direito comum dos cidadãos”<sup>21</sup>. Em suma, no Estado de Direito, o Estado – personificado no Executivo – não pode ser a fonte ejetora de comandos normativos contra o cidadão.

Após a segunda metade do século XX, os países ocidentais caminharam para adotar uma outra fórmula: a do Estado Democrático de Direito. Com diferenças terminológicas na maioria dos países, o que se pretende, de forma geral, é superar tanto um modelo de Estado de Direito, como um modelo de Estado Social. Nas palavras de *Jorge Reis Novaes*, a partir da idéia de Estado Social e Democrático de Direito, sugere-se “a confluência...de três elementos que poderíamos sintetizar por: a segurança jurídica que resulta da protecção dos direitos fundamentais, a obrigação social de configuração da sociedade

<sup>19</sup> Veja-se, a respeito, nosso estudo: FISCHER, Octavio Campos. Algumas notas sobre Medidas Provisórias, Tributação e Estado Democrático de Direito. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (coords.). *Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>20</sup> Fórmula que, atualmente, vem sendo aplicada sob a idéia de *supremacia do interesse público*.

<sup>21</sup> *O Estado de Direito e o princípio da legalidade da administração*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1981, p. 29.

por parte do Estado e a autodeterminação democrática”<sup>22</sup>. Portanto, no Estado Democrático de Direito não se abandonam as conquistas do Estado de Direito. Ao contrário, estas devem ser preservadas para que o Estado possa legitimar a sua atuação na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Desta forma, é importante reconhecer que, por mais que o tributo seja um dos instrumentos mais relevantes para tal desiderato, não se pode admitir, hoje, a sua exigência sem o respeito aos limites constitucionais. *Os fins não mais justificam os meios*, como se tentou pregar e realizar nos Estados Sociais de cunho autoritário. Os fins devem ser buscados, sim, mas dentro das regras do jogo constitucional.

A partir destas considerações, temos que é inadmissível a utilização de medida provisória em matéria tributária, justamente porque isto significa retroceder o Estado à formulação do Estado Absolutista; pré-Estado de Direito. É reconhecer que a relação tributária deixa de ser uma relação jurídica para ser considerada uma relação de poder, formalizada em textos normativos. Isto porque se admitirmos que o Executivo, que participa da relação tributária, tem o poder para ditar tal relação, significa reconhecer que as regras do jogo não são postas de forma imparcial, mas sim impostas por uma das partes interessadas, unilateralmente. É dizer, “Se o governo pudesse definir, ele próprio, os limites do seu poder de *imperium* a garantia institucional das liberdades civis e políticas estaria perdida”<sup>23</sup>. E aí já não se tem Estado de Direito; quanto mais um Estado Democrático de Direito. Frise-se: Estado de Direito – que está contido no Estado Democrático de Direito – significa que o Estado se submete ao direito. Não é um *Direito do Estado*. Portanto, medida provisória para reger o relacionamento Estado-cidadão significa a própria antítese do Estado de Direito, porque já não se tem mais o Estado-Executivo obediente ao Direito, mas seu dono e produtor. Daí que, apesar de ter *força de lei*, não poderá atuar em todos os quadrantes autorizados, constitucionalmente, à lei. Portanto, não poderá atuar para criar, estruturar e aumentar tributos.

Claro que não podemos esquecer que a própria Constituição autoriza, excepcionalmente, o Poder Executivo a majorar certos tributos<sup>24</sup>. Mas, trata-se de uma pequena e bastante restritiva exceção (para alguns, uma *aparente exceção*) ao princípio da legalidade tributária e que foi estabelecida pelo próprio Poder Constituinte Originário.

Para além do que dissemos até aqui, é importante lembrar que, regra geral, o instrumento normativo, por excelência, para injetar normas tributárias primárias no ordenamento brasileiro é a lei ordinária. Excepcionalmente, exige-se lei complementar (arts. 148; 153, VII; 154, I e 195, §4º).

<sup>22</sup> *Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*. Coimbra, 1987, p. 224.

<sup>23</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A “questão política” nas medidas provisórias. In: *Op. cit.*, p. 90-91.

<sup>24</sup> §1º do art. 153: “É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V”.

Por outro lado, não se pode interpretar a prescrição do art. 146, III da CF/88, no sentido de exigir que, antes da criação de cada tributo, deve-se ter uma lei complementar nacional que estabeleça normas gerais a seu respeito<sup>25</sup>, sob pena, inclusive, de ofensa ao princípio federativo.

Entretanto, o alcance do princípio da legalidade não para por aí. É necessário dizer que ele não se traduz em mera autorização para que a lei apenas estabeleça que está criado um tributo. Veja-se, por exemplo, o caso do imposto sobre grandes fortunas (art. 153, VII, CF/88). Não basta que a lei complementar estatua que está criado tal tributo. Em razão do valor segurança jurídica, desdobra-se da legalidade a idéia de tipicidade tributária<sup>26</sup>, porque a lei deve estabelecer minuciosamente todos os elementos que impliquem na estruturação do tributo. Diga-se de outra forma, a lei deve estabelecer rigorosamente todos os critérios da *regra-matriz de incidência tributária* (na hipótese, os critérios material, espacial, temporal e pessoal e, na consequência/mandamento, as determinações objetiva e subjetiva<sup>27</sup>).

Assim, é sempre importante frisar – ainda que, para alguns, isto possa ser bastante óbvio – que “A legalidade tributária implica... não a simples *preeminência da lei*, mas a *reserva absoluta de lei*”<sup>28</sup>, justamente para evitar que a Administração Pública, ao arrecadar e fiscalizar os tributos, supere e afronte, por vias indiretas e obscuras, o art. 150, I da CF/88, com a edição de normas secundárias que acabem por decidir se o tributo é ou não devido ou em que medida é devido.

É bom lembrarmos que, ao contrário do que se passa no direito penal, no Brasil, a tipicidade tributária é mais rígida. Atinge fortemente tanto a hipótese quanto a consequência da *regra-matriz*, trabalhando (ao máximo) para retirar da Administração Pública toda e qualquer possibilidade, ainda que de forma indireta, de edificação de um tributo (salvo, como dissemos *supra*, no caso do §3º do art. 153 da CF/88). Assim, se no direito penal, apesar do fato punível ser um fato típico/legal, é possível que o Poder Judiciário escolha a mais adequada consequência, dentre aquelas ofertadas pela lei (por exemplo, pode escolher, nos limites da lei, a quantos anos de reclusão uma pessoa será condenada), no direito tributário brasileiro o aplicador da lei (o Poder Executivo) não deve ter voz no estabelecimento do quanto deve ser pago pelo contribuinte<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Sobre esta questão, há orientação firme no *Supremo Tribunal Federal* (Recurso Extraordinário nº 236931, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJU I de 29.10.1999).

<sup>26</sup> A idéia de *tipicidade* que adotamos é aquela advinda das clássicas lições de *Alberto Xavier* (*Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação*. São Paulo: RT, 1978), mas não desconhecemos as modernas contribuições, especialmente a partir de *Misabel Derzi* (*Direito tributário, direito penal e tipo*. São Paulo: RT, 1988). Em nosso entender, basta que esta opção reste clara para o leitor, o que não prejudicará a realidade que se pretende projetar, pois não existe uma relação de congruência ontológica entre palavra e realidade.

<sup>27</sup> Sobre este específico tema, ver nossas considerações em: FISCHER, Octavio Campos. *A Contribuição ao PIS*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 24-42. Sobre o critério pessoal na hipótese de incidência, reformulamos nossa anterior proposta e passamos a considerá-lo como um importante critério para a estruturação da *regra-matriz de incidência tributária*.

<sup>28</sup> AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 112.

<sup>29</sup> Temos consciência, porém, de que esta construção teórica encontra algumas resistências em

II - Instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

O princípio da igualdade é um valor constitucional multifacetário e, portanto, de difícil compreensão e aplicação, inclusive no direito tributário<sup>30</sup>. Sua importância, porém, é inquestionável. *Geraldo Ataliba* dizia ser “...a pedra de toque do regime republicano”<sup>31</sup>.

Normalmente, ensina-se que se está de acordo com a isonomia quando os *iguais são tratados igualmente e os desiguais são tratados desigualmente*. O problema, porém, está em saber quem são os *iguais* e quem são os *desiguais*, porquanto “...nunca dos personas o dos situaciones vitales personales son iguales en todos los respectos”<sup>32</sup>. Assim, *J.J. Gomes Canotilho* indaga: “o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa?”<sup>33</sup>. Afinal, como bem pondera *Carlos Roberto Siqueira Castro*, “É muito pouco,..., exigir-se à sombra da regra igualitária, tão apenas o tratamento igual para os iguais, eis que tal possibilitaria ao legislador toda sorte de discriminação, por mais despropositadas e carentes de fundamento que pudessem ser. (...) Nessa linha, poder-se-ia estabelecer, por absurdo que pareça, tratamento legislativo distinto entre proprietários de automóveis verdes e proprietários de automóveis amarelos, ou entre canhotos e destros, para fins de habilitação em concurso público...”<sup>34</sup>.

Por outro lado, a Constituição de 1988, na tentativa de evitar discriminações

---

modernos doutrinadores e em alguns setores da jurisprudência, que alegam ser impossível e inadmissível uma concepção tão rígida e rigorosa da legalidade (Para uma compreensão atual da polêmica a respeito, veja-se: RIBEIRO, Ricardo Lodi & ROCHA, Sérgio André [coord.]. *Legalidade e tipicidade no direito tributário*. São Paulo: Quartier Latin, 2008). Alega-se, por exemplo, que, por maior que seja a boa vontade do legislador, há situações de fato que não se consegue traduzir de forma perfeita na linguagem legal, especialmente porque esta, derivada que é da linguagem comum, é permeada por palavras vagas, ambíguas, indeterminadas e imprecisas. Entretanto, este reconhecimento não nos autoriza a abdicar da tarefa da legalidade tributária de propiciar segurança jurídica à sociedade. Enquanto princípio, a legalidade tributária exige que sua aplicação (legislativa e administrativa) trabalhe para rechaçar (ao máximo) interferências do Poder Executivo na construção e na cobrança do tributo. Assim, não é somente porque a linguagem é repleta de imperfeições e aberturas - como também, não é somente porque temos abusos e fraudes cometidas por determinados contribuintes - que vamos abraçar a relativização dos direitos e garantias fundamentais sem mais nem menos. Afinal, não podemos esquecer que, muito além de serem direitos subjetivos, eles são valores objetivos indicados por uma comunidade como fundamentais para termos um padrão civilizatório mínimo. Suas imperfeições devem ser superadas e não utilizadas para sua denegação ou restrição.

<sup>30</sup> Para um aprofundamento, veja-se: ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>31</sup> República e constituição. São Paulo : RT, 1985, p. 134.

<sup>32</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 386-387.

<sup>33</sup> *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 426.

<sup>34</sup> *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 384.

arbitrárias a valores sensíveis à sociedade acabou por tornar absolutos alguns critérios de diferenciação, como o sexo, a raça, a cor, a idade, a origem e *quaisquer outras formas de discriminação* (inc. IV do art. 3º), sem contribuir muito para a compreensão da igualdade. A rigor, temos aí uma norma com um impacto retórico bastante forte, mas cujo conteúdo restou bastante prejudicado pela redação do seu texto. Em uma primeira aproximação, o leitor não versado na técnica jurídica pode pensar que jamais será admitida qualquer espécie de diferenciação com base nos critérios acima elencados. Depois, se parar para pensar um pouco mais, pode alcançar a conclusão de que está proibida qualquer forma de discriminação, sendo que todos na sociedade devem ser tratados da mesma forma, sem qualquer tipo de distinção! Ou seja, a cláusula “quaisquer outras formas de discriminação” é de tal forma ampla que anula os efeitos da primeira parte do dispositivo, o qual pode ser reduzido ao seguinte: *é vedada qualquer forma de discriminação* (e que, na leitura de um leigo, pode ser compreendido no sentido de que ninguém pode ser tratado diferentemente).

É evidente, porém, que não podemos respaldar uma tal leitura do texto constitucional, sob pena, inclusive, de anularmos o próprio princípio da igualdade, que, no seu núcleo, não só admite como exige que sejam feitas certas discriminações.

Na tentativa de superar os paradoxos que o tema encerra, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que não podemos resolver o problema da isonomia tornando absolutos alguns critérios de distinção ou equiparação. Não podemos dizer, por exemplo, que nunca será possível haver uma discriminação com base no sexo, na raça ou na idade (ou, em nosso caso, sem considerar exclusivamente a capacidade contributiva). Para ele, “qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico”<sup>35</sup>. Afinal, “nada obsta que sejam admitidas apenas mulheres – desequiparação em razão de sexo – em concursos para preenchimento de cargo de ‘polícia feminina’”<sup>36</sup>!

Bem por isto, J. J. Gomes Canotilho, com suporte em *Podlech*, afirma que a igualdade é *relacional*, no sentido de pressupor uma *relação tripolar*: “o indivíduo *a* é igual ao indivíduo *b*, tendo em conta determinadas características”.<sup>37</sup> Nesta seara, para além da análise do critério (características), *Celso Antônio Bandeira de Mello* entende ser necessário verificar se há *correlação lógica/justificativa racional/fundamento lógico* entre o critério escolhido para efetuar a discriminação e o tratamento diferenciado realizado pela norma<sup>38</sup>.

É claro que ao sustentarmos esta orientação não podemos deixar de

<sup>35</sup> *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 17.

<sup>36</sup> *Idem*, loc. cit.

<sup>37</sup> *Op. cit.*, p. 426.

<sup>38</sup> *Op. cit.*, p. 21.

reconhecer nela uma forte carga de subjetividade do operador jurídico, porquanto não temos uma pauta *a priori* ou um critério objetivo e universal para determinarmos de forma precisa e inquestionável o que seja uma *justificativa racional* ou um *fundamento lógico*.

Este pensamento, porém, deve ser bem compreendido para não produzir uma indevida redução da isonomia apenas à idéia de *proibição de arbítrio*: seria ofensivo à igualdade um tratamento diferenciado que se mostrasse arbitrário, sem correlação lógica entre o critério escolhido e o tratamento confeccionado pela norma. Mais do que isto, o princípio em tela deve impor a busca por uma tributação justa e não apenas não-arbitrária.

Nesta trilha, para muitos, a isonomia tem como desdobramento lógico o princípio da capacidade contributiva, uma vez que a tributação deve atingir todos aqueles que possuem condições financeiras para arcar com as despesas públicas, mas sempre de acordo com a capacidade contributiva de cada um. Em suma, *deve pagar mais quem tem mais condições e pagar menos quem tem menos condições para tanto*.

Entretanto, não podemos tornar a capacidade contributiva um critério absoluto e exclusivo para o manejo da tributação. Porque, em muitas situações, o ordenamento jurídico não só autoriza como, também, impõe uma tributação diferenciada à luz de outros critérios. Basta lembrarmos da tributação extrafiscal, com o intuito de obter do contribuinte uma determinada conduta (comissão ou por omissão). É certo que qualquer modalidade de tributação não poderá aniquilar o mínimo vital e tornar-se similar a um confisco, mas na extrafiscalidade o ordenamento possibilita que o Poder Público trabalhe com níveis um pouco mais elevados de tributação com o intuito de forçar o contribuinte a comportar-se de certo modo. O importante, porém, é considerar que, neste caso, a tributação, ainda que não atinja patamares confiscatórios, será diferenciada a partir de outro critério que não a capacidade contributiva de forma exclusiva<sup>39</sup>.

### III - cobrar tributos:

*a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;*

Há, na letra “a” do inc. III do art. 150 da CF/88, a previsão da parte mais robusta do princípio da irretroatividade tributária. Não a única, porém. É dizer, tal princípio não se reduz a este dispositivo constitucional.

Mesmo assim, é importante ressaltar que o dispositivo em comento projeta uma norma constitucional que não possui qualquer exceção. É dizer, não há autorização constitucional de espécie alguma para que ato normativo que

---

<sup>39</sup> Estamos, aqui, mencionando a *capacidade contributiva relativa*, pois a *capacidade contributiva objetiva* sempre deverá ser respeitada, enquanto determinação para que o legislador escolha como fatos tributáveis apenas fatos economicamente relevantes.



institua ou aumente qualquer tributo possa incidir sobre fatos ocorridos antes do início da sua vigência. Nem mesmo o ato normativo que, pretensiosamente, apresente-se como tendo natureza interpretativa<sup>40</sup>.

Impõe observar que a proibição de irretroatividade para normas instituidoras ou majoradoras de tributos somente tem sentido para aquelas situações em que não se aplica o princípio da anterioridade em quaisquer de suas modalidades. Afinal, se um tributo não é exceção a este princípio, então, a norma que o institua ou que o aumente sequer poderá produzir efeitos na data em que for publicada ou que entrar em vigor; quanto mais será lícito cogitar-se de eventual incidência retroativa.

Todavia, como anunciamos acima, o princípio da irretroatividade tributária é mais amplo que esse comando constitucional, pois serve como um instrumento poderosíssimo de *proteção da confiança legítima do cidadão em relação a todo e qualquer ato do poder público*. Tem por finalidade evitar que alterações mais onerosas para o cidadão no regramento das relações tributárias sejam aplicáveis retroativamente. Neste sentido, sua aplicação amplia-se para atos do Poder Executivo<sup>41</sup> e, em certas situações, do próprio Poder Judiciário<sup>42</sup>.

Neste caso, é importante frisar que o princípio da irretroatividade não se aplica se a posterior lei tributária punitiva for mais branda, seja porque se tem previsão no art. 106, II do CTN, seja porque, não fosse assim, estaríamos diante de um *non sense* jurídico.

b) *no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;*

c) *antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;*

No inciso III, letras “b” e “c”, temos a previsão do princípio da anterioridade tributária. Sua configuração reclama, também, a análise do §1º do art. 150 infra e do §6º do art. 195.

Trata-se, como bem asseverou *Roque Antônio Carrazza*, de um *corolário lógico* da segurança jurídica<sup>43</sup>. Bem se diga que a própria existência do direito tem por fundamento

<sup>40</sup> Sobre esta questão, veja-se: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Decadência e Prescrição* (Pesquisas Tributárias - Nova Série 13). São Paulo: RT, 2007. A matéria foi debatida amplamente no *Superior Tribunal de Justiça*, em razão da Lei Complementar nº 118/2005, que procurou restringir, com aplicação retroativa, o prazo de restituição dos tributos pagos indevidamente (AI nos EREsp 644736 / PE, Corte Especial, Rel. Min. Teori Zavascki, DJU I de 27.08.2007, p. 170).

<sup>41</sup> É salutar mencionar, aqui, o art. 146 do CTN, que reconhece a necessidade de proteger a confiança do contribuinte em relação aos atos do poder público.

<sup>42</sup> Menciona-se, aqui, especificamente da questão dos efeitos *ex tunc* das decisões judiciais que analisam a constitucionalidade de atos do poder público. Sabe-se que a regra geral é a retroatividade, mas que, excepcionalmente, o Poder Judiciário pode adotar os efeitos *ex nunc*. Veja-se o nosso: FISCHER, Octavio Campos. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade no direito tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

<sup>43</sup> *Curso de direito constitucional tributário*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 178.



conferir estabilidade e segurança às relações sociais. “A existência de uma ordem jurídica é já por si uma garantia de segurança”, ensina-nos *César García Novoa*<sup>44</sup>. Mas, no âmbito da tributação, onde até mesmo “o passado é incerto”<sup>45</sup>, a norma da anterioridade, com a legalidade e a irretroatividade, funcionam como o “tripé da segurança” para tentar frear a volúpia fiscal do poder público.

Mesmo assim, em certas ocasiões, a anterioridade não vem conseguindo alcançar este seu intento. Tornou-se costume no Brasil instituir ou majorar tributos no apagar das luzes de um ano, para exigí-los logo no início do ano seguinte. A doutrina bem que tentou separar “publicação” e “circulação” para defender que não basta a veiculação da lei no Diário Oficial, sendo necessária a efetiva circulação deste para que a sociedade possa tomar conhecimento das inovações normativas. Não houve êxito nesta empreitada, porém<sup>46</sup>.

Uma outra forma totalmente questionável de interpretação da norma da anterioridade toma o art. 150, VI, “b” da CF/88 em sua literalidade. Equivocadamente, entendem alguns poucos que o que está vedada é a cobrança do tributo no mesmo ano, mas não a incidência da norma tributária. Haveria uma espécie de postergação do prazo de pagamento do tributo. Justamente porque referido dispositivo estabelece que é “vedado cobrar” e não que é “vedado incidir” no mesmo exercício financeiro.

*Tércio Sampaio Ferraz Júnior* lembrou que esta discussão foi travada no *Supremo Tribunal Federal*, quando o Min. *Sepúlveda Pertence* opôs-se “ao entendimento de que a anterioridade requerida constitucionalmente estabeleça não mais que um prazo de cobrança e pagamento, o que anularia o sentido mais profundo do princípio da não-surpresa”<sup>47-48</sup>.

---

<sup>44</sup> *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 22.

<sup>45</sup> Ao tratar de segurança jurídica, Marcello Cerqueira menciona que um Professor do Departamento de Ciência Política da UnB desabafou: “Não dá para arriscar num país onde até o passado é incerto” (Recado ao tempo: democracia e segurança jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes [coord.]. *Constituição e segurança jurídica: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2004, p. 31).

<sup>46</sup> O *Supremo Tribunal Federal* assim emitiu seu entendimento: “Não tem razão a agravante quanto à data da entrada em vigor da Lei em causa, porquanto ela ocorre com sua publicação, e esta se deu à noite do dia 31 de dezembro de 1991 quando o Diário Oficial foi posto à disposição do público, ainda que a remessa dos seus exemplares aos assinantes só se tenha efetivado no dia 02 de janeiro de 1992, pois publicação não se confunde com distribuição para assinantes. Assim, os princípios da anterioridade e da irretroatividade foram observados” (AI-AgR 282522/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, DJU I de 31.08.2001, p. 38). É claro que, em última instância, com essa pretendida distinção não se teria uma conclusão razoável a respeito de uma data limite para que a tributação pudesse ser aceita em função da anterioridade. Afinal, se o Poder Público conseguisse fazer “circular” o Diário Oficial Brasil afora em 29 de dezembro ainda assim continuaria desprestigiada a segurança jurídica.

<sup>47</sup> Anterioridade e irretroatividade no campo tributário. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 65, São Paulo: Dialética, p. 124, 2001.

<sup>48</sup> Bem por isto, em outro estudo sustentamos que, “mais do que segurança, a regra da anterioridade deve ser considerada como uma extensão do princípio da moralidade. É dizer, se o Poder Público tem o dever (jurídico) moral de tratar os contribuintes de forma ética, não basta que a anterioridade seja respeitada sob uma perspectiva formal, em que se autoriza a inovação normativa onerosa até o último dia de um exercício financeiro. A anterioridade material, que revela um forte conteúdo moral, está a exigir do Poder Público que informe com clareza, honestidade e antecipação os seus propósitos legislativos. Mesmo em relação àqueles tributos em que não se faz necessário obedecer a qualquer prazo de anterioridade, o Poder Público poderia, então, conferir

Com o advento da Emenda Constitucional nº 42/2003, a norma da anterioridade passou por uma importante reestruturação<sup>49</sup>. Antes dela, alguns tributos observavam a anterioridade geral (art. 150, III, “b”), as contribuições da seguridade social obedeciam à anterioridade especial (art. 195, §6º) e alguns impostos não precisavam observar qualquer prazo (art. 150, §1º)<sup>50</sup>.

Com a alteração do art. 150, III e de seu §1º da CF/88, assim passou a restar configurada a anterioridade:

(a) Há tributos que não precisam se submeter a qualquer prazo de anterioridade: art. 148, I<sup>51</sup>; art. 153, I, II, V e art. 154, II;

(b) Há os que se submetem à anterioridade nonagesimal, por força

---

ao contribuinte uma maior tranquilidade para organizar as suas atividades se, espontaneamente, informasse com uma antecedência razoável sua pretensão de mudar a forma de tributação. Pensamos que o Poder Público poderia deixar para utilizar a faculdade de aumentar ou criar tributos sem observar o art. 150, III, ‘b’ da CF/88, somente nos casos de extrema necessidade; demonstrando, ademais, à sociedade que assim agiu em razão de não ter outra opção” (A regra da anterioridade e a Emenda Constitucional nº 42/03. In: SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes [org.]. *Reforma tributária: Emendas Constitucionais nº 41 e nº 42, de 2003 e nº 44, de 2004*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004).

<sup>49</sup> Em relação às medidas provisórias, houve uma pequena alteração com a EC nº 32/2001. Até então, a jurisprudência consolidou-se no sentido de que o prazo de anterioridade é contado da edição da primeira medida provisória. Com o novo §2º do art. 62 da CF/88, que, antes de tudo, se mostra inconstitucional por sacramentar o uso deste instituto em matéria tributária, “§2º Medida provisória que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos nos arts. 153, I, II, IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada”. Certamente, uma melhor redação seria: “Medida provisória que implique instituição ou majoração do IR, do ITR e dos impostos estaduais e municipais, só produzirá efeitos no exercício financeiro seguinte se houver sido convertida em lei até o último dia daquele em que foi editada”. Se lermos com atenção esse dispositivo, chegaremos à conclusão de que se criou uma espécie de medida provisória que nunca produzirá efeitos, que não passa de um projeto de lei, pois ela somente estará autorizada a incidir quando for convertida em lei. Todavia, aí já não será medida provisória, mas, sim, lei. Portanto, a rigor, esse §2º proibiu a utilização de medida provisória para instituir e aumentar IR, ITR e impostos estaduais e municipais.

<sup>50</sup> É importante registrar que não concordamos com a orientação de parte da doutrina, no sentido de que, também, o empréstimo compulsório do art. 148, I da CF/88, seria uma exceção à anterioridade. Isto porque, em direito público, a exceção deve ser expressa. Não aceitamos que uma limitação ao poder de tributar possa ser excepcionada com base no raciocínio de que se o art. 148 determinou a observância à anterioridade para o seu inciso II, mas nada mencionou em relação ao inciso I, então em relação a este a mesma não precisa ser respeitada. Em nosso entendimento, o que se tem no inciso II é um excesso de linguagem, não significando uma exclusão indireta da anterioridade em relação ao inciso I. Do contrário, teríamos que chegar à conclusão de que o inciso II apenas deverá obedecer à legalidade (lei complementar) e à anterioridade, mas não à capacidade contributiva, à isonomia, à proibição de confisco, etc. Afinal, nesse dispositivo não há menção alguma em relação tais princípios, mas somente à anterioridade e à legalidade. Também, não nos convence o fato de que o empréstimo compulsório do inciso I, naturalmente, deve estar fora do campo da anterioridade, na medida em que é destinado a questões emergenciais, como é o caso de guerra externa ou sua iminência. É que, se fosse por este motivo, o empréstimo compulsório do inciso II, também, não deveria atender à anterioridade, já que se destina a investimento público urgente.

<sup>51</sup> Neste ponto, é de duvidosa validade a autorização conferida pela EC 42/2003.

não só do art. 195, §6º, mas, também, da nova redação do §1º do art. 150: Contribuições da Seguridade Social, IPI, CIDE Combustíveis (art. 177, §4º) e ICMS (art. 155, §4º, IV, “c”)<sup>52</sup>;

(c) Outros somente devem observar a alínea “b”, inc. III do art. 150: Imposto de Renda e, em relação ao IPVA e ao IPTU, quanto à fixação de sua base de cálculo.

(d) Enfim, os demais tributos devem observar as alíneas “b” e “c”, inc. III do art. 150 (ITR, IGF, imposto residual do art. 154, I, impostos estaduais e municipais – exceção feita à questão da base de cálculo do IPVA e do IPTU -, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais – exceção feita às contribuições para a seguridade social -, empréstimos compulsórios – inclusive, em nosso entender, o contido no art. 148, I).

Estas alterações demonstram uma nobre intenção do Poder Constituinte Derivado em preservar a segurança jurídica. Ocorre que, ao procurar aperfeiçoar a norma da anterioridade, a redação estampada na EC 42/2003 abriu as portas para provocar uma nova discussão a respeito de como devem ser conjugadas as alíneas “b” e “c” do art. 150, III da CF/88.

Mas, o *Supremo Tribunal Federal*, no julgamento da ADIN 3.694-7, já deixou clara a sua orientação:

“Uma vez que o caso trata-se de taxas, devem observar-se as limitações constitucionais ao poder de tributar, dentre essas a prevista no art. 150, III, c, com a redação dada pela EC 42/03 – prazo nonagesimal para que a lei tributária se torne eficaz”.

“Ante o exposto, julgo parcialmente procedente a ação direta, para dar interpretação conforme a Constituição ao art. 47, da L. est. 959, do Estado do Amapá, e declarar que, apesar de estar em vigor a partir de 1º de janeiro de 2005 [*sic*], a eficácia dessa norma, em relação aos dispositivos que aumentam ou instituem novas custas e emolumentos, se iniciará somente após 90 dias da sua publicação: é o meu voto”<sup>53</sup>.

Decidiu-se, portanto, que o Poder Público está autorizado a continuar editando, nos últimos dias de um exercício, leis para instituir ou majorar tributos

<sup>52</sup> Interessante deixar consignado que, talvez por um equívoco na tramitação da Emenda Constitucional nº 42/03, o IPI deixou de ser exceção à anterioridade para se submeter à regra nonagesimal. O mesmo se passou com a CIDE Combustíveis (art. 177, §4º) e o ICMS do art. 155, §4º, IV, “c”. Estes dois últimos, quando se trata do uso por parte do Executivo da competência de restabelecer a sua alíquota, faculdade esta conferida pela EC nº 33/01, mas que cuja inconstitucionalidade é flagrante, justamente porque se afrontou o princípio da anterioridade.

<sup>53</sup> ADIN 3.694-7, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU I de 6.11.2006, p. 30. Cumpre ressaltar que, por se tratar de uma decisão em ADIN e por força do parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9.868/99, esse julgado produziu efeito vinculante, de forma que estamos diante de uma orientação que deve ser respeitada por todos os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública federal, estadual e municipal.

e que tenham incidência já para o ano seguinte, sendo apenas necessário respeitar o prazo de noventa dias após a publicação da lei<sup>54</sup>. Assim, por exemplo, se o ICMS for majorado em 31 de dezembro de 2007, a incidência poderá ocorrer em 2008, mas somente após transcorridos noventa dias da data da publicação da lei e não mais, como ocorria antes da EC 42/03, em 01 de janeiro de 2008<sup>55</sup>.

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

O *princípio da proibição de utilização de tributo com efeito de confisco* é um *princípio limite*. Busca-se, com ele, evitar que a tributação seja tão elevada que implique situação similar a do efeito de um confisco, qual seja, o aniquilamento da riqueza do cidadão<sup>56</sup>. Por aí já se vê que se trata de um princípio de difícil aplicação. Não se sabe, de antemão, a partir de qual nível a tributação passa a ter efeito de confisco. Tem-se, portanto, um conceito indeterminado que reclama a utilização dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade<sup>57</sup>.

Discordamos, porém, de doutrina que sustenta ser tal princípio inaplicável às tributações extrafiscais. Mesmo quando se tem um tributo indireto é plausível a sua incidência, se levarmos em consideração o binômio “essencialidade” x

<sup>54</sup> Alguns respeitados doutrinadores sustentam mesma orientação. Veja-se: MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 105.

<sup>55</sup> Porém, em nosso entendimento, a leitura mais adequada para o novo quadro constitucional da anterioridade está no sentido de que, para poder fazer incidir no próximo exercício financeiro, o tributo deve ser criado ou majorado até 90 (noventa) dias antes do término do exercício financeiro anterior. Assim, se uma lei aumenta o ICMS em 30 de novembro de 2004, sua incidência somente poderá ser considerada válida para o exercício de 2006 e não o de 2005. Apoiamo-nos, para tanto, nas profundas lições de *Roque Antônio Carrazza*, para quem o contribuinte tem “o direito constitucional subjetivo de recolher tributos de conformidade com as leis vigentes até o dia 1º de outubro do exercício financeiro anterior (noventa e um dias antes do término do exercício financeiro). (...) Vindo ao encontro do nosso entendimento de que a norma especial que restringe (a veiculada no art. 165, §6º, da CF) não pode ter um alcance mais favorável do que a norma geral, que beneficia (a veiculada no art. 150, III, “b”, da CF), a EC n. 42/2003, houve por bem acrescentar uma alínea “c”, a este dispositivo” (Curso de direito constitucional tributário. *Op. cit.*, p. 183 e 184). O motivo pelo qual não adotamos a interpretação esposada pelo *Supremo Tribunal Federal* está em que ela faz com que a anterioridade geral seja equiparada à anterioridade mitigada/nonagesimal (art. 195, §6º da CF/88). Desta forma, a regra geral continua a ser equiparada à sua exceção! Ademais, por outro lado, pense-se no transtorno que esta leitura poderá trazer para a sua aplicação nos tributos como o IR e o IPTU, os quais, para alguns setores doutrinários, têm fato jurídico tributário que não é do tipo “fato instantâneo”. Afinal, se uma lei aumenta a alíquota do IPTU em 31 de dezembro de 2007, como é que será calculado o imposto devido para o ano de 2008? Será que a aplicação das alíquotas deverá ser fracionada na proporção dos dias do ano em que a sua legislação produziu efeitos? Certamente, estas específicas questões deverão ser enfrentadas com muita perspicácia e cautela pelo Poder Judiciário.

<sup>56</sup> *Aliomar Baleeiro* lecionava, exemplarmente, que tributos confiscatórios são “os que absorvem parte considerável do valor da propriedade, aniquilam a empresa ou impedem exercício de atividade lícita e moral” (*Op. cit.*, p. 564). Na mesma linha, *Sacha Calmon Navarro Coelho* sustenta ser confiscatório o tributo “Quando o montante do tributo é tal que consome a renda ou a propriedade, os proprietários perdem ou tendem a desfazer-se de seus bens” (*Curso de direito tributário brasileiro*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 278).

<sup>57</sup> Veja-se, sobre isto, DIFINI, Luiz Felipe Silveira. *Proibição de tributos com efeito de confisco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 265.

“disponibilidade”. Quanto mais essencial for determinado bem para o cidadão e quanto maior for a sua tributação, então maior será a probabilidade de termos um tributo com efeito de confisco. Portanto, em nosso entendimento, nenhuma tributação pode ter efeito de confisco.

Por outro lado, perante o Poder Judiciário, ainda que estejamos diante de um princípio de complexos contornos, o *Supremo Tribunal Federal* já o utilizou, em diversas oportunidades, para fundamentar suas decisões<sup>58</sup>. Merece destaque o julgamento da ADIN-MC 2010, onde restou decidido que “A identificação do efeito confiscatório deve ser feita em função da totalidade da carga tributária, mediante verificação da capacidade de que dispõe o contribuinte - considerado o montante de sua riqueza (renda e capital) - para suportar e sofrer a incidência de todos os tributos que ele deverá pagar”<sup>59</sup>.

Portanto, o efeito confiscatório do tributo pode ser medido (a) de forma abstrata ou concreta, bem como (b) de forma específica ou pela totalidade da carga tributária. Em quaisquer destas situações, sua constatação impede a cobrança do tributo.

V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público;

Tem-se, aqui, uma forte derivação do princípio da liberdade<sup>60</sup>. O tributo não pode ser usado como instrumento de cerceamento do direito constitucional de ir e vir. A exceção está na cobrança do pedágio. Mesmo assim, deixe-se bem claro, este não poderá ser exigido de tal forma que se configure como um obstáculo para cidadão exercer referido direito.

Questionou-se já se tal dispositivo somente autorizaria a cobrança de pedágio como remuneração de serviços de conservação de vias prestados diretamente pelo próprio poder público. Assim, a atividade das concessionárias não possibilitaria a cobrança do pedágio. Entretanto, entendemos que o art. 175 da CF/88, é claro ao estabelecer que, mesmo em situações de concessão, a prestação de serviços públicos continua a ser feita pelo poder público, só que de maneira indireta.

Um outro ponto a ser discutido diz com a natureza do pedágio, se taxa

<sup>58</sup> Uma ampla pesquisa foi desenvolvida em GODOI, Marciano Seabra de (coord.). *Sistema tribunal nacional na jurisprudência do STF*. São Paulo: Dialética, 2002. É interessante destacar que o STF tem aplicado o princípio em questão, inclusive, na análise das multas tributárias (ADI-MC 551/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU I de 18.10.1991, p. 14548), chegando a decidir que o Poder Judiciário tem competência para reduzi-las (GODOI, Marciano Seabra de. *Op. cit.*, p. 292).

<sup>59</sup> ADI-MC 2010/DE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, Julgamento em 30.09.1999, DJU I de 12.04.2002, p. 51.

<sup>60</sup> A Constituição de 1891 já prescrevia algo similar: “Art 11. É vedado aos Estados, como à União: §1º Criar impostos de trânsito pelo território de um Estado, ou na passagem de um para outro, sobre produtos de outros Estados da República ou estrangeiros, e, bem assim, sobre os veículos de terra e água que os transportarem”.

ou tarifa. Certamente, trata-se de questão ainda em aberto, mas que, no âmbito doutrinário, caminha-se para a adoção da tese de que, se o serviço público for prestado através de concessionária, a remuneração tem natureza de tarifa<sup>61</sup>.

VI - instituir impostos sobre:

O inciso VI do art. 150 da CF/88, contém as denominadas *imunidades tributárias*. Estão aí as mais consideradas e discutidas, mas há várias outras espalhadas pelo texto constitucional (por exemplo, §7º do art. 195).

Interessante mencionar de antemão que aqui estão imunidades que só são aplicáveis aos impostos, muitos embora existam aquelas que se aplicam a outros tributos (art. 149, § 2º, inc. I da CF/88).

O fundamento da previsão constitucional para as imunidades é matéria controversa. Fala-se em liberdade, capacidade contributiva e em outros valores. Antes de tudo, registre-se que se trata de decisão política do Constituinte e que, parece-nos, no caso da Constituição de 1988, não se pautou por uma lógica muito clara. Afinal, é de se perguntar a respeito dos motivos pelos quais os livros, periódicos e jornais são imunes e os alimentos não. Não que aqueles não devessem ser, mas estes, também, deveriam ter sido protegidos contra a tributação, em razão da sua essencialidade. O mesmo se diga das situações envolvendo o direito de saúde!

Ademais, devemos ter em mente que tais garantias não são privilégios a seus destinatários imediatos, àqueles que estão desobrigados de pagar os tributos imunes. Isto porque, em um Estado Democrático de Direito, não se admite a arbitrária estipulação de benefícios a certos segmentos da sociedade, já que, regra geral, todos que possuem capacidade contributiva devem, na medida desta, contribuir para a realização das tarefas constitucionais.

Neste quadro, a concessão de imunidades deve ser considerada como mais um instrumental para a concretização de valores fundamentais da sociedade e não como meio para a satisfação de interesses de uns poucos contribuintes. Assim, quando se estabelece que as operações com livros não devem ser tributadas através de impostos, não se pretende agraciar o mundo editorial e os comerciantes de tais produtos, para torná-los economicamente mais fortes. Imuniza-se as operações com livros para garantir, isto sim, o “exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação”<sup>62</sup>.

Sabemos todos que a imunidade tributária é instituto constitucional. Trata-se, como leciona *Ives Gandra da Silva Martins*, de uma “vedação absoluta ao poder de tributar nos limites traçados pela Constituição”<sup>63</sup>. Bem por isto

<sup>61</sup> Sobre o tema, veja-se a análise em: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 517 e ss.

<sup>62</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE nº 221239/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU I de 06.08.04, p. 61.

<sup>63</sup> Imunidades tributárias. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Imunidades tributárias* (pesquisas

não se confunde com a isenção<sup>64</sup>. Enquanto a imunidade se encontra no plano constitucional e relaciona-se com a norma de competência, a isenção é criada por norma infraconstitucional e atinge a regra-matriz de incidência tributária, mutilando-a parcialmente. Mais, a imunidade é uma imposição constitucional ao ente tributante, enquanto a isenção é uma concessão, uma liberalidade deste, dentro de parâmetros jurídicos. Desta forma, aquela não pode ser revogada – até mesmo por Emenda Constitucional – enquanto a isenção, a princípio<sup>65</sup>, pode.

É de ser notado que as imunidades trabalham na configuração da norma de competência sob duas perspectivas: uma formal e, outra, material. Formalmente, porque auxiliam na construção das fronteiras da tributação<sup>66</sup>. Materialmente, porque recheiam o texto constitucional de valores fundamentais que uma sociedade quer proteger e realizar. Assim, se estamos em um Estado Liberal, onde todos são iguais *perante* a lei, a legitimação da imunidade pode ser obtida da idéia de que somente teria sentido evitar a tributação sobre aqueles membros da sociedade que não têm condições econômicas para colaborar com os gastos do poder público. A imunidade seria uma espécie de instrumento de identificação, realização e proteção do princípio da capacidade contributiva, sendo que qualquer outra motivação para a concessão de direito à imunidade seria inconstitucional por conceder, em verdade, um privilégio descabido.

Já, em um Estado Democrático de Direito, como o instaurado em nível normativo pela Constituição de 1988, há a possibilidade de existência de imunidades tributárias que têm por fundamento valores diversos do que a (ausência de) capacidade contributiva. A imunidade passa, assim, a ser encarada como um importante instrumento de concretização de vários outros valores relevantes, como a educação, a cultura, a dignidade do ser humano, etc.

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;

Na alínea “a” do inc. VI do art. 150 da CF/88, temos a conhecida *imunidade recíproca*, que impede os entes federativos de exigirem impostos uns dos outros. Sua origem remonta a Constituição de 1891<sup>67</sup>, sob nítida influência do federalismo norte-americano, como bem leciona *Aliomar Baleeiro*<sup>68</sup>.

---

tributárias – nova série, n. 4). São Paulo: RT e Centro de Extensão Universitária, p. 31, 1998.

<sup>64</sup> Veja-se o brilhante raciocínio de CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 187-188.

<sup>65</sup> A princípio, porque há a questão da revogação das isenções por prazo certo e condicionadas, nos termos do art. 178 do CTN: “A isenção, salvo se concedida por prazo certo e em função de determinadas condições, pode ser revogada ou modificada por lei, a qualquer tempo, observado o disposto no inciso III do art. 104”.

<sup>66</sup> Corretamente, *Misabel Derzi* leciona que a “imunidade é regra constitucional expressa (ou implicitamente necessária) que estabelece a não-competência das pessoas políticas da federação para tributar certos fatos e situações”, isto é, “que estabelece a incompetência” (Atualização da obra: BALEIRO, Aliomar. Limitações constitucionais ao poder de tributar. *Op. cit.*, p. 228).

<sup>67</sup> Art. 10: “É proibido aos Estados tributar bens e rendas federais ou serviços a cargo da União, e reciprocamente”.

<sup>68</sup> Veja-se o pensamento desse renomado jurista sobre a evolução do instituto nos EUA e a cautela



Várias são as questões que podem ser enfrentadas neste ponto. De um modo geral, a doutrina sustenta que a base da Imunidade Recíproca encontra-se na idéia de Federação<sup>69</sup>. Só há autonomia dos entes federativos se estes não tributarem o patrimônio, a renda e os serviços uns dos outros. Afinal, a tributação da renda ou do patrimônio de um Estado pela União, certamente, implicará em diminuição de sua autonomia financeira. Assim, a ligação entre federação e *imunidade recíproca* é tão forte que muitos não hesitam em dizer que, mesmo diante de eventual ausência desta do texto constitucional, aquele princípio, por si só, seria suficiente para impedir a tributação entre os entes federativos.

Após a de 1891, as demais Constituições brasileiras mantiveram a *imunidade recíproca*<sup>70</sup>. Uma importante alteração deu-se com a Constituição de 1946, que a reduziu aos impostos<sup>71</sup>, o que foi mantido posteriormente, inclusive pela atual Carta Magna.

Esta redução é que torna problemática a idéia de que a imunidade em tela sequer precisa estar prevista expressamente na Constituição, por se tratar de uma derivação inerente e lógica do princípio federativo. Isto porque, através de uma interpretação literal, grande parte da doutrina entende que os entes federativos podem exigir uns dos outros empréstimos compulsórios, contribuições, taxas e contribuição de melhoria, já que não são da mesma espécie que o imposto. Justamente por este motivo é que alguns defendem ser válida a incidência da Contribuição ao PASEP<sup>72</sup>.

De nossa parte, sendo a *imunidade recíproca* uma decorrência necessária do princípio federativo, devemos superar a literalidade do dispositivo em comento e concluir que nenhum tributo (e não somente o imposto) pode ser exigido pelos entes tributantes uns dos outros.

---

na aplicação ao direito brasileiro (*Op. cit.*, p. 241 e ss.).

<sup>69</sup> Federação implica, também, isonomia entre os entes que dela fazem parte, o que impede uma tributação entre os mesmos. Por outro lado, há aqueles que sustentam que a imunidade recíproca deriva da ausência de capacidade contributiva dos entes federativos. Porém, não nos parece adequada esta linha de raciocínio, na medida em que é visível a capacidade de contribuir destes quando realizem “fatos signos presuntivos de riqueza”.

<sup>70</sup> Na Constituição de 1934, o art 17 estabelecia que “Art. 17. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) X - tributar bens, rendas e serviços uns dos outros, estendendo-se a mesma proibição às concessões de serviços públicos, quanto aos próprios serviços concedidos e ao respectivo aparelhamento instalado e utilizado exclusivamente para o objeto da concessão. Parágrafo único - A proibição constante do nº X não impede a cobrança de taxas remuneratórias devidas pelos concessionários de serviços públicos”. A Constituição de 1937, no seu art. 32, “c” e parágrafo único, prescrevia que: “Art 32. É vedado à União, aos Estados e aos Municípios: (...) c) tributar bens, rendas e serviços uns dos outros. Parágrafo único - Os serviços públicos concedidos não gozam de isenção tributária, salvo a que lhes for outorgada, no interesse comum, por lei especial”.

<sup>71</sup> “Art 31 - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: (...) V - lançar impostos sobre: a) bens, rendas e serviços uns dos outros, sem prejuízo da tributação dos serviços públicos concedidos, observado o disposto no parágrafo único deste artigo. (...) Parágrafo único - Os serviços, públicos concedidos, não gozam de isenção tributária, salvo quando estabelecida pelo Poder competente ou quando a União a instituir, em lei especial, relativamente aos próprios serviços, tendo em vista o interesse comum”.

<sup>72</sup> Neste sentido, aliás, é a orientação do *Supremo Tribunal Federal* (ACO 471/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJU I de 25.04.2003, p. 31).



Esta orientação pode ficar ainda mais clara se considerarmos que, em verdade, a *imunidade recíproca* não é apenas uma norma de proteção dos entes federativos, mas, antes de tudo, do próprio cidadão. Emblemático, neste sentido, é o posicionamento de tal instituto no art. 150 da CF/88, que enuncia as garantias do contribuinte. Esta parece ser a chave para uma completa compreensão do problema que se põe. Assim, podemos dizer que não se admite a tributação entre os entes federativos para que a atividade estatal não venha a ter um custo mais elevado para o cidadão.

Em última instância, antes de preservar a Federação, a *imunidade recíproca* é uma forma de proteção da liberdade do cidadão. Mesmo porque, o princípio federativo não pode ser visto como um fim em si. “Com certeza”, leciona *Misabel Derzi*, “o princípio federal serve à democracia social”<sup>73</sup>, sendo “Garantia adicional da liberdade e da democracia”<sup>74</sup>, porque, dentre outros motivos, dilui o poder no território. E a imunidade é uma outra forma de minar e diluir o poder.

Neste tópico, importante mencionar ainda, dentre outras várias questões, o tema da imunidade dos Estados estrangeiros. Uma superficial pesquisa na jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal* pode levar à conclusão de que tais pessoas políticas são imunes aos tributos brasileiros. O tema é extremamente complexo, envolvendo a análise de preceitos das Convenções de Viena de 1961 e 1963. Mas, a orientação do Excelso Pretório é no sentido de que existe uma *imunidade de jurisdição*, a qual, juridicamente, não deve ser confundida com uma *imunidade tributária*<sup>75,76</sup>. Todavia, ao cabo, os resultados serão bastante próximos.

Com efeito, a atual linha de decisão do *Supremo Tribunal Federal* é no sentido de que a *imunidade de jurisdição* continua a ser vista de forma absoluta<sup>77</sup>. O que se passa diante disto é que os entes federativos têm

<sup>73</sup> Tratado de direito tributário contemporâneo: dos princípios gerais do direito tributário. In: *Revista de Direito Tributário*, nº 83, São Paulo: Malheiros, s/d, p. 49.

<sup>74</sup> Idem, ibidem, p. 51.

<sup>75</sup> Para uma outra linha de raciocínio, confira-se o importante estudo: SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. *Teoria e prática das isenções tributárias*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68-71.

<sup>76</sup> Em sentido contrário, sustentando o caráter de imunidade, ver: TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário*. V. III: os direitos humanos e a tributação. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 316-320.

<sup>77</sup> ACO-AgR 633/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, por maioria, DJe nº 42, Divulgação: 21.06.2007. Neste julgamento, o Ministro *Celso de Mello* apresentou forte divergência. Asseverou que a *imunidade de jurisdição* tem forma dúplice, enquanto *imunidade de jurisdição cognitiva* e *imunidade de jurisdição executiva*. Quanto à primeira, lembrou que o STF já havia abandonado a perspectiva absoluta para abraçar a *teoria da imunidade jurisdicional relativa*, especialmente em razão de questões trabalhistas. Assim, citou o precedente do AI nº 139.671/DF, no qual se assentou que essa teoria “objetiva institucionalizar solução jurídica que concilie o postulado básico da imunidade jurisdicional do Estado estrangeiro com a necessidade de fazer prevalecer, por decisão do Tribunal do foro, o legítimo direito do particular ao ressarcimento dos prejuízos que venha a sofrer em decorrência de comportamento imputável a agentes diplomáticos, que, agindo ilícitamente, tenham atuado *more privatorum* em nome do País que representam perante o Estado acreditado (o Brasil, no caso). Não se revela viável impor aos súditos brasileiros, ou a pessoas com domicílio no território nacional, o ônus de litigarem, em torno de questões meramente laborais, mercantis, empresariais ou civis, perante tribunais alienígenas, desde que o fato gerador

dificuldade de obter em juízo o pagamento dos tributos devidos pelos Estados estrangeiros em território brasileiro.

b) templos de qualquer culto;

Ao contrário do que a literalidade desta alínea “b” pode indicar, a *imunidade religiosa* não abrange somente o local onde são desenvolvidas as atividades religiosas, isto é, os templos e similares.

Em verdade, encontra-se protegida contra a tributação a própria instituição religiosa, no que se refere ao seu patrimônio, renda e serviços, desde que relacionados com as suas finalidades essenciais. Não sendo assim, não seria possível interpretar o §4º do mesmo art. 150, já que, por óbvio, os templos não têm patrimônio, renda, nem prestam serviços<sup>78</sup>!

Ainda, há que se mencionar a importante questão, derivada da idéia de *tolerância religiosa*, referente à expressão *qualquer culto*. A imunidade em tela trabalha para realizar e proteger o *princípio de liberdade de crença*. Assim, por mais céticos e críticos que alguns possam ser em relação a determinadas atividades religiosas, a Constituição não admite uma postura de intolerância e exige a aceitação social de todas elas, inclusive para fins de imunidade. Certamente que não estamos a abarcar aquelas atividades de cunho criminoso, pois, nestes casos, sequer é possível considerarmos a questão da não tributação, já que, antes, o que estará em jogo é a própria licitude do culto desenvolvido.

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

A imunidade da letra “c” do inciso VI do art. 150, prevê o que a doutrina denomina de *imunidade condicionada*, pois as instituições nela mencionadas somente estarão protegidas da tributação se observados certos requisitos.

O primeiro deles é não ter fim lucrativo. Não significa que referidas instituições não possam ter lucro. Muito pelo contrário. Qualquer atividade

---

da controvérsia judicial - necessariamente estranho ao específico domínio dos *acta jure imperii* - tenha decorrido da estrita atuação *more privatorum* do Estado estrangeiro” (AI-AgR 139671/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU I de 29.03.1996, p. 9348). Por outro lado, o Min. Celso de Mello reconheceu que o STF continua a entender a *imunidade de execução* de forma mais abrangente, relativizando-a somente em duas situações: (a) renúncia, “por parte do Estado estrangeiro, à prerrogativa da intangibilidade dos seus próprios bens (RTJ 167/761, Rel. Min. Ilmar Galvão – ACO 543/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence)” ou (b) “de existência, em território brasileiro, de bens, que, embora pertencentes ao Estado estrangeiro, não tenham qualquer vinculação com as finalidades essenciais inerentes às legações diplomáticas ou representações consulares mantidas em nosso país”. Ademais, o Min. Celso de Mello referiu-se à questão da *cláusula de reciprocidade*, como requisito para a *garantia da intributabilidade*, constante das Convenções de Viena de 1961 e 1963. Todas estas questões levantadas, porém, somente foram adotadas pela minoria dos integrantes do STF (Ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski).

<sup>78</sup> RE 325822/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel. p./Acórdão Min. Gilmar Mendes, DJU I 14.05.2004, p. 33 e AI-AgR-AgR 389602/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU I de 15.04.2005, p. 30.

econômica, para a sua própria sobrevivência, deve, em maior ou menor medida, obter lucros, no sentido de renda. O que não se admite, porém, é que o lucro seja distribuído entre os membros dessas instituições.

Polêmica ainda pode ser encontrada no que diz respeito à natureza da lei com competência para estabelecer os demais requisitos. Uma vez que o dispositivo em comento apenas menciona *lei*, alguns doutrinadores entendem que se trata de lei ordinária, na medida em que a somente é possível falar em lei complementar quando a Constituição expressamente se refere a ela.

Entretanto, esta não parece ser a postura mais adequada, pois se encontra presa a uma interpretação literal do comando em tela. Ora, as normas constitucionais, como de resto qualquer norma, não devem ser interpretadas isoladamente. Invocando-se o método sistemático, iremos nos deparar com o contido no art. 146, II, CF, que determina ser competência de lei complementar a regulamentação das limitações ao poder de tributar. Por consequência, não pode lei ordinária regular as imunidades<sup>79</sup>.

Portanto, deve-se ter claro que o art. 150, VI, “c” da CF/88, não contém uma exceção à regra de que somente será exigível lei complementar quando a Constituição assim expressamente determinar, pois, a rigor, esta determinação existe no mencionado art. 146, II.

De qualquer forma, necessário se faz termos um cuidado especial para evitar que o Poder Público, a pretexto de estipular os *requisitos legais*, venha a comprometer a própria imunidade. Assim, mais do que saber se há ou não uma *reserva de lei complementar*, devemos estar atentos para o fato de que não se pode estabelecer requisitos aleatoriamente, em desacordo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade<sup>80</sup>. Afinal, (i) se a imunidade é uma garantia individual de não tributação, caracterizando-se, assim, (ii) como cláusula pétrea e

---

<sup>79</sup> No volume 4 da nova série Pesquisas Tributárias, *Ives Gandra da Silva Martins* coordenou discussões em torno das imunidades tributárias. Uma das questões era justamente a de saber que tipo de lei deve ser utilizada em tal situação. Dos mais de 40 autores, apenas 2 – *Carlos Valder do Nascimento* e *Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho* – defenderam a possibilidade de utilização de lei ordinária (MARTINS, Ives Gandra da Silva [coord.]. *Imunidades tributária* [pesquisas tributárias – nova série, n. 4]. São Paulo: RT e Centro de Extensão Universitária, 1998).

<sup>80</sup> Aliás, tais princípios devem ser vistos como mais um instrumento para limitar o Poder Público e não como um mecanismo para facilitar as investidas deste contra a sociedade. Bem por isto, leciona *Helenilson Cunha Pontes* que “a proporcionalidade apresenta duas dimensões, complementares entre si. Uma dimensão de princípio geral de vedação do arbítrio estatal, e outra de concretização prática dos diferentes direitos, interesses e garantias constitucionais. Como cláusula geral anti-arbítrio, o princípio da proporcionalidade exerce, em relação ao Estado, uma função negativa ou de proteção. Tomado nesta dimensão, o princípio da proporcionalidade constitui verdadeira norma de bloqueio, isto é, comando jurídico no qual se sobressai a função de proteção do indivíduo contra medidas estatais arbitrárias. Na segunda dimensão, a proporcionalidade consubstancia um instrumento de concretização ótima das pretensões constitucionais que aparentemente possam apresentar-se contraditórias. Assim concebido, o princípio da proporcionalidade desempenha notável função positiva de afirmação da normatividade dos comandos constitucionais” (*O princípio da proporcionalidade e o direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 57).

(iii) que não pode ser ceifada sequer por Emenda Constitucional, então resta claro que o legislador infraconstitucional não pode promover uma regulamentação que, ao final, leve à sua indevida restrição, tornando inviável a sua fruição.

É fato que existem cidadãos que procuram utilizar direitos e garantias constitucionais – como a imunidade – de forma abusiva, para fins de sonegação e lavagem de dinheiro. Frequentes, neste sentido, são as notícias de há que instituições “de fachada” (popularmente conhecidas como *pilantrópicas*), que servem apenas para encobrir atividades ilícitas de determinadas pessoas. Todavia, não se pode fazer tábua rasa da Constituição com a justificativa de evitar que ocorram tais situações. *Os fins não justificam os meios!*

Por outro lado, a definição de que somente lei complementar pode regular o art. 150, VI, “c” da CF/88, não soluciona toda a questão. Bem percebeu a doutrina que há espaço para a utilização de lei ordinária quando se está diante da regulamentação da forma como deve ser constituída determinada pessoa jurídica. É o que ocorre, por exemplo, com o atual Código Civil, quando estipula a forma de constituição das associações (art. 53 e ss.).

Todavia, ao partir desta distinção, o *Supremo Tribunal Federal* firmou uma orientação bastante tormentosa quando do julgamento da ADIN nº 1802/MC. Estava em jogo a validade das alterações promovidas, dentre outros dispositivos, pelo art. 12, especialmente seu §2º da Lei nº 9.532/97<sup>81</sup>.

O *Supremo Tribunal Federal* decidiu que, desse §2º, apenas a alínea “f” deveria ter sido regulada por lei complementar, pois as demais alíneas referem-se à forma de constituição e funcionamento das instituições imunes<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> “Art. 12. Para efeito do disposto no art. 150, inciso VI, alínea “c”, da Constituição, considera-se imune a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos. (...) § 2º Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos: a) não remunerar, por qualquer forma, seus dirigentes pelos serviços prestados; b) aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais; c) manter escrituração completa de suas receitas e despesas em livros revestidos das formalidades que assegurem a respectiva exatidão; d) conservar em boa ordem, pelo prazo de cinco anos, contado da data da emissão, os documentos que comprovem a origem de suas receitas e a efetivação de suas despesas, bem assim a realização de quaisquer outros atos ou operações que venham a modificar sua situação patrimonial; e) apresentar, anualmente, Declaração de Rendimentos, em conformidade com o disposto em ato da Secretaria da Receita Federal; f) recolher os tributos retidos sobre os rendimentos por elas pagos ou creditados e a contribuição para a seguridade social relativa aos empregados, bem assim cumprir as obrigações acessórias daí decorrentes; g) assegurar a destinação de seu patrimônio a outra instituição que atenda às condições para gozo da imunidade, no caso de incorporação, fusão, cisão ou de encerramento de suas atividades, ou a órgão público; h) outros requisitos, estabelecidos em lei específica, relacionados com o funcionamento das entidades a que se refere este artigo”.

<sup>82</sup> “EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: Confederação Nacional de Saúde: qualificação reconhecida, uma vez adaptados os seus estatutos ao molde legal das confederações sindicais; pertinência temática concorrente no caso, uma vez que a categoria econômica representada pela autora abrange entidades de fins não lucrativos, pois sua característica não é a ausência de

Na doutrina, porém, a tendência é de considerar inconstitucionais por completo o art. 12 da Lei nº 9.532/97, já que se trata de lei ordinária<sup>83</sup>. Comungamos deste entendimento, por certo. Nossa orientação diverge da esposada pelo *Supremo Tribunal Federal*, mas não excluimos a possibilidade de utilização de lei ordinária para a estruturação, constituição e funcionamento das pessoas jurídicas mencionadas no art. 150, VI, “c”. É que, em nosso entendimento, o *Supremo Tribunal Federal*, no julgamento da medida cautelar na referida ADIN, aplicou de forma equivocada a supracitada distinção ao previsto no §2º do art. 12 da Lei n.º 9.532/97.

De fato, quando o art. 150, VI, “c” da CF/88, estipula que as instituições nele mencionadas que queiram ser imunes devem obedecer a requisitos de lei, qualquer requisito que influencie no gozo desta imunidade, mesmo que diga com a estruturação da instituição, somente pode ser estipulado por lei complementar, a teor do referido art. 146, II.

É dizer, se o Poder Público quiser condicionar a fruição da imunidade em tela às instituições que tenham determinada estruturação ou constituição e funcionamento, deve se utilizar de lei complementar, porque isto significa regular (indiretamente) a própria imunidade.

Neste sentido, *Marco Aurélio Greco* bem captou a questão, ao lecionar que “a fixação de condições para a fruição da imunidade, bem como a enumeração de requisitos para a qualificação das entidades de modo a serem consideradas beneficiadas pela limitação, implica regular suas hipóteses de incidência e as pessoas por ela alcançadas (alcance objetivo e subjetivo do pressuposto da imunidade), o que implica regular a própria limitação, o que é privativo da lei complementar”<sup>84</sup>.

---

atividade econômica, mas o fato de não destinarem os seus resultados positivos à distribuição de lucros. II. Imunidade tributária (CF, art. 150, VI, c, e 146, II): “instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”: delimitação dos âmbitos da matéria reservada, no ponto, à intermediação da lei complementar e da lei ordinária: análise, a partir daí, dos preceitos impugnados (L. 9.532/97, arts. 12 a 14): cautelar parcialmente deferida. 1. Conforme precedente no STF (RE 93.770, Muñoz, RTJ 102/304) e na linha da melhor doutrina, o que a Constituição remete à lei ordinária, no tocante à imunidade tributária considerada, é a fixação de normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune; não, o que diga respeito aos lindes da imunidade, que, quando susceptíveis de disciplina infraconstitucional, ficou reservado à lei complementar. 2. À luz desse critério distintivo, parece ficarem incólumes à eiva da inconstitucionalidade formal argüida os arts. 12 e §§ 2º (salvo a alínea f) e 3º, assim como o pará. único do art. 13; ao contrário, é densa a plausibilidade da alegação de invalidez dos arts. 12, § 2º, f; 13, caput, e 14 e, finalmente, se afigura chapada a inconstitucionalidade não só formal mas também material do § 1º do art. 12, da lei questionada. 3. Reserva à decisão definitiva de controvérsias acerca do conceito da entidade de assistência social, para o fim da declaração da imunidade discutida - como as relativas à exigência ou não da gratuidade dos serviços prestados ou à compreensão ou não das instituições beneficentes de clientela restrita e das organizações de previdência privada: matérias que, embora não suscitadas pela requerente, dizem com a validade do art. 12, caput, da L. 9.532/97 e, por isso, devem ser consideradas na decisão definitiva, mas cuja delibação não é necessária à decisão cautelar da ação direta” (ADI 1802 MC/DF, Tribunal Pleno, Relator Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 27/08/1998, publicação no DJU I de 13.02.2004, p. 10).

<sup>83</sup> ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 225.

<sup>84</sup> Imunidade tributária. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (coord.). *Imunidades tributárias, op. cit.*, p. 717.

Assim, entendemos que pode haver espaço para a lei ordinária, desde que a mesma não seja utilizada para condicionar a fruição da imunidade, porque neste caso tem-se competência de lei complementar.

Entretanto, o equívoco que constatamos na referida decisão do *Supremo Tribunal Federal* não repousa somente no entendimento do que seja matéria de lei ordinária e do que seja de lei complementar no contido no §2º do art. 12 da Lei nº 9.532/97. Afinal, parece-nos claro que nenhum dos requisitos aí tratados diz com a constituição e o funcionamento das instituições de educação e de assistência social. Ora, não há sentido em dizer que uma instituição de educação, para ser constituída, não pode remunerar seus dirigentes! Não há sentido em dizer que uma instituição de educação, para ser constituída, deve aplicar integralmente seus recursos na manutenção e desenvolvimento dos seus objetivos sociais!

Antes de tudo, constatamos que a decisão em tela é inequivocadamente *contra legem*, simplesmente porque o próprio §2º supracitado é taxativo ao dispor que a matéria ali contida relaciona-se, não com a constituição das instituições de educação ou de assistência social, mas, com o gozo da imunidade. Isto é, a própria lei está reconhecendo que inseriu novos requisitos para a fruição da imunidade e não para a constituição e estruturação de uma pessoa jurídica: *Para o gozo da imunidade, as instituições a que se refere este artigo, estão obrigadas a atender aos seguintes requisitos: (...). Com isto, podemos concluir que o e. Supremo Tribunal Federal realizou distinção onde a própria lei não deixou margem para tanto, sendo necessária uma nova análise desta matéria, quando do julgamento definitivo da ADIN 1802/DF.*

d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão.

O advento de novas tecnologias, formatos e materiais para veicular o pensamento humano vem provocando fortes discussões a respeito da imunidade dos *livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão*.

Não estamos a falar somente da possibilidade de extensão dessa imunidade aos chamados livros eletrônicos e virtuais. Antes, estamos a mencionar que sequer temos condições de oferecer um conceito mínimo e seguro para alguns desses objetos sob a sua perspectiva tradicional. É dizer, muitos são aqueles que imaginam ter claro e inquestionável o que entendem por livro. Todavia, lamentamos em dizer que estamos diante de objetos cuja conceituação é extremamente difícil. Tomemos o exemplo do livro. O que é preciso para caracterizar um objeto como tal? Quantas páginas? Qual o tamanho das páginas? Que tipo de encadernação? Aliás, é mesmo necessária uma encadernação?<sup>85</sup>

<sup>85</sup> “Em 1503, em Savona, na Itália, o tipógrafo Francesco de Silva fez a primeira edição da *Polyanthea opus suavissimis floribus exornatum*, um compêndio e dicionário popular de autores clássicos. Como todos os livros daquele tempo, a *Polyanthea* era vendida em folhas soltas, sem a encadernação. O comprador levava essas folhas para serem encadernadas em capas mais simples ou mais ornamentadas, de acordo com suas preferências e posses. Os estudantes, muitas vezes,



Há que se ter algo escrito ou, por exemplo, pode ser um livro com conteúdo em branco, apenas para transmitir, com ironia, uma determinada idéia? E os livros para pessoas com necessidades especiais, como livros em fita-cassete? São questões que demandam uma atenção especial e que nos fazem pensar de forma mais detida sobre o que imaginamos ser algo óbvio.

Também, não acolhemos as restrições daqueles que entendem que o livro somente pode ser imune se impresso em papel. O que a Constituição prescreve não é a imunidade somente do livro de papel, mas a imunidade do livro e do papel a ela destinado à sua impressão, caso ele seja impresso neste material.

De outro lado, não concordamos com o magistério de parte da doutrina que procura ceifar a imunidade em tela em razão do conteúdo que é veiculado por tais objetos. Sustentam alguns que a imunidade somente deveria abranger aqueles que sirvam para disseminar cultura e que não sejam ofensivos à moral e aos bons costumes. Entretanto, primeiro, a Constituição não faz esta discriminação e, segundo, são conceitos extremamente abertos que, inclusive, podem ser utilizados para agredir, frontalmente, o valor constitucional máximo que a imunidade em comento visa proteger: a liberdade de expressão.

Bem por isto, concordamos com a larga interpretação do *Supremo Tribunal Federal* quando, por exemplo, decidiu abarcar nessa imunidade as listas telefônicas<sup>86</sup> e os álbuns de figurinha<sup>87</sup>.

Por esta linha, temos que concordar com o magistério daqueles que incluem nesta imunidade os livros, jornais e periódicos elaborados em materiais outros que não o papel, inclusive no formato virtual. Por evidente que haverá situações complexas e de difícil solução, mas o intérprete não deve ceifar um valor constitucional por recear o incerto<sup>88</sup>.

Claro que se o conteúdo fizer apologia de crime (art. 287 do CP) ou incorrer em algum outro tipo penal a discussão não girará em torno da imunidade, mas, sim, da licitude da publicação.

Por outro lado, devemos registrar que a imunidade em tela é aplicável somente às operações – produção, comercialização e prestação de serviços – relacionados, direta e indiretamente, aos referidos bens. Trata-se de *imunidade objetiva*, que leva em consideração o objeto que está sendo protegido contra a tributação e não a figura do sujeito passivo. Assim, os impostos que devem ser considerados são, por exemplo, ICMS, IPI, ISS, ITCMD, Imposto de Importação,

---

deixavam a papelada toda solta, distribuindo entre eles as diversas páginas de um volume, a fim de economizar dinheiro. Um rico colecionador, por outro lado, mandaria encadernar o livro em couro gravado a ouro e tingido da mesma cor dos outros volumes de sua extensa coleção” (BATTLES, Matthew. *A conturbada história das bibliotecas*. São Paulo: Planeta, 2003, p. 17).

<sup>86</sup> RE 134071/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJU I de 30.10.1992, p. 19516

<sup>87</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE nº 221239/SP, 2ª Turma, Rel. Ellen Gracie, DJU I de 06.08.04, p. 61.

<sup>88</sup> Sobre a questão, veja-se MACHADO, Hugo de Brito (coord.). *Imunidade tributária do livro eletrônico*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Imposto de Exportação e o antigo IPMF<sup>89</sup>, além dos que venham a ser criados através da competência residual (art. 154, I da CF/88) ou autorizados por meio de Emenda Constitucional.

Enfim, para além de outras relevantíssimas questões<sup>90</sup>, mencionamos que o *Supremo Tribunal Federal* tem firme orientação no sentido de que todo e qualquer material assimilável ao papel deve estar protegido da tributação<sup>91</sup>, mas não se pode alargar a imunidade para além do que se entende por papel<sup>92</sup>.

*§ 1º A vedação do inciso III, b, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, IV e V; e 154, II; e a vedação do inciso III, c, não se aplica aos tributos previstos nos arts. 148, I, 153, I, II, III e V; e 154, II, nem à fixação da base de cálculo dos impostos previstos nos arts. 155, III, e 156, I.*

Este §1º já foi objeto de comentários acima (ver art. 150, inc. III, letras “b” e “c”). Ressalte-se que sua redação sofreu alteração com a Emenda Constitucional nº 42/03<sup>93</sup>.

<sup>89</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE-AgR 247224/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe nº 004 – Divulgação em 26.04.2007.

<sup>90</sup> É importante analisar se os serviços prestados em momento anterior, concomitante ou posterior à confecção e à comercialização dos objetos imunes, também, estariam protegidos da tributação. Anteriormente, por exemplo, o STF chegou a considerar como imunes os anúncios e a publicidade em jornal (RE 91662/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Décio Miranda, DJ 28.11.1980, p. 10102), isto é, “os serviços prestados pela empresa jornalística na transmissão de anúncios e de propaganda” (RE 87049/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, RJ de 01.09.1978). Mais recentemente, entretanto, tem-se julgados no sentido de que é possível a incidência do ISS “sobre serviços de distribuição de encartes de propaganda de terceiros por jornais e periódicos” (AI-AgR 368077/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU I de 28.10.2004, p. 38). Por outro lado, de acordo com o Informativo nº 497 do STF, encontra-se pendente de julgamento o RE nº 434826, no qual esta questão é discutida (fonte: (<http://www.stf.gov.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=imunidade&numero=497&pagina=5&base=INFO>, acesso em 27.05.08).

<sup>91</sup> RE 392221/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU I de 11.06.2004, p. 16.

<sup>92</sup> Neste sentido, tem-se a Súmula nº 657/STF: “A imunidade prevista no art. 150, VI, “d”, da Constituição Federal abrange os filmes e papéis fotográficos necessários à publicação de jornais e periódicos”. Entretanto, em recente notícia veiculada pelo Informativo nº 506 do STF, a 1ª Turma deste Tribunal voltou a discutir a questão de saber se, além do papel, outros materiais estariam abrangidos pela imunidade. No caso, o debate centra-se na tributação “de peças sobressalentes de equipamento de preparo e acabamento de chapas de impressão off set para jornais. O Min. Menezes Direito, relator, aplicando precedentes da Corte no sentido de que as peças sobressalentes para equipamento de impressão de jornais não estão alcançadas pela imunidade prevista no art. 150, IV, d, da CF, deu provimento ao recurso [da União Federal]. Enfatizou que somente os insumos diretos estariam incluídos nessa benesse e que, na espécie, tratar-se-ia de equipamento acessório. O Min. Ricardo Lewandowski acompanhou o voto do relator. Em divergência, os Ministros Carlos Brito e Marco Aurélio, ao conferirem interpretação teleológica ao aludido dispositivo constitucional, desproveram o recurso por considerar que o objetivo maior da norma seria viabilizar, sem ônus maiores, a divulgação de idéias. Assim, a imunidade conferida a livros, jornais e periódicos abrangeria todo e qualquer insumo ou ferramenta indispensável à edição desses veículos de comunicação. Após, o julgamento foi adiado a fim de se aguardar o voto de desempate da Min. Cármen Lúcia. RE 202149/RS, rel. Min. Menezes Direito, 13.5.2008. (RE-202149)” (<http://www.stf.gov.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=imunidade&numero=506&pagina=1&base=INFO>, acesso em 27.05.08).

<sup>93</sup> A redação anterior era: “§ 1º. A vedação do inciso III, “b”, não se aplica aos impostos previstos



§2º - *A vedação do inciso VI, "a", é extensiva às autarquias e às fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, no que se refere ao patrimônio, à renda e aos serviços, vinculados a suas finalidades essenciais ou às delas decorrentes.*

Em relação a este dispositivo, é importante mencionar que, para além das autarquias e fundações, a jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal* considera que as empresas públicas<sup>94</sup> e as sociedades de economia mista<sup>95</sup>, quando prestam serviços públicos, também, estão incluídas pela *imunidade recíproca*.

§ 3º - *As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel.*

Esta vedação deve ser interpretada sistematicamente e em complemento ao que foi mencionado sobre o parágrafo anterior. O que se busca alcançar com ela é a proteção do princípio da livre iniciativa, evitando-se, assim, que os particulares sejam prejudicados se concorrerem com empresas estatais que, explorando *atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário*, tenham o benefício da imunidade tributária como um fator de desequilíbrio. Este o motivo, aliás, do contido no art. 173, §1º, II da CF/88

Portanto, é necessário interpretar tal cláusula a partir da idéia de que só não haverá aplicação da imunidade se a empresa estatal (i) desenvolver atividade econômica que não constitua serviço público e (ii) que seja regida por normas aplicáveis a empreendimentos privados ou remunerada por preço/tarifa. Não basta, portanto, que a atividade realizada seja remunerada por preço/tarifa; é necessário que não seja um serviço público<sup>96</sup>. Dito de outra forma, a imunidade é aplicável mesmo naqueles casos em que se entende ser cabível a cobrança de preço/tarifa por serviço público prestado por empresa estatal.

§ 4º - *As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.*

Há forte discussão doutrinária para saber a extensão do presente dispositivo. Refere-se ele às imunidades das instituições religiosas e dos partidos políticos, entidades sindicais dos trabalhadores, instituições de ensino e instituições de assistência social.

---

nos arts. 153, I, II, IV e V, e 154, II".

<sup>94</sup> ACO 959/RN, Tribunal Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, DJe nº 088, Divulgação em 15.05.2008.

<sup>95</sup> AC 1550/RO, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe nº 18, Divulgação em 17.05.2007.

<sup>96</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. *A imunidade tributária das empresas estatais delegatárias de serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 32.

Na esteira da doutrina majoritária<sup>97</sup>, o *Supremo Tribunal Federal* entende como relevante que o *patrimônio, a renda e os serviços* são imunes se utilizados e aplicados no desenvolvimento e na manutenção das finalidades essenciais dessas entidades. Assim, não importa a origem da renda, não importa o tipo do serviço ou não importa o uso que se faça do patrimônio; importa sim que os frutos desses sejam aplicados para financiar as finalidades essenciais. Esta orientação chegou a ser objeto da Súmula nº 724: “Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, ‘c’, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades”<sup>98</sup>.

§ 5º - *A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.*

Temos, aqui, um dispositivo de extrema importância. Reflete uma outra dimensão do valor constitucional da publicidade dos atos do poder público: a *transparência fiscal*. Todavia, tem sido deixado de lado. Os contribuintes não têm pressionado para que a lei em questão seja editada e o poder público, certamente, não faz questão de que isto ocorra. *Tributo que não é visto é tributo que não é sentido* é um jargão que serve para respaldar a prática de Estados autoritários e que afronta a idéia de Estado Democrático de Direito estampada em nossa Constituição.

§6.º *Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g.*

Este dispositivo, que teve sua redação alterada pela EC nº 03/93<sup>99</sup>, pode ser interpretado de duas formas. Por um lado, pode-se compreendê-lo como exigindo (a) *lei específica* e que, além de específica, (b.i) regule exclusivamente as matérias nele mencionadas ou que (b.ii) regule o respectivo tributo<sup>100</sup>. Por outro, como exigindo *lei específica*, no sentido de uma lei que cuide apenas dos mencionados assuntos ou que, no máximo, contemple em seu bojo regulamentação do respectivo tributo.

<sup>97</sup> BARRETO, Aires e BARRETO, Paulo Ayres. *Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 47.

<sup>98</sup> É o que se conclui da leitura da jurisprudência do STF. Note-se que este Tribunal já chegou a considerar imune, inclusive, Instituição de Assistência Social em relação ao ICMS sobre a venda de bens por ela produzidos (RE-ED-EDv 186175/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJU I de 17.11.2006, p. 48).

<sup>99</sup> A redação anterior era: “§6º Qualquer anistia ou remissão, que envolva matéria tributária ou previdenciária, só poderá ser concedida através de lei específica, federal, estadual ou municipal”.

<sup>100</sup> É o caminho adotado por *Tércio Sampaio Ferraz Jr*, para quem o sentido de *lei específica* é um reclamo do princípio da igualdade para evitar discriminações arbitrárias (Remissão e anistia fiscais: sentido dos conceitos e forma constitucional de concessão. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 92. São Paulo: Dialética, p. 68, 2003).

Parece-nos ser esta segunda via a melhor orientação. Aliás, é a compreensão que já se podia retirar da leitura da sua redação anterior, que se referia apenas à idéia *lei específica*. É, também, o posicionamento do *Supremo Tribunal Federal*, que a conceitua como “lei editada para um fim específico”<sup>101</sup>, pois, como esclareceu o então Min. *Nelson Jobim*, trata-se de dispositivo criado pelo Constituinte de 1988 para coibir o hábito parlamentar “de se introduzir em qualquer tipo de lei um artigo específico concedendo anistia ou remissão que servia inclusive no processo de negociação legislativa como instrumento de coação ou de barganha para esse efeito”. Porém, a “experiência de 88 a 93 não foi suficiente para reduzir essa possibilidade. Daí adveio a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, que ampliou substancialmente o texto, (...)”<sup>102-103</sup>.

§ 7.º *A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.*

O §7º do art. 150 da CF/88 foi inserido pela EC nº 3/93, para autorizar o estabelecimento da figura da antecipação de tributo em relação a impostos e contribuições, especialmente na modalidade da substituição tributária para frente.<sup>104</sup>

Até então, a Constituição de 1988 somente admitia a implementação de tal instituto em relação ao ICMS (art. 155, §2º, XII, “b”)<sup>105</sup>. Mesmo assim, a doutrina e a sociedade como um todo jamais deixaram de criticar a *substituição tributária*<sup>106</sup>.

Por sua vez, o *Supremo Tribunal Federal*, quando do julgamento do RE 213.396-5, após extenso e profundo debate, concluiu definitivamente que não há óbice constitucional para a utilização desse instituto, porquanto não ofende qualquer norma da Carta Magna, bem porque atende necessidades de política tributária<sup>107</sup>. Além do mais, a *substituição tributária* é “regime a que, na prática,

<sup>101</sup> ADI-MC 1376/DF, Tribunal Pleno, Relator Min. Ilmar Galvão, DJU I de 31.08.01, p. 35.

<sup>102</sup> ADI 155/SC, Tribunal Pleno, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJU I de 08.09.2000, p. 3.

<sup>103</sup> Note-se que, no julgamento da ADIN ADI 2522/DF (Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, DJU I de 18.08.06, p. 17), o *Supremo Tribunal Federal* não acatou a alegação de inconstitucionalidade do art. 47 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), sob o argumento de que o assunto por ele tratado (isenção da Contribuição Sindical pelos advogados em razão do pagamento da anuidade à OAB) não está desvinculado da matéria regulada por essa lei. Neste caso, parece-nos que o STF trabalhou com o postulado da razoabilidade para ampliar um pouco mais o espectro do §6º do art. 150 da CF/88, já que o Estatuto da Advocacia não é uma que tratou especificamente (exclusivamente) da referida isenção, nem que tratou especificamente (exclusivamente) de algum tributo.

<sup>104</sup> Pode-se dizer que o §7º do art. 150 da CF/88, também, contempla *antecipação de tributo sem substituição tributária* (GRECO, Marco Aurélio. *Substituição tributária: antecipação do fato gerador*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001). Como, também, pode existir *substituição tributária sem antecipação do fato gerador*.

<sup>105</sup> Registre-se que, apesar do Código Tributário Nacional não fazer menção à *substituição tributária*, não se trata de um instituto novo. Há referências de que já era aplicada em meados do século passado. Veja-se, por exemplo, os julgados do *Supremo Tribunal Federal*, dentre eles: RE 70023/PE, Rel. Min. Barros Monteiro, 1ª Turma, DJU de 23.10.1970.

<sup>106</sup> COSTA, Regina Helena. *Praticabilidade e justiça tributária*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 283.

<sup>107</sup> Entretanto, bem alerta *Humberto Ávila* que “O fato de o Tribunal ter decidido que o mecanismo da substituição tributária é em tese constitucional não afasta a possibilidade de ele ser aplicado

somente são submetidos produtos com preço de revenda final previamente fixado pelo fabricante ou importador, como é o caso dos veículos, cigarros; ou tabelados pelo Governo, como acontecia até recentemente com os combustíveis; e como acontece com a energia elétrica etc., razão pela qual só eventualmente poderão ocorrer excessos de tributação, de resto facilmente reembolsáveis”<sup>108</sup>.

O que se discute ainda hoje diz respeito ao direito de restituição do que foi recolhido a maior por antecipação, isto é, quando o fato tributável antecipado realizar-se após em montante inferior ao valor presumido pelo Fisco. Note-se que a norma em questão menciona a garantia de “restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”, mas é silente sobre a hipótese aventada.

Entretanto, o que está em jogo, em nosso entendimento, não se trata de uma benesse do legislador para com os contribuintes, que, para existir, necessita de expressa previsão normativa<sup>109</sup>. Antes de tudo, trata-se de uma cláusula inerente ao princípio da proibição de tributação com efeito de confisco e, portanto, derivada do princípio da justiça tributária. Ora, mesmo que tal cláusula não estivesse contida expressamente no §7º em questão, ela tem assento em nosso ordenamento jurídico por força de tais princípios. Afinal, mostra-se inconcebível que a tributação presumida possa legitimar uma tributação sobre fato que não ocorreu ou que ocorreu em proporções menores do que aquelas estimadas pelo Governo<sup>110</sup>.

### 3. ANÁLISE DO ART. 151.

*Art. 151. É vedado à União:*

Cumpra esclarecer que as vedações constantes do art. 151, embora expressamente voltadas à União Federal, por força do princípio federativo, aplicam-se, também, aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

*I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;*

O inciso I do art. 151 estipula um desdobramento do princípio da

---

de modo inconstitucional pelos Estados, especialmente por meio de pautas fiscais que não preenchem os requisitos” (Imposto sobre a circulação de mercadorias – ICMS. Substituição tributária. Base de cálculo. Pauta fiscal. In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 123. São Paulo: Dialética, p. 124, 2005).

<sup>108</sup> RE 213396/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, por maioria de votos, Data do Julgamento: 02.08.1999, DJU I de 01.12.2000, p. 97.

<sup>109</sup> Sobre a questão, veja-se ÁVILA, Humberto. ICMS. Substituição tributária no Estado de São Paulo. In: In: *Revista Dialética de Direito Tributário*, nº 124. São Paulo: Dialética, p. 92-111, 2005.

<sup>110</sup> Veja-se: GRECO, Marco Aurélio. *Op. cit.*, p. 143. Atualmente, esta matéria encontra-se pendente de definição pelo *Supremo Tribunal Federal*, em razão de pedido de vista no julgamento da ADIN nº 2675, Rel. Min. Carlos Velloso.

igualdade. Trata-se do *princípio da uniformidade territorial da tributação*. Veda-se que o âmbito territorial de incidência da norma tributária seja utilizado como um critério de tratamentos diferenciados.

As Constituições brasileiras anteriores já continham previsão similar<sup>111</sup>. Todavia, na Constituição atual passou-se a prever, expressamente, uma exceção a tal regra, para os casos de “concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País”. Com isto, supera-se o aparente tratamento rígido que encerrava a redação conferida pelas Constituições anteriores. Afinal, a exigência de tratamento uniforme não significa que a tributação deve ser exatamente igual em todo o território de incidência da norma, mas significa, isto sim, que esta deve promover um tratamento tributário de acordo com o princípio da igualdade. Ou seja, uniforme no sentido de isonômico.

*II - tributar a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a remuneração e os proventos dos respectivos agentes públicos, em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações e para seus agentes;*

Historicamente, cumpre lembrar, com apoio em *Ricardo Lobo Torres*, que a questão subjacente a este preceito sofreu influência do constitucionalismo norte-americano. Isto porque, inicialmente, a partir da nossa Constituição de 1891, sustentava-se que a renda dos títulos públicos, bem como a remuneração e os proventos dos agentes públicos não poderiam ser tributados por força da imunidade recíproca. Posteriormente é que se encaminhou a questão apenas para vedar a tributação discriminatória<sup>112</sup>.

Desta forma, podemos sustentar que se trata de um preceito fundado, por uma parte, no princípio federativo e, por outra, que não se põe como uma exceção à imunidade recíproca, uma vez que a renda tributada é aquela das obrigações da dívida pública dos demais entes federativos, auferida por investidores e aquela outra auferida pelos servidores públicos. O que se veda, em suma, é a tentativa da União Federal de utilizar a tributação para beneficiar-se “nas suas relações com os investidores ou com seus agentes públicos”<sup>113</sup>.

*III - instituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios.*

No §2º do art. 20 da Constituição de 1967, repetido pelo §1º do art. 19 da EC 01/69, estabeleceu-se uma competência excepcional para a União Federal conceder isenções de impostos estaduais e municipais, desde (a) que mediante lei complementar e (b) para atender relevante interesse social ou econômico de cunho nacional.

<sup>111</sup> Constituição de 1891 (arts. 7º, §2º e 8º), de 1934 (art. 18), 1937 (art. 34), 1946 (art. 17), EC nº 18/65 (art. 3º, I), 1967 (art. 21, I) e EC nº 01/69 (art. 20, I).

<sup>112</sup> Tratado de direito constitucional financeiro e tributário. V. III. *Op. cit.*, p. 383-390.

<sup>113</sup> VELLOSO, Andrei Pitten. *Constituição tributária interpretada*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 208.

A atual Constituição pretendeu não deixar qualquer margem para dúvida. Bastava não repetir essa norma, mas se fez questão de prever expressamente a proibição de utilização do que se convencionou chamar de *isenções heterônomas*<sup>114</sup>.

Há exceções. Uma delas está no art. 155, §2º, XII, “e”; a outra, no art. 156, §3º, II, ambos da CF/88.

A mais polêmica, porém, é a que se refere à possibilidade da União Federal conceder de isenções de tributos municipais e estaduais via tratados internacionais.

Trata-se, porém, de uma falsa questão, o que se tornou ainda mais evidente com o advento do §3º do art. 5º da CF/88, através da EC 42/03. Isto porque a alegação de que o princípio federativo impede que a União Federal, ao celebrar tratados internacionais, conceda benefícios fiscais relativamente a tributos de todas as esferas da federação é um argumento que pode se mostrar inconsistente se pensarmos que a União Federal pode aprovar internamente o tratado com estatura de norma constitucional. Basta que se utilize do procedimento de Emenda Constitucional. Daí que, ao invés de simples isenção, teremos uma verdadeira imunidade tributária!

De qualquer forma, o fato é que, nas lições de *Alberto Xavier*, “A voz da União, nas relações internacionais, não é a voz de uma entidade com interesses próprios e específicos, potencialmente conflitantes com os dos Estados e dos Municípios, mas a voz de uma entidade que a todos eles engloba - a República Federativa do Brasil”<sup>115</sup>. Bem por isto, o *Supremo Tribunal Federal* tem orientação no sentido de que, em tais situações, sequer é correto falar em *isenção heterônoma*.<sup>116</sup>

#### 4. ANÁLISE DO ART. 152

*Art. 152. É vedado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino.*

O art. 152 contempla o *princípio da não-discriminação tributária em razão da origem ou do destino dos bens e serviços*, vedando-se a criação de “aduanas internas”, para utilizarmos expressão cunhada por *Roque Antônio Carrazza*<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> Explica *Sacha Calmon Navarro Coelho* que “as isenções são autônomicas e heterônomas quanto à fonte legislativa de onde promanam. Autônomicas é a isenção concedida pelo Poder Legislativo de pessoa jurídica de Direito Público titulada pela Constituição para instituir o tributo. Assim, quem pode tributar pode dispensar o tributo. Esta é a regra geral. Isenção heterônoma é a concedida pelo Poder Legislativo de uma pessoa jurídica de Direito Público que não tem competência para instituir o tributo objeto da isenção. A isenção heterônoma é a isenção de tributo de alheia competência” (*Op. cit.*, p. 325).

<sup>115</sup> *Direito tributário internacional do Brasil*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 136.

<sup>116</sup> RE 229096/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJe nº 065, Divulgação em 10.04.2008.

<sup>117</sup> *Op. cit.*, p. 801.

Bem por isto, é uma derivação do princípio da isonomia e, assim, sequer precisaria estar previsto expressamente. Por outro lado, trata-se, também, de mais um corolário do princípio da liberdade, complementando o disposto no inc. V do art. 150 da CF/88. E, por fim, ainda deve ser encarado como importante desdobramento do princípio federativo, já que serve como instrumento contra as malfadas “guerras fiscais”<sup>118</sup>. Ainda assim, e apesar da forte e irrepreensível jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal*<sup>119</sup>, alguns entes federativos tentam contrariá-lo sistematicamente.

Entretanto, todas estas observações não podem levar a uma concepção absoluta do princípio em comento. Tal como exposto em relação ao inc. I do art. 151 da CF/88, aqui será admissível, ainda que a título excepcional, eventuais discriminações para bem concretizar o princípio da igualdade; o que jamais, entretanto, poderá servir de véu para encobrir políticas protecionistas.

## 5. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993,

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BATTLES, Matthew. **A conturbada história das bibliotecas**. São Paulo: Planeta, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9<sup>a</sup> ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5<sup>a</sup> ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARRAZZA, Roque Antônio. **A imunidade tributária das empresas estatais delegatárias de serviços públicos**. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional tributário**. 20<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2004,

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. **Proibição de tributos com efeito de confisco**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

FISCHER, Octavio Campos. **A Contribuição ao PIS**. São Paulo: Dialética, 1999.

GRECO, Marco Aurélio. **Substituição tributária: antecipação do fato gerador**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

<sup>118</sup> COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Op. cit.*, p. 327.

<sup>119</sup> ADI-MC 3936/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe nº 139, Divulgação em 08.11.2007 e ADI 3389/RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe nº 018, Divulgação em 31.01.2008.



JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MACHADO, Hugo de Brito (coord.). **Imunidade tributária do livro eletrônico**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). **Direitos fundamentais do contribuinte** (Pesquisas Tributárias – Nova Série nº 6). São Paulo: Centro de Extensão Universitária e Editora RT, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

NOVAES, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de Direito: do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra, 1987.

NOVOA, César García. **El princípio de seguridad jurídica en materia tributaria**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

PIRES, Adilson Rodrigues; TÔRRES, Heleno Taveira (coords.). **Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes [coord.]. **Constituição e segurança jurídica: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2004.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. **Teoria e prática das isenções tributárias**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

UCKMAR, Victor. **Princípios comuns de direito constitucional tributário**. 2ª ed., Tradução Marco Aurélio Greco, São Paulo: Malheiros, 1999.

VELLOSO, Andrei Pitten. **Constituição tributária interpretada**. São Paulo: Atlas, 2007.

RIBEIRO, Vinício. **O Estado de Direito e o princípio da legalidade da administração**. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1981.





# O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO: CONVERGÊNCIA DA PROTEÇÃO AMBIENTAL NOS ÂMBITOS NACIONAL E INTERNACIONAL

---

Renata de Assis Calsing<sup>1</sup>

## RESUMO

A interação do meio ambiente com o princípio da dignidade da pessoa humana faz com que sua preservação se reverta de caráter fundamental, estando protegido pela Constituição Federal brasileira de 1988 e por meio de tratados internacionais de Direitos Humanos. Essa proteção prevê a união de esforços entre Estado e cidadãos e depende em grande medida da cooperação internacional para que seja efetiva. Como o meio ambiente físico não respeita as fronteiras impostas pelos Estados, a emergência de um Direito Internacional Ambiental é fator decisivo para promover esforços comuns a fim de preservar o patrimônio natural da Humanidade.

## Palavras-chave

Direito Ambiental. Direitos Humanos. Direito Internacional.

## RESUME

L'interaction de l'environnement avec le principe de la dignité humaine fait qu'il soit affirmé comme un Droit fondamental, protégé par la Constitution Fédérale Brésilienne de 1988 et par des traités internationaux sur les droits de l'Homme. Cette protection prévoit des efforts conjoints entre État et citoyens; et s'appuie fortement sur la coopération internationale pour être efficace. Comme l'environnement physique ne respecte pas les limites imposées par les frontières des États, l'émergence d'un Droit International de l'Environnement est un facteur décisif pour promouvoir des efforts communs visant à préserver le patrimoine naturel de l'humanité.

## Mots-clé

Droit de l'environnement. Droit de l'Homme. Droit International.

---

<sup>1</sup> Graduada e mestre em Direito pelo UniCEUB, doutora em Direito pela Universidade Paris I, Panthéon-Sorbonne – advogada, consultora jurídica e professora da Universidade Católica de Brasília.

## I. INTRODUÇÃO

A destruição do meio ambiente é um processo antigo que existe desde que o Homem começou a se relacionar com a natureza, sendo mesmo automático, já que o uso dos recursos naturais possibilita ao Homem seu desenvolvimento e vida na Terra. Contudo, esse processo de degradação vem se ampliando gradativamente ao longo do tempo, com maior intensidade no século XX e início desse novo século. Várias são as fontes que atestam essa destruição da natureza, tanto em território brasileiro, como na sociedade internacional: destruição de florestas, aumento da temperatura global, o buraco na camada de ozônio e as espécies ameaçadas de extinção. Estas e outras alterações que estão acontecendo na Terra têm gerado conseqüências irreversíveis ao meio ambiente, podendo ser sentidas pelo Homem, na medida em que a ocorrência de catástrofes naturais está aumentando. Outro aspecto da relevada importância do tema é a diminuição da qualidade de vida nos grandes centros urbanos, causada pela deterioração das condições ideais do *habitat* natural, tais como enchentes, poluição atmosférica, etc.

As catástrofes ambientais e a crescente preocupação da sociedade com o meio ambiente estão motivando os países para que criem e aperfeiçoem legislações específicas para regular a convivência do Homem com o seu meio. Natural, já que o Direito origina-se dos fatos. De forma que o que antes era deixado para as leis naturais, foi e está sendo regulado positivamente, uma vez que o desequilíbrio ambiental passou a representar uma ameaça à saúde e à vida humana, como também à vida no planeta<sup>2</sup>.

Dentro deste panorama, as normas ambientais, que antes eram vistas como metas programáticas, hoje estão ganhando em efetividade, diante à necessidade e demanda social por sua regulamentação. As normas de proteção do meio ambiente fazem parte de nossa matéria constitucional, de declarações internacionais de Direitos Humanos, de tratados internacionais e normas infraconstitucionais brasileiras. A crescente regulamentação e ganho em efetividade não garantem, todavia, que estas normas sejam totalmente concretizadas. Podemos até dizer que falta um longo caminho da Humanidade em busca de uma proteção efetiva do meio ambiente, estando sua regulação atual em estágio nascente.

A concretização da proteção ambiental e a efetividade das regras que tratam sobre a matéria somente serão alcançadas na medida em que diversos fatores, conjugados, sejam levados em consideração: como a relação do meio ambiente com a economia, a educação ambiental e a relação da proteção ambiental nos níveis nacional e internacional. Isto porque, o meio ambiente é algo que permeia as atividades humanas regulares, como o consumo, alimentação e meios de transporte, além de desconhecer as fronteiras nacionais, sendo necessários

---

<sup>2</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 19.

esforços conjugados para alcançar um objetivo comum, por meio de políticas públicas eficazes. De forma que a efetividade não é somente o meio pela qual se regula a proteção ambiental, como leis e decretos, mas também o modo como são cumpridas as normas criadas. Não é suficiente criar leis; é indispensável, também, cumpri-las, mantendo a finalidade para qual foram criadas<sup>3</sup>.

E, é exatamente essa realidade imperfeita e variada o objeto desse estudo. Seu propósito é estabelecer a co-relação e a necessidade de junção da proteção internacional e nacional para que seja alcançado um resultado positivo em termos de preservação do meio ambiente, de modo a garantir uma vida digna e saudável para o Homem.

## II. O DIREITO AO MEIO AMBIENTE COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais são uma conquista histórica do Homem, positivados por meio de um processo de formação dos povos, se transformando de acordo com a necessidade social. Esses direitos, que apareceram positivamente com a revolução burguesa, evoluíram com o correr dos tempos. “A cada etapa da história, novos direitos fundamentais surgem, a ponto de se falar em gerações de direitos fundamentais”<sup>4</sup>.

Desde a Revolução Francesa de 1789, o regime constitucional é associado à garantia dos Direitos Fundamentais. O artigo 16 da Declaração do Homem e do Cidadão já dizia que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Modernamente, podemos afirmar que o grau de democracia de um país pode ter por base ou parâmetro de aferição as garantias constitucionais em relação aos Direitos Fundamentais e sua afirmação em juízo<sup>5</sup>. Como salienta Norberto Bobbio, os direitos e liberdades fundamentais são o núcleo da democracia constitucional<sup>6</sup>.

Convertidos em parâmetros axiológicos vinculando a atividade estatal, esses direitos reduzem a discricionariedade dos poderes constituídos<sup>7</sup>. Assim, temos que um dos grandes papéis da Constituição escrita é estabelecer ao indivíduo uma esfera legal de ação, delimitando o campo de interferência do Estado na vida individual<sup>8</sup>. Essa posição está em consonância com a concepção liberal e burguesa dos Direitos Fundamentais, em que estes exerciam papel de defesa do indivíduo contra os abusos gerados pela atuação estatal. Nesta

---

<sup>3</sup> WEISS, Edith Brown e JACOBSON, Harold K. **Engaging Countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Cambridge: MIT Press, 2000, p.1 e 2.

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

<sup>5</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, In: **Hermenêutica Constitucional e os Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 104.

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Campus, 2005, p. 01.

<sup>7</sup> JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivum, 2010, p. 534.

<sup>8</sup> FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 288.

perspectiva, a primeira conquista do sistema constitucional garantiu aos cidadãos os seus direitos individuais, que se constituíam como liberdades negativas contra o Estado absolutista, o que ficou conhecido como os Direitos Humanos de primeira geração.

Com o passar do tempo, ocorreu uma mudança na forma de se enxergar as relações entre indivíduos e Estado, devido à Revolução Industrial e a falta de igualdade material dos cidadãos. Os Direitos Fundamentais enquanto categoria jurídico-constitucional garantidora do princípio da Dignidade da Pessoa Humana passou a impor aos órgãos do poder público o dever de efetivação das normas constitucionais<sup>9</sup>. De forma que se a primeira conquista dos Direitos Fundamentais foi restringir o campo de atuação do Estado Absolutista, após a Segunda Guerra Mundial, a situação econômica passou a exigir que o Estado atuasse como interveniente nas relações privadas para garantir a igualdade fática dos cidadãos e não somente sua igualdade formal, de onde surgiram os Direitos Sociais ou Direitos Humanos de segunda geração.

Mais recentemente, passou-se a se falar de uma terceira geração dos Direitos do Homem, segundo o ideário da solidariedade, onde teríamos o direito à paz, ao desenvolvimento, ao respeito do patrimônio comum da humanidade e ao meio ambiente<sup>10</sup>. Estes direitos provocam uma inter-relação entre Estado e cidadãos, e entre os diversos Estados, já que são direitos que interessam ao Homem como um todo, sem fronteiras, e que carecem de ações conjuntas ou solidárias para se efetivarem.

Dentro da lógica de evolução histórica dos Direitos Fundamentais, temos na Constituição Federal de 1988, pela primeira vez, a inserção da preocupação com o espaço em que vivemos, com o nosso meio ambiente. “Dado histórico de inegável valor, dado que as Constituições que precederam a de 1988 jamais se preocuparam da proteção ao meio ambiente de forma específica e global”<sup>11</sup>. Como bem pondera Paulo Bessa Antunes, o direito do meio ambiente passou por uma modificação ontológica da tutela conferida aos bens naturais, passando a ser reconhecido o valor do meio ambiente em si, mas principalmente em relação à proteção da qualidade de vida humana. Isto é, o direito ao meio ambiente hoje deve ser visto como meio auxiliar da proteção da dignidade da pessoa humana, princípio que dá base de sustentação para toda nossa Constituição Federal e que prevê como uma de suas condições a existência humana em um meio capaz de prover as necessidades humanas, não somente econômicas, mas também em relação à saúde e ao seu patrimônio histórico e natural<sup>12</sup>.

A inter-relação entre a dignidade da pessoa humana e o meio ambiente que a cerca pode ser vista em nossa Constituição Federal, que dita no seu art.

<sup>9</sup> JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivum, 2010, p. 543.

<sup>10</sup> FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 294.

<sup>11</sup> MILARÉ, Édis. **Legislação ambiental do Brasil**. São Paulo: APMP, 1991, p. 3.

<sup>12</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4

225 que: “*todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”.

Nossa Lei Magna, em seu artigo 170, ao estabelecer os princípios gerais da atividade econômica, coloca em destaque a função social da propriedade (III) e a defesa do meio ambiente (VI), regulando este último em capítulo específico, nele consignado um conjunto de direitos e obrigações a serem exercidos em co-participação pelos cidadãos e Estado. Assim, o Texto Constitucional visa à garantia da instrumentalização da proteção ambiental, exigindo a salvaguarda dos recursos naturais e a regulamentação dos processos físicos e químicos que interajam com a biosfera<sup>13</sup>. Mais especificamente, o Direito ambiental visa organizar a forma pela qual a sociedade utiliza os recursos naturais, estabelecendo critérios, métodos, proibições e permissões de uso, dizendo o que pode ou não ser apropriado economicamente<sup>14</sup>.

Mas o que vem a ser o meio ambiente? A Lei n. 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) o define como 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”. Esse conceito amplo e juridicamente indeterminado é abrangente, englobando o meio ambiente marinho, terrestre, urbano etc. O que se visa proteger é o meio como um todo sistematicamente organizado, com o objetivo de preservar a qualidade de vida e a saúde humana.

A proteção do meio ambiente como um valor fundamental reveste-se de caráter comunitário, sendo dito um direito difuso, cujos sujeitos são indeterminados no tempo e no espaço. A idéia de um direito difuso é de preservar o direito de todos, ao mesmo tempo em que se cobra de todos a sua realização. Isto é, o direito ao meio ambiente é um direito solidário, cuja proteção deve ser comum aos diversos Estados e à toda a Humanidade, para reduzir os riscos da degradação ecológica e o mau uso do patrimônio natural.

Pelo fato de ser um interesse da Humanidade como um todo, a positivação dos direitos de proteção do meio ambiente também se dá no âmbito internacional. Vários tratados, como a Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano de 1972 e a Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 reconheceram a proteção do meio ambiente como um Direito Humano Fundamental, para que o Homem possa desfrutar “de condições de vida adequadas em um meio cuja qualidade lhe permita levar uma vida digna”<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 849.

<sup>14</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 3

<sup>15</sup> Princípio Primeiro da Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano.

### III. A INSUFICIÊNCIA DO TRATAMENTO DO MEIO AMBIENTE NO ÂMBITO NACIONAL

Falar em proteção do meio ambiente significa referir-se à conduta livre do Homem, já que a palavra “proteger” tem por escopo determinar as condutas que preservam o equilíbrio do meio ambiente, em detrimento de outras<sup>16</sup>. Para que essas condutas possam ser determinadas, cumpre primeiro estabelecer um valor para o que se pretende proteger – seja o meio ambiente em si, como valor autônomo e fundamental, seja a saúde, vida e dignidade da pessoa humana que se relaciona com o meio ambiente. Em conseqüência, vemos que o Direito do meio ambiente compreende fases diversas de proteção. A primeira delas indica o valor a ser protegido – o meio ambiente e sua relação com a dignidade da pessoa humana – presentes em nossa Constituição Federal e em tratados internacionais de Direitos Humanos. Em segundo lugar, cumpre definir por quais meios será realizada a proteção do valor estabelecido. Ou seja, as normas que definem o relacionamento entre o desenvolvimento e o uso racional dos recursos naturais, juntamente com os parâmetros de uso permitido ou não.

Como vimos, o conceito de meio ambiente é abrangente e totalizador, não podendo o meio ambiente ser considerado de forma autônoma ou separada. Isto porque, o meio ambiente é um todo, já que a natureza desconhece a noção de fronteiras, noção esta determinada por critérios históricos e políticos, mas que não revelam os limites ou demarcações dos espaços aquático e aéreos, nem o caminho percorrido pelas aves migratórias<sup>17</sup>. Desta forma, a proteção do meio ambiente deve conciliar as noções de Direito Constitucional e do Direito Internacional para definir o seu valor e para definir os seus meios de proteção, permitindo uma evolução nas tradicionais noções de soberania. Destarte, não há que se falar na proteção do meio ambiente de forma isolada por um Estado. O meio ambiente deve ser encarado como patrimônio comum da Humanidade, onde existe a necessária convergência de sua proteção pelos poderes públicos Estaduais e pelos tratados internacionais para evitar o prejuízo de um bem comum em face de sua afetação a finalidades particulares.

Ainda, temos o Direito do meio ambiente como um ponto de abrandamento do direito de propriedade<sup>18</sup>, seja pelo particular a quem é imposta a função socioambiental da propriedade, seja pelos Estados que não podem usar o seu meio ambiente de forma a prejudicar ou causar danos aos países vizinhos e à sua população. Se a propriedade é um direito fundamental do Homem, o seu abrandamento se deve à convergência e à ponderação entre interesse público e privado. O direito ao meio ambiente como direito fundamental da pessoa humana pode ser visto como um direito cujo interesse é trans-individual, ou seja, está em posição intermediária entre o interesse público e privado,

<sup>16</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 20.

<sup>17</sup> Idem, p. 298.

<sup>18</sup> MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 848.

sendo compartilhado por grupos, classes ou categorias de pessoas<sup>19</sup>. Como a preservação ambiental é um interesse coletivo, deve haver convergência entre o uso privado da terra e o valor ambiental, de forma a que o desenvolvimento individual não seja um empecilho grave à preservação dos recursos naturais.

Como consequência da relação entre propriedade e preservação ambiental, temos que o lado público do direito ambiental (direito de todos à um meio ambiente sadio) é constantemente permeado pelo direito privado, já que as atividades que causam danos ao meio ambiente são, em sua grande parte, relacionadas com o mercado, como o desenvolvimento e utilização dos meios de produção, transportes, bens de consumo e etc. Vemos, então, que o papel da economia é elemento essencial para a proteção do meio ambiente, já que são as relações de consumo e produção que mais contribuem para o processo de degradação natural dos recursos naturais. Ou seja, para a aplicação efetiva da proteção legal ambiental, é necessária a integração do conceito de desenvolvimento econômico à utilização sustentável dos recursos naturais<sup>20</sup>, de forma que as duas matérias sejam vistas como complementares e não como antagonicas.

Essa relação entre desenvolvimento econômico e proteção ambiental também aduz a idéia de abrandamento de fronteiras e da intervenção do Direito Internacional. Com a era da globalização, as relações econômicas são hoje mundiais, sendo dominadas por grandes empresas multinacionais, que permeiam espaços de mais de um Estado. Nas sociedades atuais, a evolução das relações sociais globalizadas favorece o entendimento dualístico dos conceitos de local e global, enfatizando a relação dialética entre essas duas esferas. As relações sociais locais são definidas por eventos e atores que operam no âmbito global, mas essas ações globais não teriam importância sem sua concretização na esfera local<sup>21</sup>. “O alcance mundial do capitalismo no século XX tem sido tão forte que todos os projetos de desenvolvimento nacional, com pretensões de soberania, têm sido frustrados”<sup>22</sup>.

Dentro desta perspectiva, o meio ambiente contribui para a globalização do Direito Internacional ao permitir que assuntos de regulamentação interna do Estado (como meios de transporte e fiscalização industrial) passem a fazer parte da agenda externa dos Estados. Essa interferência do Direito Internacional no Direito interno nem sempre é bem vista pelos Estados, já que assuntos sensíveis como energia, por exemplo, tendem a ser tratados de forma mais protecionista pelos governos locais. Neste contexto, afirma Guido Soares que:

“Da mesma forma que o tema proteção internacional dos Direitos

<sup>19</sup> MAZZILLI, H. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>20</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 4.

<sup>21</sup> BONANNO, Alessandro. *A globalização da economia e da sociedade: fordismo e pós-fordismo no setor agroalimentar*. In: *Globalização, trabalho, meio ambiente. Mudanças socioeconômicas em regiões frutícolas para exportação*.

Coleção INPSO, Tradução: Lauro Mattei, disponível em: <http://www2.cddc.vt.edu>.

<sup>22</sup> IANNI, O. *A sociedade global*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.



Humanos, para sua eficácia, tende a ser intrusivo, tudo indicaria que a proteção internacional do meio ambiente também possa ter essa característica; o tema, em ambos os campos, é polêmico, sobretudo quando reivindicações de proteção do meio ambiente podem servir de cobertura a políticas intervencionistas de natureza comercial internacional, a pretexto de salvaguardar o meio ambiente”.

No entanto, mesmo diante desta resistência econômica em regular o meio ambiente de forma internacional, o fato é que a regulamentação por cooperação entre os diversos Estados é fundamental devido ao caráter físico do meio ambiente. A regulação do ar, por exemplo, não é efetiva se realizada individualmente por um só Estado. A atmosfera é uma só e os efeitos dos gases poluentes lançados por um Estado alcançam o território dos demais, tendo impacto direto sob a população mundial. Este é o caso, por exemplo, do uso dos produtos contendo CFC (clorofluorcarbono) que causam danos à camada de ozônio e que foi regulado pelo Protocolo de Montreal em 1989.

A denominada “camada de ozônio” encontra-se na estratosfera e é indispensável para o desenvolvimento e manutenção da vida na Terra, uma vez que ela realiza uma espécie de filtragem dos raios solares promovendo a retenção dos raios ultravioletas antes que atinjam a superfície terrestre. Os gases CFC de finalidade industrial surgiram em 1930, tendo seu uso se dispersado pelo mundo por meio de sua utilização em bens de consumo como geladeiras, ar condicionado, sprays, etc. Os malefícios do uso desses gases para a camada de ozônio foi constatado no final da década de 1970 por meio de observações de satélite sob a Antártica onde cientistas identificaram a redução de 60% do ozônio na camada da região<sup>23</sup>.

Diante dos riscos que acarreta a diminuição da camada de ozônio (em excesso, os raios ultravioleta podem causar mutações no DNA dos seres vivos, aumento do índice de câncer de pele na população, entre outros), as grandes economias se reuniram em 1987 para discutir um instrumento internacional cujo principal objetivo é estipular metas de redução (e posterior banimento) do uso do gás CFC. A cooperação dos Estados para o sucesso da meta imposta ficou evidente, já que as emissões ocorridas em um Estado causam danos para a atmosfera como um todo, de forma que a ação individual de um Estado é insuficiente. A regulamentação da questão por meio da legislação internacional foi considerada um passo necessário para que as medidas internas de redução do uso do CFC pudessem ter um resultado prático significativo.

O mesmo acontece na questão das mudanças climáticas. Da mesma forma que o uso de CFC por um país afeta a atmosfera como um todo, a emissão dos gases que causam o efeito estufa por um Estado atingem todo o planeta. Neste caso também, a regulamentação internacional por meio da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (1992) e seu Protocolo de Kyoto

---

<sup>23</sup> O CFC se fragmenta, o cloro começa a interagir com o ozônio e a partir desse processo ocasiona a quebra desse tipo de molécula e conseqüentemente destrói a camada de ozônio.



(1997) foram um passo introdutório para que os países pudessem, internamente, criar programas e leis de redução da emissão desses gases. No Brasil, a questão foi regulada por meio da Lei n.º 12.187 de 2009 que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC)<sup>24</sup>.

Outro caso interessante onde vemos claramente que a regulamentação nacional não é suficiente para a proteção do meio ambiente está relacionado aos animais migratórios<sup>25</sup>, como aves, peixes, etc. Segundo a BirdLife International, 19% de todas as aves conhecidas no mundo são consideradas aves migratórias, estando 11% destas espécies ameaçadas ou quase ameaçadas de extinção. Dentre elas, 31 espécies estão classificadas como espécies criticamente em perigo<sup>26</sup>, como: maçarico-de-bico-fino, íbis calvo, abibe comum, albatroz dos Galápagos e o periquito de barriga laranja. A manutenção da vida dessas espécies de ave vem sendo ameaçada, principalmente, por atos de origem humana como a agricultura, a introdução de espécies exóticas invasivas em meios que não os seus originais, a caça e a captura com armadilhas, o abate comercial de árvores, a urbanização, a poluição, a pesca e as mudanças climáticas.

A proteção das espécies migratórias tem que ser feita de modo conjunto pelos Estados por onde passam os animais. A proteção em um só Estado não é capaz de garantir a sobrevivência das espécies, que podem vir a ser depredadas quando de sua movimentação para outros territórios. Em relação à proteção internacional das espécies, e reconhecendo a necessidade de proteção cooperativa, os Estados regularam a questão por meio de diferentes convenções internacionais. Entre elas se destacam a Convenção sobre a Conservação das Espécies Migratórias Pertencentes à Fauna Selvagem (também conhecida como a Convenção de Bonn) que reconhece que a fauna selvagem, nas suas inúmeras formas, constitui um elemento insubstituível dos sistemas naturais da Terra de forma que deve ser conservado para o bem da humanidade; a Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies Ameaçadas da Flora e Fauna Selvagem (CITES); a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), que visa conscientizar os Estados sobre a perda de biodiversidade e do patrimônio genético mundial; a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM), que pretende controlar as distintas fontes de contaminação causadas pelas atividades humanas em espaços marítimos, os quais compreendem suas águas e recursos naturais; a Convenção sobre as Zonas úmidas de Importância Internacional (Convenção de Ramsar), especialmente enquanto *habitat* de aves aquáticas.

<sup>24</sup> Recentemente, por meio do Decreto nº 7.390, de 09/12/2010 foram regulamentados os arts. 6, 11 e 12 da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009 visando à criação de um conjunto de medidas para que o Brasil limite, até 2020, suas emissões anuais de gases que causam o efeito estufa em no máximo 2,1 bilhões de toneladas de CO<sub>2</sub> equivalente (dióxido de carbono).

<sup>25</sup> Segundo a Convenção sobre a Conservação das Espécies Migratórias Pertencentes à Fauna Selvagem, « Espécie migratória » significa o conjunto da população ou qualquer parte geograficamente separada da população de qualquer espécie ou grupo inferior de animais selvagens da qual uma fração importante ultrapasse, ciclicamente e de maneira previsível, um ou mais limites de jurisdição nacional.

<sup>26</sup> Dados das Nações Unidas. Para mais informações: <http://www.unric.org>.

#### IV. A EVOLUÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

O Direito Internacional vem sofrendo grandes transformações durante o último século, passando de uma estrutura apenas criadora de princípios para ganhar “status” de Direito vinculante e influenciador no processo de tomada de decisões internas nos diversos Estados. Especialmente na área do meio ambiente, o direito internacional deixou de ser um mero instrumento de cooperação para transformar-se em um meio de coordenação interestatal.

Desde os tempos mais remotos, os Estados mantinham relacionamentos entre si por meio da diplomacia ou pela celebração de tratados. Em tempos de guerra e paz, pode-se dizer que a paz estava vinculada aos tratados celebrados sob a forma de pactos. Contudo, sua utilização hodiernamente ultrapassou seu modelo anterior, tornando o Direito Internacional e os tratados em uma concepção de legislação mundial, que abrange todos os tópicos da vida moderna.

Segundo Paul Reuter, uma das causas fundamentais para o desenvolvimento do Direito Internacional é a crescente solidariedade que se estabeleceu entre os membros da sociedade global, onde um ator pode influenciar na ocorrência de mudanças nos demais, desequilibrando o antigo sistema de poder do mundo político<sup>27</sup>. Esse fato é devido à interdependência existente entre os Estados, que compartilham interesses comuns e gerais da Humanidade, reconhecendo que certos problemas devem ser enfrentados conjuntamente por todos, de forma coordenada e simultânea. Essa solidariedade e co-responsabilidade dos Estados também podem ser observada nos indivíduos, que dividem suas culturas, valores e opiniões, representando uma verdadeira comunidade internacional<sup>28</sup>.

Neste novo cenário global, o Direito Internacional Ambiental desponta, sendo um ramo em pleno crescimento no cenário mundial, representando um instrumento capaz de enfrentar um conjunto de problemas ambientais comuns a diversos Estados. Mesmo que a cooperação internacional em relação ao meio ambiente não seja nova, a ligação entre os Estados visava somente a preservação dos recursos naturais para que esses não viessem a faltar. Essa lógica ambiental utilitarista<sup>29</sup> persistiu até o final da segunda grande guerra. Somente no final

<sup>27</sup> REUTER, Paul. **Introducción al Derecho de los Tratados**. México: Editora da Universidad Nacional Autónoma de México, 1999, p. 13.

<sup>28</sup> É fato que cada sociedade local apresenta valores e desenvolvimento culturais próprios, mas cada uma dessas comunidades diferentes também mostra interesses comuns, como a proteção do meio ambiente global, dos direitos humanos e de um desenvolvimento justo e sustentável. Esses exemplos podem ser chamados de *global commons*, que são os interesses globais que perpassam as agendas dos diversos Estados e da opinião pública mundial.

<sup>29</sup> As sociedades e religiões primitivas respeitavam a natureza, engajando-se numa relação de solidariedade natural com ela. Contudo, com o advento do antropocentrismo e da revolução industrial, o meio ambiente perdeu o seu valor intrínseco, crescendo o sentimento de antinaturalismo nas sociedades que buscavam o desenvolvimento e a propriedade privada. Os danos ambientais passaram a ser vistos como conseqüências necessárias dos processos produtivos. In: RÉMOND-GOUILLOUD, Martine. **Du droit de détruire: essai sur le droit de l'environnement**.

da década de 60 e início dos anos 1970 é que o Direito Internacional Ambiental se fortaleceu verdadeiramente.

Em suas primeiras décadas, o século passado assistiu ao nascimento de convenções ambientais que se restringiam a preservar espécies ameaçadas de extinção e a regulamentar a poluição do ar e água.<sup>30</sup> A Convenção Internacional para Prevenção da Poluição do Mar por Óleo, realizada em Londres em 1954, foi o primeiro tratado a considerar o meio ambiente como um valor autônomo, sem, todavia, considerar o meio ambiente como um conjunto<sup>31</sup>.

O período entre guerras foi marcado pelo fortalecimento das comunidades científicas que passaram a se reunir internacionalmente para discutir os problemas ambientais. Destas discussões surgiu o que podemos destacar como a primeira manifestação formal do Direito Internacional Ambiental: a sentença do caso da Fundação Trail.<sup>32</sup> O caso, cujas partes eram Canadá e Estados Unidos, discutiu a emissão de gases tóxicos lançados por uma fábrica canadense e que atingiu a população americana de uma cidade vizinha à fronteira dos dois países. Levado à Corte Internacional de Justiça, a sentença do caso proclamou que nenhum Estado tem o direito de permitir o uso ou de usar o seu território de modo danoso para o território do outro Estado ou para a população ali residente.<sup>33</sup>

A partir do final da década de 1960 o mundo presenciou vários fatores que influenciaram a emergência do Direito Internacional Ambiental, como o crescimento da população mundial; a consolidação da opinião pública e a expansão dos meios de comunicação; a democratização das relações internacionais; a guerra fria, que gerou o medo de destruição em massa; o desenvolvimento das ciências; a maior utilização dos recursos naturais; a ida do homem à lua, que deu à população um senso de fragilidade da Terra e as grandes catástrofes ambientais, que atingiram níveis nunca antes presenciados.<sup>34</sup> Contudo, o fator que mais contribuiu para a expansão do Direito Internacional Ambiental foi a expansão dos danos causados pela poluição transfronteiriça, que passou a exigir a coordenação de esforços conjuntos para a regulação dos meios de produção que causam danos e prejuízos ao meio ambiente.

A sociedade civil organizada começou a se engajar na luta pela proteção do meio ambiente, conscientizando os Estados e mobilizando os povos para

---

Paris: PUF, 1989, p. 11 a 13.

<sup>30</sup> KISS, Alexandre. **Direito Internacional do Ambiente**. Lisboa: Publicado pelo Centro de Estudos Judiciários, Portugal, 1996, p. 79.

<sup>31</sup> NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. **Direito Ambiental Internacional**. 2ª Edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002, p. 27 e 28.

<sup>32</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 40-43.

<sup>33</sup> KISS, Alexandre. **Direito Internacional do Ambiente**. Lisboa: Publicado pelo Centro de Estudos Judiciários, Portugal, 1996, p. 78 e 79.

<sup>34</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 45 e VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 22 e 23.

a preservação dos recursos naturais não-renováveis. Os cientistas atestaram, principalmente nos países mais industrializados, que o Planeta Terra podia estar sendo seriamente degradado e que isso teria conseqüências diretas e sérias para o Homem e a sua saúde.<sup>35</sup>

Nesse processo evolutivo de conscientização em escala mundial, a influência de países do norte se expandiu para alcançar outros Estados, fazendo nascer um direito criado pelos países mais desenvolvidos e que só depois alcançaria as sociedades dos países em desenvolvimento. Os Estados Unidos da América foram o primeiro Estado a nutrir a idéia de “produção ecológica”, exportando esse ideal para a Dinamarca, Países Baixos e Bélgica, que tinham pouco espaço territorial e muitas indústrias, e também para a Inglaterra e Alemanha, cujas sociedades eram favoráveis a uma política de preservação.<sup>36</sup>

Em 1972, a ONU organizou a Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, que foi o grande ponto de partida para a conscientização ecológica e a necessidade da cooperação internacional para a proteção transfronteiriça do meio ambiente. Essa reunião contou com a participação de 1.200 delegados de 114 países, além de uma convenção paralela das ONG e um encontro informal da sociedade civil.

A Conferência de Estocolmo representou a primeira tentativa global de implementar um processo de cooperação para proteger o meio ambiente, aliando a necessidade de implementação nacional dos princípios trazidos pela Declaração de Estocolmo e a gestão internacional do meio ambiente. Os tratados foram escolhidos como meio estratégico de normatização desse esforço conjunto, que visava orientar e coordenar os Estados, empresas, ONGs e indivíduos na conservação dos recursos naturais que estavam sendo destruídos.

A partir de então, as convenções ou tratados internacionais passaram a ser os instrumentos utilizados para a promoção da cooperação/coordenação interestatal em relação ao meio ambiente. Os tratados internacionais carecem ainda de cogência, já que são poucos os instrumentos legais deste tipo que prevêem sanções no caso de descumprimento do acordado. Mesmo nos casos onde se prevê esta sanção, não existe uma entidade coatora, como o governo no direito interno, capaz de promover a sanção, sendo esta aplicada pelas próprias partes ao tratado. Todavia, o Direito Internacional se vale de um sistema de vinculação livre, onde o Estado somente se submete à norma caso a considere importante ou benéfica ao seu país, o que aumenta o interesse do Estado em cumprir o acordo internacional.

O encontro em Estocolmo representou a integração das agendas ambientais mundiais, sendo considerado um marco para a unificação da

---

<sup>35</sup> KISS, Alexandre. **Direito Internacional do Ambiente**. Lisboa: Publicado pelo Centro de Estudos Judiciários, Portugal, 1996, p. 79 e 80.

<sup>36</sup> RÉMOND-GOUILLOU, Martine. **Du droit de détruire: essai sur le droit de l'environnement**. Paris: PUF, 1989, p. 20 e 21.

codificação dos instrumentos de proteção ambiental. As declarações de Estocolmo serviram, ainda, de guia para as legislações domésticas e para os tratados ambientais. Por meio delas, foram codificados costumes e estabelecidas novas regras internacionais.<sup>37</sup>

Como principais focos da Declaração de Estocolmo temos: o seu artigo 1º que garante o direito do Homem à liberdade e a um meio ambiente sadio; os artigos 2º ao 7º, que estabelecem os recursos naturais que devem ser protegidos: terra, ar, água, solo, fauna e flora; os artigos 8º ao 25, que instrumentalizam a proteção do meio ambiente, com meios de gestão, ciência e tecnologia, cooperação e informação, responsabilizando os Estados por danos ambientais por meio do direito de pedir indenizações.

Contudo, como salienta Kiss<sup>38</sup>, o artigo mais importante dessa Declaração foi o artigo 21, que atesta o direito soberano dos Estados para com os seus recursos naturais, desde que o uso desses recursos não prejudique outros Estados ou os seus habitantes. Dispõe o citado artigo, *in verbis*:

“Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios do direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar os seus próprios recursos de acordo com a sua política ambiental, e têm o dever de fazer com que as atividades exercidas nos limites de sua jurisdição ou sob o seu controle não causem danos ao ambiente noutros Estados ou em regiões que não relevem de nenhuma jurisdição nacional”.

Até os anos 1980, a agenda política internacional destacava três categorias de proteção. A primeira, referente à conservação de espécies ameaçadas, que remonta a 1872, com a proposta suíça de proteção de aves migratórias, até a CITES, que protege as espécies ameaçadas. A segunda agenda era referente aos desastres marítimos. A questão das águas foi vastamente regulamentada, com a convenção de 1954 para prevenção da poluição de óleo nas águas marinhas até a convenção sobre direito do mar de 1982. A terceira e última categoria de proteção ambiental cuidava das armas nucleares, com o tratado da Antártica de 1959.<sup>39</sup>

O final dos anos de 1970 e início de 1980 vi grandes catástrofes ambientais como: o acidente industrial de Seveso, na Lombardia, em 1976; o acidente com o satélite soviético Cosmos 927, em 1978; o desastre com o petroleiro Amoco Cadiz, em 1978; o acidente em Bophal, na Índia, em 1984; o desastre nuclear de Chernobyl, na Ucrânia e o incêndio na indústria química Sandoz, da Suíça, em 1986. Como várias dessas catástrofes não respeitaram as fronteiras estatais, o Direito Internacional do Meio Ambiente se estabeleceu como o meio possível de

<sup>37</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 55.

<sup>38</sup> KISS, Alexandre. **Direito Internacional do Ambiente**. Lisboa: Publicado pelo Centro de Estudos Judiciários, Portugal, 1996, p. 81.

<sup>39</sup> ELLIOTT, Lorraine. **The global politics of the environment**. New York: New York University Press, 1988, p. 8 a 11.

cooperação entre os Estados atingidos e também como um meio de coordenação das políticas ambientais, internas e externas.<sup>40</sup> Daí surgiram vários instrumentos jurídicos e a multiplicação das agências ambientais: existiam 11 agências de proteção do meio ambiente nos países do norte até 1972 e 130 em 1985.<sup>41</sup>

Os anos 1990 marcaram o processo de globalização do Direito Internacional Ambiental, cujo principal fruto foi a Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento, conhecida como Eco 92, realizada no Rio de Janeiro. A conferência contou com a participação de 178 Estados e mais de 1.400 ONGs. Como resultados do Encontro foram assinadas a Declaração do Rio e a Agenda 21. Também, foram abertas à assinatura a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima, a Convenção sobre Diversidade Biológica e a Convenção sobre Florestas.

A Declaração do Rio contém 27 princípios gerais que confirmam os de Estocolmo e introduzem novas regras consuetudinárias. Resumidamente, o artigo 10 ressalta a importância da participação da sociedade na proteção do meio ambiente; o artigo 11 pede a adoção de medidas mais eficazes para esta proteção; o artigo 13 versa sobre a responsabilidade dos Estados por danos ambientais causados em seu território; e os artigos 15 a 18 reconhecem os princípios da precaução, poluidor-pagador e da assistência internacional. A Agenda 21 consiste em um plano de ação para implementar os princípios da Declaração do Rio, com o objetivo de incentivar o desenvolvimento sustentável.

Modernamente, o Direito Internacional Ambiental do século XXI pode ser considerado um direito abrangente, cujo foco está na proteção de grandes áreas, como a diversidade biológica, o direito do mar, a proteção da atmosfera, a transferência de tecnologia, o direito ao desenvolvimento sustentável, etc. No entanto, esse ramo do direito ainda não possui total efetividade. As causas que influenciam essa falta de efetividade ainda são incertas, mas é fato que a fragilidade do Direito Internacional Ambiental se dá, em grande parte, pela sua forma de estruturação irregular, ora tratando a questão do meio ambiente a partir de um ponto de vista econômico ou antropocêntrico, ora de um ponto de vista biocêntrico e sem uma sistemática concreta ou definida, alterando convenções mais cogentes, com outras que sequer traçam princípios claros a ser seguidos. Além disso, não existe uma coordenação entre os diversos fóruns de discussões internacionais, faltando também uma maior coordenação entre os acordos ambientais, que vão surgindo conforme as necessidades imediatas dos Estados, carecendo uma estruturação de conjunto<sup>42</sup>.

Entretanto, mesmo diante da fragilidade deste ramo do direito, o fortalecimento da participação internacional das ONGs, na medida em que os

<sup>40</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 61.

<sup>41</sup> LE PRESTE, Philippe. **Protection de l'environnement et relations internationales**. Paris: Dalloz, 2005, p. 136 e 137.

<sup>42</sup> VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 23 e 24.

problemas globais se avolumam (como a destruição da camada de ozônio, o agravamento das condições climáticas e a falta de cuidado com a biodiversidade), o aparecimento de regimes internacionais ambientais mais efetivos (a exemplo do Protocolo de Montreal sobre a camada de ozônio) e as novas políticas de desenvolvimento sustentável do Banco Mundial e de outras agências internacionais contribuíram para que o Direito do meio ambiente se globalizasse. O setor privado tornou-se parceiro obrigatório dos Estados, conjugando a economia e o meio ambiente, indispensáveis para a concretização do desenvolvimento sustentável. Quer dizer, estamos diante de um ramo do Direito que ainda carece de estruturação formal e de meios de efetividade, mas que está se desenvolvendo rapidamente, a ponto de estar hoje influenciando enormemente a proteção ambiental no âmbito interno dos diversos países do mundo.

## V. CONCLUSÃO

Uma das conquistas recentes dos brasileiros em relação aos seus Direitos Fundamentais é a regulamentação do direito do meio ambiente e do reconhecimento deste, pela Constituição Federal de 1988, como um valor a ser protegido na mais alta esfera jurídica de nosso país. Sendo um Direito Humano de terceira geração, o meio ambiente representa um direito trans-individual e difuso, que interessa a todos os cidadãos, sem restrição de fronteiras ou nacionalidade. Isto porque o meio ambiente é único e não segue as demarcações políticas que delimitam o território de um Estado. Por isso, a Constituição Federal ao dizer que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” não faz distinção entre os povos, garantindo sua proteção como um valor autônomo e como meio de promover a dignidade da pessoa humana, seja ela de qualquer nacionalidade.

No entanto, para que a proteção do meio ambiente seja efetiva, é necessário que este direito se veja revestido por seu caráter comunitário, que visa à atuação do governo e dos particulares no desejo de preservar o patrimônio natural. Isto significa dizer que o direito do meio ambiente ultrapassa a fronteira de separação entre Direito público e privado, e também entre o Direito nacional e Internacional. Há que se conciliar desenvolvimento econômico e preservação ambiental, por meio da regulação das atividades comerciais e produtivas de modo que o desenvolvimento não cause o uso irracional dos recursos naturais. E, essa regulamentação deve ser assegurada de forma conjunta pelos Estados, seja por meio de tratados internacionais, seja por meio de legislações nacionais abrangentes.

Como vimos, em várias áreas ou campos do direito ambiental, como a regulamentação da atmosfera ou a preservação das espécies ameaçadas de extinção, uma ação conjunta e cooperativa entre diversos países se torna fundamental para que o objetivo da lei seja alcançado. Essa interdependência gerou o nascimento do Direito Internacional Ambiental, que passa por um recente processo evolutivo. Por meio de tratados, convenções e declarações



internacionais, os Estados passaram a reconhecer a importância da participação coletiva na proteção do patrimônio ecológico, reconhecendo a responsabilidade internacional dos Estados por danos causados diante da falta de ação que impeça a destruição do meio ambiente.

## VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Campus, 2005.
- BONANNO, Alessandro. *A globalização da economia e da sociedade: fordismo e pós-fordismo no setor agroalimentar*. In: **Globalização, trabalho, meio ambiente. Mudanças socioeconômicas em regiões frutícolas para exportação**. Coleção INPSO, Tradução: Lauro Mattei, disponível em: <http://www2.cddc.vt.edu>.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, In: **Hermenêutica Constitucional e os Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- ELLIOTT, Lorraine. **The global politics of the environment**. New York: New York University Press, 1988.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- IANNI, O. **A sociedade global**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1992.
- JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivum, 2010.
- KISS, Alexandre. **Direito Internacional do Ambiente**. Lisboa: Publicado pelo Centro de Estudos Judiciários, Portugal, 1996.
- LE PRESTE, Philippe. **Protection de l´environnement et relations internationales**. Paris: Dalloz, 2005.
- MAZZILLI, H. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MILARÉ, Édís. **Legislação ambiental do Brasil**. São Paulo: APMP, 1991.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010.
- NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. **Direito Ambiental Internacional**. 2ª Edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002.
- RÉMOND-GOUILLOUD, Martine. **Du droit de détruire: essai sur le droit de l´environnement**. Paris: PUF, 1989.
- REUTER, Paul. **Introducción al Derecho de los Tratados**. México: Editora da Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.



SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito Internacional do Meio Ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2003.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

WEISS, Edith Brown e JACOBSON, Harold K. **Engaging Countries: strengthening compliance with international environmental accords**. Cambridge: MIT Press, 2000.





# REFLEXÕES ACERCA DOS OBJETIVOS DA CONVENÇÃO DA BIODIVERSIDADE

---

*Tarin Cristino Frota Mont'Alverne<sup>1</sup>*

*João Luis Nogueira Matias<sup>2</sup>*

## **RESUMO**

O presente estudo analisa os objetivos da Convenção sobre a biodiversidade, quais sejam, a conservação e o uso sustentável da biodiversidade, bem como o acesso e a repartição de benefícios decorrentes da utilização dos recursos genéticos. O interesse atual da CDB parece residir nas suas disposições relativas ao seu terceiro objetivo relativo ao acesso aos recursos genéticos e a repartição dos benefícios decorrentes de sua utilização, uma vez que a décima Conferência das Partes da CDB que acontecerá em Nagoya no Japão, em novembro de 2010, negociará um Protocolo sobre este objetivo da CDB.

## **Palavras-Chave**

Biodiversidade. Conservação. Uso Sustentável. Acesso. Repartição de benefícios.

## **RESUME**

Cette étude examine les objectifs de la Convention sur la diversité biologique, à savoir, la conservation et l'utilisation durable de la biodiversité, ainsi que l'accès et le partage des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques. L'intérêt actuel de la CDB semble résider dans ses dispositions relatives à son troisième objectif sur l'accès et le partage des avantages, dans la mesure où un régime international sur ce sujet serait négocié lors de la 10<sup>e</sup> Conférence des Parties à la CDB qui se tiendra à Nagoya au Japon en novembre 2010.

## **Mots-clé**

Biodiversité. Conservation. Utilisation durable. Access. Partage des avantages.

---

<sup>1</sup> Professora Pesquisadora da Universidade Federal do Ceará (PNPD/CAPES). Doutora e Mestre em Direito Internacional pela Universidade Paris V.

<sup>2</sup> Juiz Federal. Coordenador do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFC. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

## 1. INTRODUÇÃO

O ano de 2010 foi considerado pela Assembléia Geral das Nações Unidas como o ano internacional da biodiversidade. Neste contexto, após dezoito anos da entrada em vigor da Convenção sobre a biodiversidade (CDB), faz-se necessário analisar a efetividade dos objetivos desta Convenção.

A CDB tem 42 artigos que definem um programa para conciliar o desenvolvimento econômico e a necessidade de preservar a diversidade biológica em todos os seus aspectos. Mas é o seu artigo 1º que estabelece expressamente os objetivos da CDB:

“Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos [...]”.

Esses são objetivos bastante amplos e complexos a serem implementados<sup>3</sup>. Por isso, a Conferência das Partes da CDB decidiu, em 2002, durante a sua sexta reunião, adotar um plano estratégico para a conservação da biodiversidade, comprometendo as partes de implementar os três objetivos da CDB de forma mais eficaz e coerente para “garantir até 2010 uma redução significativa da atual taxa de perda de biodiversidade a nível global, regional e nacional, como contribuição para a redução da pobreza e para o benefício de todas as formas de vida”.

Cumprir ressaltar que progressos consideráveis foram feitos para a implementação dos dois primeiros objetivos, mas ainda há muito a ser feito para alcançar o terceiro, que é a principal característica da Convenção. Enquanto os dois primeiros objetivos levantam relativamente pouco debate, o terceiro - o acesso e a repartição de benefícios - é objeto de complexas controvérsias. Na verdade, este terceiro objetivo reflete um frágil compromisso entre os países fornecedores de recursos genéticos, ricos em biodiversidade e os países utilizadores desses recursos, ricos em biotecnologia.

A CDB representa, pois, o surgimento de uma abordagem mais holística da conservação da natureza no direito internacional, bem como o reconhecimento de sua dimensão econômica sob a ótica dos recursos genéticos e de sua exploração, mormente para o desenvolvimento da biotecnologia. Os textos anteriores sobre a biodiversidade apresentavam apenas uma abordagem ecológica, ou seja, viam a biodiversidade como um conjunto de recursos a ser conservado, sem perceber que a biodiversidade era também um capital de recursos genéticos para as indústrias de biotecnologia.

O terceiro objetivo da CDB, o acesso aos recursos genéticos e repartição dos benefícios, encontra-se no centro das discussões políticas, tanto no âmbito interno dos Estados como no âmbito internacional. Não é, pois, surpreendente

<sup>3</sup> Sadeleer, N. *Droit international et communautaire de la biodiversité*. Paris : Dalloz, 2004, p.98.

que, desde a entrada em vigor da Convenção, os esforços realizados pelos governos nacionais para elaborar políticas e normas sobre acesso e repartição dos benefícios têm se intensificado rapidamente, especialmente nos países ricos em recursos biológicos. No entanto, existe ainda um forte debate sobre os problemas jurídicos complexos que dificultam a implementação efetiva do acesso e repartição dos benefícios. Por conseguinte, coloca-se a questão da necessidade de um regime internacional sobre acesso e repartição dos benefícios.

## 2. A CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE: O PRIMEIRO OBJETIVO DA CDB

A conservação da biodiversidade é cada vez mais reconhecida como uma necessidade, em razão das mudanças globais<sup>4</sup> do meio ambiente oriundas das atividades humanas.

### 2.1 A preocupação internacional sobre a conservação da biodiversidade antes da CDB

Parece-nos errado acreditar que a proteção da biodiversidade era, antes da adoção da CDB, um campo virgem do direito internacional do meio ambiente. Muito pelo contrário, já existia nesta área, com outros “rótulos”, é verdade, uma quantidade impressionante de regras convencionais visando à conservação da fauna, da flora e habitats naturais<sup>5</sup>.

A dinâmica política e econômica em torno da conservação da diversidade biológica tem dado origem a um complexo conjunto de regras e instituições com o intuito de regulamentá-la. Um dos primeiros eventos internacionais do pós-guerra sobre a conservação e uso sustentável da biodiversidade (ou melhor, de seus componentes, pois este conceito ainda não era utilizado como tal naquela época), foi realizado em Paris, em setembro de 1968, a Conferência Intergovernamental de Peritos sobre o fundamento científico de utilização racional e conservação da biosfera, organizado pela UNESCO. Esta reunião da UNESCO concluiu reiterando a conscientização crescente da comunidade científica da necessidade de encontrar soluções para o problema da exploração e conservação dos recursos naturais.

No entanto, a conservação da biodiversidade foi definida pela primeira vez como prioridade na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano em 1972. Muitos instrumentos legais, nacionais ou internacionais foram adotados desde então para preservar os recursos e gerenciá-los<sup>6</sup>. Apoiadas pelo Programas das Nações Unidas para o Meio Ambiente, as associações

<sup>4</sup> Em particular, a acidificação, o aquecimento global, a destruição da camada de ozônio, a disseminação de OGM de risco ou a invasão de espécies exóticas em alguns ecossistemas.

<sup>5</sup> PALLEMAERTS, M. La Conférence de Rio : grandeur ou décadence du droit international de l'environnement ? *Revue Belge de Droit International*. 1995/1, p. 209.

<sup>6</sup> Por exemplo, podemos citar a Carta Mundial para a Natureza, em 1982, o Relatório Brundtland, em 1987, a Declaração do Rio e a Agenda 21, em 1992, as conferências ministeriais européias.

de defesa da natureza exigiram um plano de emergência que harmonizasse todos os instrumentos já existentes sobre a conservação da biodiversidade. A idéia de estabelecer um acordo surgiu pela primeira vez no âmbito da União Internacional para a Conservação da Natureza (UICN), em 1984, quando do Congresso Mundial de Parques e Áreas Protegidas. O objetivo era, então, buscar a consolidação de todas as convenções internacionais existentes no âmbito de um acordo guarda-chuva.

Importante notar que a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que se realizou no Rio de Janeiro, em 1992, foi um processo ambíguo. De um lado, parte da comunidade internacional mostrava-se favorável ao reforço das políticas de proteção ao meio ambiente em detrimento do desenvolvimento econômico; de outro lado, os Estados mais pobres proclamavam seu direito ao desenvolvimento a qualquer preço ambiental.

A CDB marca o surgimento de uma abordagem mais abrangente para a conservação da natureza no direito internacional, ou seja, foi necessário impor aos Estados a conservação de todas as riquezas biológicas e a cooperação para atingir esse objetivo. As convenções existentes contemplavam apenas uma espécie ou uma área específica: a Convenção para regulamentação da pesca da Baleia era universal, mas se destinava apenas à proteger a baleia; a Convenção de Kuala Lumpur incluía todos os recursos naturais, mas só se aplicava no Sudeste asiático; a Convenção de Montego Bay sobre o direito do Mar abrangia o ambiente marinho, mas alguns recursos não foram contemplados, como os recursos da pesca.

## 2.2. A conservação da biodiversidade no âmbito da CDB

Primeiramente, a questão que se coloca é saber qual o interesse da CDB em preservar a biodiversidade<sup>7</sup>. A justificativa dada pela CDB, inicialmente, aponta para o valor intrínseco da biodiversidade e de seus componentes. Outras razões de natureza antropocêntrica são também evocadas, quais sejam, as de ordem ambiental, genética, social, econômica, científica, educacional, cultural, recreativa ou estética<sup>8</sup>. Finalmente, e este constitui atualmente um forte argumento, o valor dos produtos da natureza, resultado de milhões de anos de evolução, é inestimável. O reconhecimento destes diferentes valores da biodiversidade permite ao Preâmbulo da CDB afirmar que a conservação da biodiversidade é uma “preocupação comum da humanidade”.

Parece-nos que outra justificativa para a conservação da biodiversidade é de ordem ética. Duas questões merecem ser aqui colocadas. A primeira, diz respeito à responsabilidade do homem em relação à natureza, e, a segunda, é relativa à responsabilidade da nossa geração em relação às gerações futuras no que tange à gestão dos recursos biológicos. Deve-se admitir que o homem,

<sup>7</sup> JARQUIN, S. A. *La notion de biodiversité en Science et Droit*. 1996. Dissertação (Mestrado em Direito Privado). Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne), p. 5.

<sup>8</sup> Considerando 1 do Preâmbulo da CDB.

como resultado de um longo processo evolutivo, tem uma obrigação ética de assegurar a conservação da biodiversidade. Assim, a biodiversidade é um legado da humanidade, que devemos transmitir na sua totalidade para os nossos sucessores. Por outro lado, é inegável que, ao fazer a superexploração dos recursos naturais para garantir o consumismo da sociedade, estamos privando as futuras gerações de um dia serem capazes de acessar aos recursos necessários para o seu próprio desenvolvimento<sup>9</sup>.

Tal debate divide estudiosos da ética ambiental e reflete-se em instrumentos jurídicos, como a Convenção sobre a biodiversidade, que é o resultado de complexos compromissos entre os conservacionistas e os utilitaristas, relacionados com as disparidades Norte-Sul<sup>10</sup>.

O conceito de conservação pode ser entendido em seu sentido mais amplo como a proteção, a gestão, a utilização sustentável e a restauração da biodiversidade e de seus componentes. Juridicamente, o termo conservação é raramente objeto de definições, tanto no direito internacional como no nacional. Por isso, este termo apresenta significados bastante diferentes<sup>11</sup>.

Embora este seja um dos seus objetivos, a CBD não define o conceito de conservação, salvo o seu conteúdo, que é dividido entre as condições de conservação *in situ* e *ex situ*. Assim, o artigo 2º da CBD define as condições de conservação *in situ* e *ex situ*, na ausência de uma definição geral de conservação<sup>12</sup>. Cada uma delas apresenta dificuldades que lhes são próprias e de naturezas diferentes.

A CBD define a conservação *in situ* como a conservação de ecossistemas e habitats naturais e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies em seus meios naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde tenham desenvolvido suas propriedades características<sup>13</sup>. A conservação *in situ* é, pois, a mais interessante para a proteção da natureza, mas a CBD apresentou de forma tímida.

A conservação *ex situ* refere-se a métodos de conservação dos seres vivos ou do material genético fora de seu ambiente natural<sup>14</sup>. Assim, para complementar as medidas de conservação *in situ*, as partes são encorajadas a adotar medidas para a conservação *ex situ* de componentes da diversidade biológica, de preferência no país de origem destes elementos.

Este tipo de conservação *ex situ* pode ser direcionado aos recursos

<sup>9</sup> WEISS, E. *Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*. United Nations University, 1989, p. 194.

<sup>10</sup> Sadeleer, N. *op. cit.*, p.17.

<sup>11</sup> *Idem* p.17.

<sup>12</sup> UNTERMAIER, J. La Convention de Rio sur la conservation et l'utilisation de la diversité biologique. In : PRIEUR, M. e DOUME-BILLE, S. *Droit de l'environnement et développement durable*. Limoges : PULLIM, 1994, p.104.

<sup>13</sup> Art. 2 da CBD.

<sup>14</sup> CHAUVET M. e OLIVIER, L. *La biodiversité, enjeu planétaire : préserver notre patrimoine génétique*. Paris: Sang de la Terre, coll. Les dossiers de l'écologie, 1993, p. 248.

genéticos (conservados na forma de banco de genes, especialmente sementes ou espermatozoides e óvulos), aos tecidos vegetais (coleções *in vitro*), às coleções de microrganismos, bem como espécies vegetais, sobretudo produtos agrícolas (e animais, sobretudo domésticos (coleções em jardins zoológicos e aquários). Estas coleções estão à disposição dos pesquisadores e do público para pesquisa, sensibilização e educação<sup>15</sup>.

Para este fim, as partes devem estabelecer instalações de conservação *ex situ* e de pesquisa<sup>16</sup>, adotar medidas para restaurar e regenerar espécies ameaçadas e reintroduzi-las em seu ambiente natural<sup>17</sup>, regulamentar e administrar a coleta de recursos biológicos de habitats naturais a fim de não ameaçar ecossistemas e populações *in situ* de espécies<sup>18</sup> e, finalmente, cooperar no aporte de apoio financeiro para implementar tais medidas, particularmente nos países em desenvolvimento<sup>19</sup>. A adoção de medidas *ex situ* pode acarretar custos significativos e exige competências científicas aprofundadas, das quais se ressentem alguns países.

A conservação da biodiversidade encontra muitos obstáculos. A mercantilização da vida ofuscou o objetivo de conservar a biodiversidade *per se* que é, de fato, a antítese de uma visão utilitarista do mundo. O fato é que o desastre ecológico que ocorre neste momento exige respostas rápidas e eficazes. A solução para este problema exigirá uma inversão de valores que só poderá ser resolvida através de um debate democrático, sobretudo nos países do norte que são os maiores consumidores do planeta.

Existe um amplo consenso sobre a necessidade de conservação, apesar das divergências sobre seus termos e suas prioridades. É sobretudo no âmbito das Convenções internacionais relativas à conservação da natureza que os maiores esforços parecem ter sido feitos. A concepção utilitarista presente nas primeiras convenções sobre a vida selvagem foi substituída pela concepção ética com o intuito de promover a conservação deste patrimônio. Da mesma forma, o surgimento do princípio da conservação da biodiversidade implica a substituição da abordagem antropocêntrica tradicional por uma abordagem ecocêntrica. Finalmente, os instrumentos jurídicos mais recentes tentam de alguma forma integrar conceitos ecológicos. No entanto, até a presente data, é a catástrofe ambiental que proporciona a regulamentação da exploração da natureza. O jurista parece intervir apenas quando o mal já aconteceu. Os remédios que o legislador pode trazer parecem pequenos quando falamos de danos irreversíveis<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> de Sadeleer. *op. cit.*, p.108.

<sup>16</sup> Art.9 (b) da CDB.

<sup>17</sup> Art. 9 (c) da CDB.

<sup>18</sup> Art.9 (d) da CDB.

<sup>19</sup> Art. 9 (e) da CDB.

<sup>20</sup> OST, F. *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*. Paris : La Découverte, 1995, p. 343.



### 3. USO SUSTENTÁVEL DA BIODIVERSIDADE: O SEGUNDO OBJETIVO DA CDB

A utilização sustentável dos componentes da diversidade biológica é o segundo objetivo declarado na Convenção e requer que as Partes adotem medidas relativas à utilização dos recursos genéticos para evitar ou minimizar impactos negativos na biodiversidade.

Assim, a CDB define uso sustentável da biodiversidade como “a utilização de componentes da diversidade biológica de modo e em ritmo tais que não levem, no longo prazo, à diminuição da diversidade biológica, mantendo assim seu potencial para atender as necessidades e aspirações das gerações presentes e futuras”<sup>21</sup>.

O conceito de uso sustentável é muito amplo, porque abrange não só as atividades tradicionais de exploração da biodiversidade, como a pesca ou desmatamento, mas também as formas mais sutis, como a visita a parques ou jardins botânicos. A natureza da incorporação do conceito de uso sustentável varia também em função do recurso a ser utilizado e do contexto socioeconômico em que o uso ocorre, ressaltando-se que a situação de um pequeno país insular tropical é distinta da dos países industrializados europeus<sup>22</sup>.

A Cúpula da Terra, realizada no Rio de Janeiro, definiu uma estratégia global de desenvolvimento sustentável, destacando o papel crucial da utilização sustentável de manter a variabilidade e a variedade dos recursos biológicos que nos alimentam e proporcionam habitação, medicamentos, etc. Como observado pelo Órgão Subsidiário de Assessoramento Científico, Técnico e Tecnológico da CDB, quando de sua quarta reunião, a definição do uso sustentável da Convenção é coerente com o conceito de desenvolvimento sustentável estabelecido na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento e na Agenda 21<sup>23</sup>. Este princípio é, atualmente, amplamente aceito e orienta os trabalhos de muitas agências da ONU, centros internacionais de pesquisa e outras organizações internacionais e não governamentais. Além disso, o Plano de Implementação da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, realizada em Joanesburgo em 2002, reiterou que o uso sustentável é uma forma eficaz de lutar contra a pobreza e alcançar o desenvolvimento sustentável.

O uso sustentável visa a utilização de componentes da diversidade biológica para satisfazer as necessidades e aspirações das presentes e futuras. Portanto, o uso sustentável representa também um meio eficaz para alcançar os objetivos de Desenvolvimento do Milênio<sup>24</sup>, a erradicação da pobreza e da fome e garantir a sustentabilidade ambiental. Por seus benefícios sociais, culturais e econômicos, também pode promover a conservação e restauração da biodiversidade<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Art. 2 da CDB.

<sup>22</sup> de Sadeleer, N. *op. cit.*, p. 99.

<sup>23</sup> Cf. [www.cbd.org](http://www.cbd.org).

<sup>24</sup> Em sua sexta reunião, a Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica adotou um Plano Estratégico e a meta para 2010 de forma eficaz de travar a perda da biodiversidade.

<sup>25</sup> SECRETARIAT DE LA CONVENTION SUR LA DIVERSITE BIOLOGIQUE. *Principes et directives d'Addis Abeba pour l'utilisation durable de la diversité biologique (Lignes directrices de la CDB. Montréal,*

O uso sustentável da biodiversidade e de seus componentes é mencionado na maioria dos artigos da Convenção (artigos 5, 6, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 16, 17, 18, 19, 21, 25), bem como no seu Anexo I e em vários parágrafos do preâmbulo. Todas estes dispositivos constituem orientações para a aplicação do princípio. Os artigos seguintes são particularmente relevantes: o artigo 10 (Utilização Sustentável de Componentes da Diversidade Biológica), o artigo 6 (Medidas Gerais para a Conservação e Uso Sustentável), o artigo 7 (Identificação e Monitoramento), o artigo 8 (conservação *in situ*) e o artigo 11 (incentivos).

A Convenção trata, portanto, a utilização sustentável de várias formas como vamos analisar em alguns exemplos. O artigo 10 (a) exige que as Partes, na medida do possível e conforme o caso, incorporem o exame da conservação e utilização sustentável de recursos biológicos ao processo decisório nacional. Este ponto é ampliado no artigo 6, que prevê o desenvolvimento de estratégias, planos ou programas para a conservação da biodiversidade e uso sustentável de seus componentes, bem como a integração conservação e uso sustentável nos planos, programas e políticas setoriais relevantes ou intersetoriais pertinentes.

O Artigo 8 (i) determina que as partes procurem proporcionar as condições necessárias para compatibilizar as utilizações atuais com a conservação da diversidade biológica e a utilização sustentável de seus componentes.

Além disso, o uso sustentável deve ser compatível com a preservação da vida das comunidades locais, agricultores, pescadores, silvicultores...que dependem dos recursos naturais e que tenham protegido e desenvolvido os recursos do planeta. O artigo 10 (c) da CDB convida as partes a proteger e encorajar a utilização costumeira de recursos biológicos de acordo com práticas culturais tradicionais compatíveis com as exigências de conservação ou utilização sustentável. Esse ponto é ampliado no artigo 8 (j) da CDB que exige que “as partes devem, em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas”.

Para colocar em prática o conceito uso sustentável, a Conferencia das Partes da CDB solicitou à sua Secretária Executiva a elaboração de princípios práticos e diretrizes operacionais que permitam contribuir com as partes e os governos nos seus esforços para alcançar uma utilização sustentável da biodiversidade.

## 4. O ACESSO E REPARTIÇÃO DE BENEFÍCIOS: O TERCEIRO OBJETIVO NO CENTRO DO DEBATE

O terceiro objetivo foi introduzido na CDB, principalmente por iniciativa dos países em desenvolvimento, reconhecendo o potencial econômico de seus recursos biológicos. Apesar de sua relação com a conservação e uso sustentável da biodiversidade, a CDB estabelece uma dimensão utilitarista estranha aos tratados clássicos do direito ambiental, cujas relações com o comércio mundial e os direitos de propriedade intelectual ainda devem ser esclarecidas. Este objetivo é, então, o que mais suscita discussões durante as Conferências das Partes<sup>26</sup> no âmbito da CDB.

A aplicação deste objetivo é bastante difícil. Por isso, é necessário abordar alguns pontos importantes que parecem ser uma fonte comum de problemas e muitas vezes são intimamente relacionados à implementação de regras de acesso e repartição de benefícios no âmbito da CDB, mormente nas discussões sobre a elaboração de um regime internacional sobre esta questão.

### 4.1 As disposições da CDB que englobam a problemática do acesso e repartição de benefícios

O artigo 15 da CDB é o principal artigo sobre os direitos e obrigações em matéria de acesso aos recursos genéticos e sua utilização posterior<sup>27</sup>. Neste artigo, a CDB estabelece que os governos têm o poder de decidir sobre o acesso aos recursos genéticos no âmbito da legislação nacional e reconhece que este poder é oriundo dos direitos soberanos dos Estados sobre seus recursos naturais.

Cumprir destacar que a CDB estabelece um novo regime internacional de acesso aos recursos genéticos. Ela reconhece um princípio antigo de que os Estados têm direitos soberanos sobre seus recursos naturais e, como tal, podem determinar as modalidades de acesso aos recursos genéticos<sup>28</sup>. Ademais, a CDB exige a criação de condições para permitir tal acesso<sup>29</sup>. A Convenção também determina que os benefícios da utilização desses recursos sejam repartidos de forma justa e equitativa<sup>30</sup> e o acesso, quando concedido, seja regido pelas condições acordadas por mútuo acordo<sup>31</sup> e pelo consentimento prévio fundamentado<sup>32</sup>.

Duas modalidades relativas às regras de acesso aos recursos genéticos

<sup>26</sup> Instituído pelo artigo 23, a COP é o órgão supremo da CDB, para supervisionar a sua implementação.

<sup>27</sup> BURHENNE-GUILLEMIN, F. L'accès aux ressources génétiques. Les suites de l'article 15 de la Convention sur la diversité biologique. In : *Les hommes et l'environnement, Mélanges à Alexandre Kiss*. Paris : Frison-Roche, 1998, p.552.

<sup>28</sup> Art.15.1 da CDB.

<sup>29</sup> Art.15.2 da CDB.

<sup>30</sup> Art. 1 da CDB.

<sup>31</sup> Art. 15.4 da CDB.

<sup>32</sup> Art.15.5 da CDB.

são levantadas pela CDB. As duas obrigações são de aplicação cumulativa e conforme uma ordem específica. Trata-se de uma obrigação de consentimento prévio do país fornecedor dos recursos e das condições de transferência celebradas de comum acordo entre o país fornecedor e usuário dos recursos. O artigo 15.4 da CDB resume bem a natureza cumulativa e ordenada da obrigação, declarando: “O acesso, quando concedido, deverá sê-lo de comum acordo”.

#### 4.1.1 O consentimento prévio fundamentado

O primeiro componente constitutivo das modalidades de acesso aos recursos genéticos apresentadas pela CDB é relativo ao consentimento prévio fundamentado exigido pelo Estado fornecedor de recursos genéticos. Assim, o consentimento prévio fundamentado tornou-se o primeiro mecanismo de regulação que permite às Partes aplicar as disposições específicas do artigo 15 da CDB.

Neste sentido, o artigo 15.5 da CDB assevera que: “O acesso aos recursos genéticos deve estar sujeito ao consentimento prévio fundamentado da Parte Contratante provedora desses recursos, a menos que de outra forma determinado por essa Parte”. A afirmação é clara: as empresas ou outras instituições, na grande maioria dos países do Norte, não podem acessar os recursos genéticos dos países do Sul, que são os principais fornecedores, sem o seu consentimento. No entanto, estes países, fornecedores de recursos, não podem sistematicamente negar o referido acesso, pois devem antes se esforçar para “criar condições para facilitar o acesso”.<sup>33</sup>

O art. 15. 2, da CDB prevê, pois, que cada parte contratante deve se esforçar para criar condições para facilitar o acesso aos recursos genéticos e garantir assim um intercâmbio contínuo. As medidas nacionais devem encontrar um equilíbrio entre a necessidade de controle de acesso para garantir a repartição de benefícios e as condições acordadas por mútuo acordo, e a necessidade de garantir que as normas de acesso, bem como as condições de consentimento prévio fundamentado e de repartição de benefícios sejam suficientemente simples e flexíveis para não impor restrições contrárias ao acesso.

O princípio do consentimento prévio pode ser traduzido concretamente por um procedimento de emissão de autorizações necessárias para a bioprospecção, seja ele realizado em terras públicas, seja em privadas. Para obter essa autorização, as empresas de bioprospecção ou outras instituições devem fornecer informações completas sobre suas operações para permitir que aqueles que concedem acesso tomem uma decisão acertada.

As informações apresentadas devem cumprir uma série de critérios. Consoante o disposto no parágrafo 26 das Diretrizes de Bonn<sup>34</sup>, os princípios

---

<sup>33</sup> Art. 15.2 da CDB.

<sup>34</sup> As Diretrizes de Bonn foram aprovadas pela COP em sua sexta reunião, em Haia, na Holanda, em abril de 2002 e constituem o principal instrumento de aplicação do artigo 15 da CDB.

básicos de um sistema de consentimento prévio fundamentado deve incluir: a) clareza e segurança jurídica; b) o acesso aos recursos genéticos deve ser facilitado com o menor custo c) as restrições impostas ao acesso aos recursos genéticos devem ser transparentes, baseadas nos objetivos da Convenção; d) o consentimento da autoridade (ou autoridades) nacional(s) competente(s) do país provedor. Finalmente, o consentimento das partes interessadas, como também das comunidades indígenas e locais, conforme as circunstâncias e a legislação nacional, também deve ser obtido.

F. Hendrickx dedica vários trabalhos na análise desse dispositivo da Convenção<sup>35</sup>. Este autor lembra que a exigência de consentimento existe no direito internacional<sup>36</sup>, notadamente através de procedimentos de consentimento prévio informado, ou o “*prior informed consent*”. O autor salienta que, em qualquer caso, nos termos do artigo 15.5 da CDB, o consentimento deve ser obtido antes da exportação de recursos. Trata-se de instaurar um sistema de autorização ou licença e um procedimento que permitam o fornecimento de todas as informações necessárias para que essa autorização seja de fato dada com conhecimento de causa. Na verdade, esses dados serão cruciais para determinar tanto a concessão da autorização como eventuais condições, incluindo as relativas à repartição de benefícios<sup>37</sup>.

Podemos observar que a exigência do artigo 15.5 da CDB quanto ao consentimento prévio fundamentado é o principal mecanismo jurídico de apoio ao acesso às disposições da Convenção<sup>38</sup>. Na verdade, o acesso sem o consentimento prévio informado deve ser considerado ilegal e resultar na rejeição de qualquer pedido de patente posterior. Contudo, esta posição requer a aplicação, pelos Estados, das leis ou políticas que contemplem o funcionamento deste sistema de consentimento prévio fundamentado. Por razões jurídicas e práticas, a ausência de tais leis ou políticas podem minar o valor real do processo de consentimento.

Deve-se notar que esta exigência de consentimento prévio fundamentado é um procedimento sólido no qual os países em desenvolvimento podem estabelecer o poder de negociação para contrapor os recursos e a transferência de tecnologia das empresas de biotecnologia. No entanto, até a presente data, não se observa a aplicação deste mecanismo de forma efetiva, transparente e que favoreça as demandas dos países fornecedores de biodiversidade.

Ocorre que a quase-totalidade dos países megadiversos<sup>39</sup> vêm sendo,

---

<sup>35</sup> HENDRICKX, F., KOESTER, V. e PRIPI, C. Convention on biological diversity, access to genetic resources: a legal analysis. *Environmental Policy and Law*. vol.23, 1993, p.250.

<sup>36</sup> O princípio do consentimento é particularmente especificado na Convenção de Basiléia sobre o Controle dos Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Eliminação e o Código Internacional de Conduta para a utilização e distribuição de pesticidas.

<sup>37</sup> GIRAUD-KINLEY, C. *La protection de la diversité biologique dans la région du Pacifique sud : réflexion sur l'efficace du droit international*. 1998. Tese de Doutorado. Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne), p.298.

<sup>38</sup> HENDRICKX, F. et al, *op. cit.*, p.250.

<sup>39</sup> Denominação dada a qualquer uma das 17 nações mais ricas em biodiversidade do mundo.

repetidas vezes, violados e aliados dos benefícios econômicos advindos da exploração da biodiversidade nacional, em decorrência do uso de mecanismos de exploração e de pesquisas ilegais. Por serem na sua quase totalidade países periféricos e subdesenvolvidos, a exploração é substancialmente agravada, por não disporem tais nações de elementos mínimos de salvaguarda de suas riquezas biológicas, ou seja: por não disporem de condições materiais e técnicas eficientes e capazes; por inexistirem ou serem insuficientes os mecanismos legais de contenção e fiscalização; e, ainda, pelas dificuldades de controle inerentes à própria natureza das atividades bioprospectoras. Neste sentido, são necessárias medidas em âmbito internacional.

Além disso, alguns autores têm questionado sobre o efetivo papel dos países em desenvolvimento no processo de negociação. Segundo eles, mesmo se o processo de consentimento forneça uma base sólida para o início da negociação, a conclusão justa das negociações é outra questão. Muitos autores, sobretudo dos países do Sul, têm reservas sobre a capacidade de muitos países em desenvolvimento de celebrar acordos bilaterais em condições justas, principalmente quando se considera a evolução rápida e a complexidade técnica de biotecnologia<sup>40</sup>.

O consentimento prévio fundamentado está relacionado com as condições acordadas por mútuo acordo. Portanto, é necessário analisar o segundo elemento do artigo 15 da CDB.

#### 4.1.2 As condições de comum acordo

Além da exigência de consentimento prévio fundamentado, a CDB acrescenta a obrigação da condição de comum acordo, que constitui o segundo elemento das regras que regulam o acesso aos recursos genéticos. O termo “comum acordo” é utilizado no artigo 15.4 da CDB, ao afirmar que “quando o acesso for concedido, deverá sê-lo de comum acordo e sujeito ao disposto no presente artigo”.

O mesmo termo é usado também em outros artigos da CDB, como o 16.3 e o 19.2. As regras de acesso acordadas de comum acordo referem-se a uma relação contratual entre fornecedor e usuário de recursos genéticos, em oposição à decisão unilateral descrita no item acima. Todas as medidas definem de forma indireta os termos acordados, de comum acordo, num

---

Além do Brasil, fazem parte dos Megadiversos, a África do Sul, Bolívia, China, Colômbia, Congo, Costa Rica, Equador, Filipinas, Índia, Indonésia, Madagascar, Malásia, México, Peru, Quênia e Venezuela. A Declaração de Cancún de Fevereiro de 2002, criou o Grupo dos Países Megadiversos Afins como um mecanismo para promover uma agenda comum relativa à conservação e uso sustentável da diversidade biológica.

<sup>40</sup> Cf. VARELLA, M. *L'inégalité Nord-Sud et la construction juridique du "développement durable" dans le droit international*. 2002. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne), 629p e BARROS-PLATIAU, A. F. *Vers quel droit de protection internationale de l'environnement*. 2000. Tese de Doutorado. Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne), Paris, 372p.

contexto em que os provedores de recursos genéticos são capazes de negociar de forma mais igualitária com os usuários desses recursos e por designação de determinadas modalidades de benefícios que devem refletir-se nos acordos sobre acesso e repartição de benefícios.

As condições são acordadas por mútuo acordo se forem aceitas numa base de reciprocidade. O termo “comum acordo” implica a idéia de uma negociação entre a parte que fornece os recursos genéticos e o usuário em potencial. Todo acordo sobre acesso aos recursos genéticos e repartição de benefícios faz parte do regime previsto pela Convenção. Isto implica que alguns itens são essenciais e devem ser exigidos pela legislação nacional sobre o acesso aos recursos genéticos. Este aspecto das condições de comum acordo não destaca apenas a importância de definir os elementos ou características que cada contrato deve conter, mas, também, a relevância do aspecto direto e central do regime regulatório. Assim, a forma escolhida pelos países para implementar o consentimento prévio fundamentado refletirá sobre a maneira como os governos interpretaram as condições acordadas de comum acordo.

A CDB submete o acesso à aceitação das condições acordadas de comum acordo, envolvendo a negociação e a celebração de acordos de acesso. A simples lógica requer que as partes envolvidas na negociação estejam de acordo. A questão que se coloca é de saber se, na hipótese de um processo de autorização seja instituído, o Estado que autoriza o acesso tem, como tal, um papel a desempenhar no estabelecimento destas condições e, em caso afirmativo, qual. A legislação nacional deverá especificá-lo. Aqui as possibilidades são inúmeras e dependem em grande parte do contexto e do sistema jurídico nacional. Podemos pensar no estabelecimento pelo Estado de diretrizes mínimas, sob a forma, por exemplo, de contratos tipo. Podemos também considerar o estabelecimento de requisitos mínimos para serem respeitados de forma obrigatória. Considerando, no entanto, a multiplicidade de situações que possam surgir, o nível pode permanecer muito geral<sup>41</sup>.

Este acordo é, provavelmente, a peça central do sistema: deve ser previsto tanto as modalidades de acesso, do uso dos recursos, bem como as condições para repartição equitativa dos benefícios. Nos casos em que os recursos não pertencem ao Estado provedor, este deve prever na sua legislação os procedimentos para a celebração de um acordo entre o usuário e o proprietário dos recursos.

Além disso, as condições estabelecidas de comum acordo podem variar conforme o tipo de utilização pretendida. Por exemplo, algumas medidas nacionais podem distinguir entre a pesquisa científica e comercial, e cada opção terá um efeito sobre a forma de consentimento prévio fundamentado e o tipo de medidas necessárias para a repartição de benefícios. Muitas vezes a fronteira entre os dois tipos de pesquisa é cada vez mais tênue, o que torna a questão ainda mais complexa.

---

<sup>41</sup> BURHENNE-GUILLEMIN, F. *op. cit.*, p.557.



As medidas nacionais poderão também apresentar como requisito mínimo que a pesquisa seja conduzida de forma ambientalmente correta. Conforme dispõe o artigo 10 (b) da Convenção que exige que as Partes adotem medidas, quando possível e conforme o caso, relacionadas à utilização de recursos biológicos para evitar ou minimizar impactos negativos na diversidade biológica.

Nos termos do artigo 15.7 da CDB, as Partes Contratantes devem “adotar medidas legislativas, administrativas ou políticas [...] para compartilhar de forma justa e equitativa os resultados da pesquisa e do desenvolvimento de recursos genéticos e os benefícios derivados de sua utilização comercial e de outra natureza com a Parte Contratante provedora desses recursos. Essa partilha deve dar-se de comum acordo”. As Diretrizes de Bonn foram desenvolvidas justamente para ajudar as parte a elaborar os termos estabelecidos de comum acordo para garantir uma repartição justa e equitativa dos benefícios, uma vez que a CDB não foi explicativa.

As condições acordadas por mútuo acordo podem incluir condições, obrigações, procedimentos, tipos, prazos de distribuição e mecanismos para a repartição de benefícios. Elas variam de acordo com o que é considerado justo e equitativo, tendo em conta as circunstâncias. Tentaremos, a seguir, compreender a repartição de benefícios no âmbito do regime ABS<sup>42</sup>.

#### 4.2. A repartição de benefícios

A Convenção sobre Diversidade Biológica estabelece um princípio geral de repartição de benefícios oriunda dos recursos genéticos, exigindo dos Estados o estabelecimento de modalidades de repartição de benefícios.

A inclusão do princípio sobre repartição de benefícios no artigo 15 da CDB indica que a repartição de benefícios pode ser considerada como uma condição *sine qua non* para o acesso aos recursos. O controle sobre o acesso permite, pois, aos Estados assegurar a transferência de tecnologia e o retorno dos benefícios oriundos da biodiversidade. Trata-se de uma forma de recompensa legítima pela propriedade material dos países do Sul sobre os seus recursos genéticos. No entanto, os países do Norte querem proteger sua propriedade intelectual e procuram a oportunidade de reivindicar direitos exclusivos sobre as suas invenções.

A repartição de benefícios compreende muitas questões relacionadas aos recursos genéticos, transferência de tecnologia, participação em pesquisas biotecnológicas dos recursos genéticos e acesso aos resultados e benefícios da biotecnologia e propriedade intelectual, questões de financiamento e todas as medidas de apoio à produção da vida social, econômica, ambiental e cultural. Os acordos de repartição de benefícios são o resultado de um compromisso aceitável entre os fornecedores e usuários dos recursos, conforme as regras que regulam o acesso aos recursos genéticos.

---

<sup>42</sup> O regime sobre acesso e repartição de benefícios também é conhecido como regime ABS (*access and benefit sharing*).



Tal repartição justa e equitativa deve ser feita com o país de origem dos recursos. Pode ser uma forma de um pagamento imediato de uma quantia em dinheiro, ou, ainda, uma forma de um pagamento futuro, se a pesquisa do prospectador conduzir a uma invenção patenteada e explorada comercialmente. Mas a Convenção estipula também que o país de origem pode solicitar o acesso à tecnologias desenvolvidas ou à própria transferência de tecnologia (art. 16 da CDB).

O Apêndice II das Diretrizes de Bonn enumera os benefícios “monetários e não monetários” que vão além da repartição da comercialização. Nesta perspectiva, os mecanismos de repartição de benefícios podem variar dependendo do tipo de benefício, das condições específicas dos países e das partes interessadas. O mecanismo de repartição de benefícios deve ser flexível, pois deve coincidir com os parceiros envolvidos e variam de caso para caso. Os mecanismos para a repartição de benefícios deveriam incluir a plena cooperação em matéria de pesquisa científica e desenvolvimento tecnológico e os benefícios derivados de produtos comerciais<sup>43</sup>. Como a maioria das obrigações decorrentes de acordos mutuamente acordados é entre provedores e usuários, os litígios decorrentes desses acordos devem ser resolvidos em conformidade com as disposições contratuais sobre repartição de benefícios e a legislação em vigor.

Em regra geral, tratam-se de acordos bilaterais que são praticamente celebrados durante esses anos de implementação da CDB. O regime de repartição de benefícios é definido através do estabelecimento de contratos bilaterais, por exemplo, entre uma empresa prospectora e um Estado, uma comunidade local ou outra empresa.

Se o quadro geral do intercâmbio de recursos genéticos é determinado pela CDB, a implementação de tais princípios é feita por meio de acordos contratuais. A implementação da CDB é, pois, baseada no contrato negociado bilateralmente. As práticas tornam-se cada vez mais uma fonte de regulamentação internacional do que os fóruns intergovernamentais que são incapazes de levar em conta as especificidades das diversas situações de intercâmbio e utilização dos recursos genéticos, fazendo com que os setores desenvolvam códigos de conduta e boas práticas<sup>44</sup>.

Consoante a abordagem contratual da CDB e das Diretrizes de Bonn, a repartição de benefícios deriva em principio de cláusulas contratuais relativas ao acesso e repartição de benefícios. Quando da leitura dos artigos 15.4 e 15.7 da CBD, observamos que o acesso e a repartição de benefícios estão dependentes de acordos contratuais entre o Estado provedor de recursos genéticos e o solicitante sob a forma de condições mutuamente acordadas, que pode ser o acesso à tecnologia e transferência de tecnologia ou gestão da biotecnologia e distribuição de benefícios ou mecanismos de financiamento da Convenção nos termos dos artigos 20 e 21. No entanto, a prática demonstra que a repartição de benefícios está longe de ser justa e equitativa, conforme estabelece a CDB.

---

<sup>43</sup> Parágrafo 50 das Diretrizes de Bonn.

<sup>44</sup> Parágrafos 54 e 55 das Diretrizes de Bonn.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O interesse atual da CDB parece residir nas suas disposições referentes ao seu terceiro objetivo relativo ao acesso aos recursos genéticos e à repartição dos benefícios decorrentes de sua utilização, a despeito da importância da conservação e do uso sustentável da biodiversidade, uma vez que a décima Conferência das Partes da CDB que vai acontecer em Nagoya, em novembro de 2010, negociará um Protocolo sobre este terceiro objetivo da CDB.

Os objetivos da CDB são bastante complexos. De um lado, eles permitem considerar a questão da biodiversidade de uma forma abrangente e não apenas em termos de conservação. De outro lado, eles apresentam um plano de trabalho bastante amplo, destacando-se que os governos ainda estão lutando para chegar num acordo sobre suas prioridades.

Não obstante, foram realizados alguns progressos operacionais. Cumpre destacar a adoção das Diretrizes de Bonn, a criação de programas de trabalho para cada um dos principais temas da CDB<sup>45</sup>, criação de diversos grupos de trabalho sobre pontos específicos da Convenção<sup>46</sup> e o desenvolvimento do primeiro Plano Estratégico da Convenção para reduzir significativamente a taxa de perda de biodiversidade até 2010<sup>47</sup>.

Por fim, cumpre destacar que, após 18 anos da adoção da CDB, não precisamos necessariamente de mais normas internacionais. Também não precisamos de vários anos de discussões. Precisamos de medidas efetivas que promovam as ações de cooperação entre os países e as instituições internacionais e, mais importante ainda, que garantam formas de melhorar a aplicabilidade dos instrumentos já existentes.

---

<sup>45</sup> Há sete programas de trabalho temáticos, abrangendo a biodiversidade marinha e costeira, agricultura, biodiversidade das florestas, biodiversidade insular, biodiversidade do interior das águas subterrâneas e biodiversidade das terras áridas e biodiversidade das montanhas. Cada programa estabelece princípios básicos para uma ação futura, identifica os resultados possíveis e sugere um plano de execução e os meios para alcançar esses resultados.

<sup>46</sup> Podemos citar os seguintes grupos de trabalho: grupo de trabalho sobre biossegurança, o que levou ao Protocolo de Biossegurança, grupo de trabalho sobre artigo 8 (j), grupo de trabalho sobre acesso e repartição de benefícios, grupo de trabalho sobre revisão de Implementação da Convenção, grupo de Trabalho sobre áreas protegidas e o grupo de trabalho especial para negociar e desenvolver o regime internacional de ABS

<sup>47</sup> Em 2002, as Partes da CDB aprovaram o Plano Estratégico e se comprometeram a implementar, de forma mais eficaz e coerente, os objetivos da Convenção.

## 6. BIBLIOGRAFIA

- BARROS-PLATIAU, A. F. *Vers quel droit de protection internationale de l'environnement*. 2000. Tese de Doutorado. Universidade Paris I (Panthéon- Sorbonne), Paris, 372p.
- BURHENNE-GUILLEMIN, F. L'accès aux ressources génétiques. Les suites de l'article 15 de la Convention sur la diversité biologique. In : *Les hommes et l'environnement, Mélanges à Alexandre Kiss*. Paris : Frison-Roche, 1998, p. 548-563.
- CHAUVET M. e OLIVIER, L. *La biodiversité, enjeu planétaire : préserver notre patrimoine génétique*. Paris: Sang de la Terre, coll. Les dossiers de l'écologie, 1993, 413p.
- GIRAUD-KINLEY, C. *La protection de la diversité biologique dans la région du Pacifique sud : réflexion sur l'efficace du droit international*. 1998. Tese de Doutorado. Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne), 418p.
- HENDRICKX, F, KOESTER, V. e PRIP, C. Convention on biological diversity, access to genetic resources: a legal analysis. *Environmental Policy and Law*. vol.23, 1993.
- JARQUIN, S. A. *La notion de biodiversité en Science et Droit*. 1996. Dissertação (Mestrado em Direito Privado). Universidade Paris I (Panthéon-Sorbonne), 101p.
- KATE K, T. e LAIRD, S. A. *The Commercial Use of Biodiversity : Access to Genetic Resources and Benefit- Sharing*. Londres: Earthscan, 2000, 398p.
- LE PRESTE, P. *Protection de l'environnement et relations internationales. Les défis de l'écopolitique mondiale*. Paris : Dalloz, 2005, 477p.
- MERCURE, P-F. *L'évolution du concept de patrimoine commun de l'humanité appliqué aux ressources naturelles*. 1998. Tese de Doutorado em direito. Universidade de Nice-Sophia Antipolis, 360p.
- OST, F. *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*. Paris : La Découverte, 1995, 346p.
- PALLEMAERTS, M. La Conférence de Rio : grandeur ou décadence du droit international de l'environnement ? *Revue Belge de Droit International*. 1995/1, p. 175-223.
- PLATIAU A. F. e VARELLA M. D. (org.). *Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, 369p.
- SADELEER, N. *Droit international et communautaire de la biodiversité*. Paris : Dalloz, 2004, 780p.
- SECRETARIAT DE LA CONVENTION SUR LA DIVERSITE BIOLOGIQUE. *Principes et directives d'Addis Abeba pour l'utilisation durable de la diversité biologique (Lignes directrices de la CDB*. Montréal, 2004, 123p.
- SOARES, G. F. *Direito Internacional do Meio Ambiente : emergência, obrigações e responsabilidade*. São Paulo : Atlas, 2001, 523p.

STONE, C. La Convention de Rio de 1992 sur la diversité biologique. In : RENS, I. (dir.). *Le droit international face à l'éthique et à la politique de l'environnement*. Genève : Chêne-Bourg, 1996, p.119-134.

UNTERMAIER, J. La Convention de Rio sur la conservation et l'utilisation de la diversité biologique . In : PRIEUR, M. e DOUME-BILLE, S. *Droit de l'environnement et développement durable*. Limoges : PULLIM, 1994.

WEISS, E. *Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*. United Nations University, 1989, 184p.



# JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA NO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA INTERMERICANA PELO BRASIL: ANÁLISE DO DECRETO 6.185/2007\*

*Danielle Annoni<sup>1</sup>*  
*Theresa Rachel Couto Correia<sup>2</sup>*

## RESUMO

Trata-se de artigo sujeito a analisar o impacto da primeira sentença condenatória do Estado brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Damião Ximenes Lopes. Descreve-se o trâmite processual interamericano, bem como trata das controvérsias materiais e processuais em relação à execução de sentenças internacionais de direitos humanos à luz do Decreto 6.185/2007 e da Emenda Constitucional n. 45/2004. Tem por objetivo discutir a forma como o dever do Estado em promover e garantir o cumprimento integral dos dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos se estabelece na prática jurídica no Brasil.

## Palavras chaves

Jurisdição Interamericana. Execução de sentença de direitos humanos. Caso Damião Ximenes Lopes.

## 1. INTRODUÇÃO

No ano de 2006, pela primeira vez, o Estado brasileiro foi condenado junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos por violação de vários artigos expressos no Pacto de San José da Costa Rica. Dentre os dispositivos da sentença condenatória, figurava o direito dos familiares de Damião Ximenes Lopes, morto num hospital psiquiátrico cearense, à indenização pecuniária pela atuação, bem como pela omissão do Estado brasileiro em apurar as responsabilidades no âmbito interno.

No intuito de dar cumprimento à sentença condenatória do sistema

<sup>1</sup> Doutora em Direito (UFSC, 2006). Mestre em Direito – Relações Internacionais (UFSC, 2002). Professora Adjunta dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da UFSC (2009).

<sup>2</sup> Doutora em Direito Internacional e integração econômica (UERJ, 2006). Mestre em Direito Constitucional e Teoria do Estado (PUC-Rio, 2002). Atualmente é bolsista do programa PRODOC/Capes na Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (2008).

interamericano de direitos humanos, o Poder Executivo emitiu, em 13 de agosto de 2007, o Decreto 6.185/2007, reconhecendo a dívida no âmbito interno e atribuindo competência à Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República para proceder ao pagamento da indenização, bem como promover as gestões necessárias ao atendimento dos demais dispositivos da decisão internacional.

O caso Damião Ximenes Lopes é paradigmático para o Brasil no plano do direito internacional dos direitos humanos, por tornar real a possibilidade de o Estado brasileiro ser responsabilizado pela violação de direitos humanos em seu território. Todavia, ganha ainda mais relevo se analisado sob o âmbito do direito processual, em face das inovações trazidas pelo Decreto 6.185/2007, que encerrou a discussão sobre a natureza das decisões exaradas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao tempo que criou uma polêmica sobre que título executivo, judiciais ou extrajudiciais se constituiria.

O presente estudo visa, portanto, refletir sobre a processualística de execução de sentenças estrangeiras e internacionais à luz do Decreto 6.185/2007, e seus reflexos para o processo civil brasileiro, bem como para a efetivação dos direitos humanos no Brasil.

## 2. AS GARANTIAS PROCESSUAIS DISPOSTAS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A proteção aos direitos humanos é um tema recorrente há pelo menos sessenta anos. Nestas últimas seis décadas a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas<sup>3</sup> fomentou a promoção e a positivação de direitos no âmbito internacional e interno dos Estados, contribuindo, senão com a harmonização do conceito e respeito aos direitos humanos no mundo, ao menos com a universalização dos debates e reflexões sobre a matéria.

Com efeito, poder-se-ia dizer que a segunda metade do século XX, no plano internacional, inaugura uma nova era, não somente uma Era dos Direitos, como foi chamado por Henkin (1990, p. 3) e que se tornou popular no Brasil a partir da obra de mesmo nome de Bobbio (1992, p. 4), mas sobretudo, a *Era da Justiça*<sup>4</sup>, ao se eleger, a partir dos Tribunais Penais Internacionais de Tóquio e Nuremberg e, posteriormente com a criação da Corte Internacional de Justiça da ONU, os sistemas jurídicos como instrumentos de reconstrução da paz e da esperança.

A Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas inaugurou o sistema global das Nações Unidas de promoção e proteção aos direitos humanos, fomentando também o surgimento de sistemas regionais,

<sup>3</sup> Em dezembro de 2008, comemorou-se o 60º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas.

<sup>4</sup> Refere-se aqui à Justiça como sinônimo de ordenamento jurídico e não como virtude.

como o europeu, o americano e o africano. Tais sistemas se constituíram como verdadeiros sistemas jurídicos internacionais, voltados à efetivação dos direitos proclamados pelos Estados em suas Cartas, convenções e estatutos, e com competência internacional para processar e julgar os Estados-partes violadores das normas com as quais se comprometeram.

O regime instaurado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos inovou na teoria da responsabilidade internacional do Estado por conferir ao indivíduo o direito de buscar reparação por violações de direitos cometidos pelo próprio Estado (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 45)

No âmbito regional americano, o sistema de proteção aos direitos humanos criado pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1948, com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, ganhou fôlego a partir de 1978, com a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos, essa sim, de natureza vinculatória aos Estados-membros, conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*.

A Convenção Americana de Direitos Humanos também é resultado da influência exercida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Assinada em 22 de novembro de 1969, foi proposta pela OEA em uma Conferência Intergovernamental em San José, Costa Rica, mas somente entrou em vigor em 18 de julho de 1978, quase dez anos depois, quando o 11º instrumento de ratificação foi depositado (PIOVESAN, 1996, p. 223, nota 241).

Devido às particularidades dos países da América, principalmente os países da América Latina, os direitos assegurados na Convenção Americana são essencialmente os direitos de primeira dimensão, aqueles relativos à garantia da liberdade, à vida, o direito à privacidade, o direito à liberdade de consciência e religião, o direito de participar do governo, o direito à igualdade, o direito à proteção judicial, dentre outros.

No aspecto processual, o Pacto de San José da Costa Rica, consagrou a liberdade pessoal garantindo o instituto do *Habeas Corpus* em seu art. 7º, n. 6, permitindo que qualquer pessoa, ainda que sem formação técnico-jurídica, impetre o remédio. Tal reconhecimento implica um efeito vinculante aos Estados signatários da Convenção, que ficam impedidos de abolir de suas legislações o referido instituto.

Ademais, a Convenção traz disposições a respeito de diversas garantias processuais como o princípio da inocência, e o acesso ao duplo grau de jurisdição. A Convenção Americana ainda assegura aos acusados o direito à *prestação jurisdicional dentro de um prazo razoável* (art. 8º, § 1º) e de não serem obrigados a depor contra si mesmos e, nem de se declararem culpados (art. 8º, § 2º, alínea 'g'). Compete, pois, ao Estado, onde a pessoa está sendo processada, proporcionar-lhe um defensor.

Ainda no que se refere às garantias processuais, a Convenção garante

que o juízo ou Tribunal deverá providenciar, de modo gratuito, um intérprete, caso o acusado não fale ou compreenda o idioma no qual está sendo processado (art. 8º, § 2º). A confissão somente poderá ser considerada válida se feita sem coação de qualquer natureza. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos (art. 8º, § 2º, alíneas 3 e 4). Em caso de erro judiciário, toda pessoa condenada, por sentença transitada em julgado, tem o direito a ser indenizada conforme a lei vigente do país (LEWANDOWSKI, 1984, p. 128).

A segunda parte da Convenção trata dos meios de proteção ou mecanismos internacionais de proteção, ou seja, dos procedimentos de controle da Convenção aos Estados signatários, instituindo um sistema de garantia por meio de órgãos competentes “para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados parte”. A Convenção atribuiu à já existente Comissão Interamericana de Direitos Humanos a competência de também proteger os direitos humanos ora estabelecidos, e criou a Corte Interamericana de Direitos, no intuito de processar e julgar os Estados violadores, nos termos do art. 33, itens ‘a’ e ‘b’<sup>5</sup>.

No sistema americano, a OEA instituiu primeiramente a Declaração de Direitos e Deveres do Homem, de 1948, como seu documento basilar de proteção aos direitos humanos dentro do sistema, criando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos para sua proteção, no final da década de 1950. Somente em 1969 surge a Convenção Americana e essa, não a OEA, dá origem à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A organização, funções e competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos estão dispostas nos arts. 34 a 69 da Convenção, bem como em seus estatutos e regulamentos próprios (HERNÁNDEZ GOMES, 2002, p. 188).

### 3. O PROCESSO NA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada em 1959, em Santiago, mediante a decisão da V Reunião de Consultas dos Ministros das Relações Exteriores da OEA, iniciando a sua função em 1960, quando o Conselho da OEA aprovou seu Estatuto e elegeu seus primeiros membros.

A Comissão detinha competência de atuar, primeiramente, como órgão de consulta e controle dos direitos humanos no âmbito da OEA. Contudo, tais poderes foram sendo ampliados em virtude da atuação da própria Comissão, que passou a agir direta e decididamente em situações de conflitos e violações de direitos humanos na América<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos, 1969. *Pacto de San José da Costa Rica*. San José, Costa Rica: OEA, 1969. Disponível em: <[www.oas.org](http://www.oas.org)>.

<sup>6</sup> “[...] no caso da República Dominicana (1965-1966), a Comissão transformou-se em verdadeiro



Cabe destacar que a Comissão é um órgão da OEA, criado muito antes do sistema interamericano de direitos humanos e que apresenta dupla função, quais sejam: 1) a promoção dos direitos reconhecidos pelos instrumentos da OEA a todos os Estados-parte desta organização e, 2) as funções de órgão judicial do sistema criado pela Convenção Americana, a todos os Estados-membros destes tratados específicos<sup>7</sup>.

A competência da Comissão, portanto, alcança todos os Estados-membros da OEA, que poderão ser processados por violações aos direitos humanos previstas na Convenção Americana (sistema interamericano) ou em virtude dos direitos consagrados na Carta da OEA e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (sistema americano)<sup>8</sup>.

Combinando os poderes outorgados pela Carta da OEA e pela Convenção Americana, a Comissão pode iniciar, em face de todos os Estados-membros da OEA, os procedimentos de estudos geográficos e ainda elaborar relatórios apontando violações de direitos humanos, ensejando a responsabilidade do Estado. Ademais, a Comissão tem competência para investigar toda comunicação que contenha denúncias de violações de direitos humanos, podendo ela mesma dar início ao processo de controle do (des)respeito dos direitos humanos no continente.

Em ambos os sistemas (americano e interamericano), compete à Comissão

---

órgão de ação, operando continuamente naquele país por mais de um ano, ultrapassando em muito suas atribuições de órgão de observação e recomendação; tal ação, sem precedentes, ampliou sua competência; assim, a Comissão atuava, pela primeira vez, com a extensão de seus poderes em 1965, em uma situação de guerra civil na República Dominicana, por um período longo e contínuo. Quatro anos após, durante o conflito armado entre Honduras e El Salvador (1969), membros da Comissão permaneceram naqueles países por um período de aproximadamente quatro meses. Nessa altura, já não mais restava dúvida de que a Comissão havia se consolidado como órgão de ação efetiva na proteção dos direitos humanos. [...] A partir de então, a Comissão pôde atuar com ampla margem de ação, como ilustrado, por exemplo, pelo caso chileno, em que a Comissão se engajou na coleta de dados relevantes sobre sua situação, realizou missões *in loco*, e elaborou recomendações e uma série de relatórios a partir de 1973. Este foi apenas um dentre vários outros casos de participação ativa da Comissão na década de 70". (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Safe, 2003. v. III, p. 36-37)

<sup>7</sup> Como toda organização internacional, existem tratados que são obrigatórios a todos os Estados-parte da organização, como mecanismo de "inscrição" ao sistema e também existem outros (tratados) que podem ou não ser ratificados pelos Estados-partes, compondo verdadeiros subgrupos dentro de cada organização. No caso da OEA, o exemplo mais significativo é o caso estadunidense, que é parte da organização, mas não é membro do sistema interamericano de direitos humanos por não terem os EUA ratificado a Convenção Americana e a Competência da Corte Interamericana. Neste caso, a Comissão Interamericana pode receber denúncias e até mesmo julgar pela admissibilidade e mérito da questão que envolva a violação de direitos prevista em outros instrumentos da OEA ratificados por esse país, como a Carta da OEA. Todavia, não poderá remeter o caso para julgamento pela Corte Interamericana, ficando o caso registrado nos informes da OEA à espera do cumprimento voluntário pelo Estado-violador.

<sup>8</sup> Em virtude da duplicidade do sistema de proteção aos direitos humanos presente na OEA, convencionou-se distingui-los chamando o sistema geral de sistema americano, que é composto pelos Estados americanos parte da organização e, sistema interamericano, composto pelos Estados que ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos.

receber e processar as consultas e denúncias de violação de direitos humanos, aceitando petições individuais, de grupos e coletividades e dos Estados-membros, nos termos do art. 44 da Convenção da Americana de Direitos Humanos<sup>9</sup>.

Os arts. 48 a 51 da Convenção tratam do procedimento junto à Comissão, dispondo sobre prazos, recursos e critérios de análise à admissibilidade. Nesse sentido, ressalta-se que as petições devem ser endereçadas à Comissão e não diretamente à Corte. Reconhecendo a admissibilidade da petição ou denúncia, a Comissão solicitará informações ao governo do Estado-violador. O Estado requerido deverá enviar as informações dentro de um prazo predeterminado, o qual será fixado pela Comissão, considerando as circunstâncias de cada caso, mas sempre prezando pela celeridade.

Recebidas as informações do Estado ou decorrido o prazo fixado sem que elas tenham sido enviadas, a Comissão verificará se existem ou subsistem os motivos que levaram à interposição da petição ou comunicação. Se não mais subsistirem, o pedido será arquivado. Caso contrário, segue o estudo para a elaboração do relatório.

No caso de o Estado apresentar as informações solicitadas, a Comissão, com base na prova apresentada, poderá declarar a inadmissibilidade ou a improcedência da denúncia, ou ainda recusar as explicações apresentadas pelo Estado e seguir com o procedimento de responsabilização do Estado por violação de direitos humanos (SEPÚLVEDA, 1985, p. 72). Os requisitos de admissibilidade de petições estão dispostos no art. 46 da Convenção Americana<sup>10</sup>.

Passada a fase da admissibilidade da petição perante a Comissão, segue a fase conciliatória. De fato, o papel da conciliação não apenas é importante, como obrigatório no sistema americano de proteção aos direitos humanos, nos termos do art. 48 da Convenção Americana.

Caso seja obtida a solução amigável, a Comissão elaborará seu relatório, contendo os fatos e o acordo alcançado, sendo o mesmo remetido ao peticionário e aos Estados-membros da OEA, com cópia ao Secretário Geral da OEA. Esgotada a fase de conciliação, a Comissão delibera editando o primeiro relatório, que constata ou não uma violação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Caso a Comissão delibere pela não-violação aos direitos humanos, não há recurso disponível, uma vez que a decisão pelo arquivamento é definitiva.

Ao final do processamento do caso, a Comissão deve adotar um relatório

---

<sup>9</sup> Segundo o art. 44 da Convenção Americana de Direitos Humanos, "Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação dessa Convenção por um Estado-parte".

<sup>10</sup> As condições de admissibilidade da petição encontram-se descritas no art. 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos, e podem ser resumidas em quatro princípios basilares: a) o esgotamento dos recursos internos; b) ausência do decurso do prazo de seis meses para a representação; c) ausência de litispendência internacional; e d) ausência de coisa julgada internacional.

descrevendo a existência ou não de violação aos direitos humanos protegidos pelo sistema americano, e ainda fazer recomendações ao Estado requerido para sanar os danos e cessar a violação.

Esse relatório será enviado ao Estado requerido para que tome as medidas recomendadas para cessar e reparar a violação. Se, no prazo de três meses, o Estado não tiver cumprido as deliberações da Comissão, o caso poderá ser submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>11</sup>. Decorrido esse prazo e deixando o Estado de cumprir as recomendações da Comissão, esta enviará um apelo à Assembléia Geral da OEA.

Assim, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos encaminha também um relatório anual à Assembléia Geral da OEA, nos termos do art. 41, alínea 'g', deve a Comissão fazer constar as deliberações não cumpridas pelos Estados para que a OEA sancione o Estado faltoso (PINTO, 1993, p. 189).

Em resumo, a Comissão receberá as denúncias e procederá ao exame de admissibilidade, cujo resultado será público. Admitida a denúncia, a Comissão prossegue com a investigação sobre sua materialidade do pedido. Cabe à Comissão o direito de proceder diligências nos Estados denunciados, de decidir ou não pelo pedido de medidas cautelares, de proceder à investigação *in loco* se julgar conveniente. Após a investigação, a Comissão emite um relatório, pela admissibilidade quanto ao mérito do pedido ou pelo arquivamento da denúncia. Em ambos os casos, o relatório será publicado, dando início à fase conciliatória.

Finda a fase conciliatória, a Comissão remete os autos à Corte Interamericana que se encarregará de processar e julgar o feito em face dos Estados que ratificaram esse instrumento. Durante o julgamento pela Corte, a Comissão assume outro papel, o de representar os interesses da vítima no processo.

O paralelo que se pode fazer acerca da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos com o sistema jurídico brasileiro situa-se no papel do Ministério Público na esfera criminal, com a exceção de que a Comissão pode e deve presidir a investigação criminal, reunindo desde a denúncia as provas que apresentará depois, junto à Corte, em defesa dos interesses da vítima.

Outra questão importante sobre a atuação da Comissão refere-se ao princípio da legalidade (*nulla poena, sine lege*) previsto na Convenção e que impede que a Comissão e, por conseguinte, a Corte processem e julguem os Estados por fatos anteriores à sua adesão. Assim, no caso brasileiro, a adesão

---

<sup>11</sup> Os Estados-parte da OEA podem decidir ou não pela ratificação de um ou outro tratado multilateral dentro da organização, ocorrendo, no caso do sistema interamericano, de muitos Estados terem ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos, sem reconhecer a competência a Corte Interamericana de Direitos Humanos para processar e julgar as violações aos direitos previstos na Convenção. Neste caso, a sistemática é a mesma adotada pela Comissão aos Estados-parte da OEA que não sejam membros do sistema interamericano, qual seja, publica-se o relatório nos informes da OEA e aguarda-se que o Estado-violador cumpra voluntariamente as deliberações ali dispostas.

do país ao sistema interamericano deu-se apenas em 1992, com a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos. A competência da Corte somente foi aceita pelo Brasil em 1998, razão pela qual, apesar de muitas terem sido as violações de direitos humanos nas décadas anteriores, em especial no período ditatorial, nenhuma condenação internacional o tinha alcançado. O caso Damião Ximenes Lopes constitui-se, pois, este marco.

#### 4. OS CASOS BRASILEIROS JUNTO À COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Muitos foram os casos registrados pela Comissão na década 1970, a maioria tendo por objeto a mesma matéria: os graves casos de violação aos direitos humanos durante a ditadura no Brasil<sup>12</sup>. Dentre esses casos, destaca-se a Denúncia n. 1.683, de 09 de junho de 1970, que divulgava a prisão indevida, tortura e morte do dirigente sindical Olavo Hansen.

O caso, admitido pela Comissão quanto ao mérito em 08 de janeiro de 1974, relatava as negativas do Brasil em cessar as violações ali descritas e a recusa terminante em adotar as medidas reparatorias aos familiares da vítima. O caso foi analisado pela Comissão à luz dos instrumentos de proteção aos direitos humanos presentes no sistema americano, uma vez que a Declaração Americana de Direitos Humanos somente entrou em vigor em 1979.

Na década de 1980, o número de denúncias contra o Brasil foi menor do que na década anterior, o que se deve ao descrédito do sistema e sua ineficácia em coibir as práticas abusivas dos Estados. Neste sentido, merece destaque a Denúncia n. 7.615, admitida em 15 de dezembro de 1980, formulada por vários pesquisadores norte-americanos que testemunharam as violações ao direito à vida, à propriedade, à cidadania e à liberdade, sobretudo à liberdade religiosa, dos índios da tribo Yanomami que habitavam os Estados do Amazonas e Roraima, na fronteira com a Venezuela. Neste caso, a admissibilidade do mérito deu-se em 05 de março de 1985, a cooperação do Brasil foi maior, no intuito de prestar informações sobre a atuação da Funai na região e defender-se das acusações. Ainda assim, não houve registro de que o país tenha dotado as recomendações da Comissão sobre a questão.

Na década de 1990, o número de casos apresentados contra o Brasil voltou a crescer, e os temas abarcavam as mais diversas violações a direitos humanos praticados, sobretudo durante o período militar. Merece destaque a Denúncia 11.289, formulada por duas organizações não-governamentais a favor de José Pereira, um trabalhador rural que foi gravemente ferido ao tentar fugir de uma fazenda no Estado do Espírito Santo, recusando-se a trabalhar em situação análoga a escravo.

---

<sup>12</sup> A título de exemplo, citam-se os casos 1683, 1684 e 1697, cujos relatórios estão disponíveis em na página *web* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/72sp/sec.2a.htm#Caso%20No.%201697>>.

A denúncia foi formulada em 1994, e em 18 de setembro de 2003 o Brasil reconheceu a responsabilidade pelas violações, aderindo às propostas de conciliação e comprometendo-se, em termos formais, a cumprir as exigências da Comissão quanto à indenização da vítima, à punição dos responsáveis internos, bem como o compromisso de promover medidas de combate e repressão ao trabalho análogo a escravo. Esse caso é o primeiro registrado nos Informes da Comissão em que o Brasil, por meio da *solução amistosa*, põe fim à uma demanda<sup>13</sup>.

Outro caso em que o Brasil admitiu sua responsabilidade na fase conciliatória refere-se à Petição 12.426, apresentada em 27 de julho de 2001, a partir da denúncia formulada por duas organizações não-governamentais acerca da castração, mutilação e morte de meninos do Estado no Maranhão. Tal qual no caso anterior, o Brasil comprometeu-se a indenizar a família das vítimas, a criar mecanismos de repressão à violência contra a criança e aos adolescentes e a processar e punir os responsáveis internos. A *solução amigável*, que pôs fim ao litígio, foi registrada em 15 de dezembro de 2005 e publicada em 15 de março de 2006<sup>14</sup>.

O caso mais recente de denúncia contra o Brasil na Comissão está registrado sob o n. 478-07 e trata-se da superlotação carcerária da *Cadeia Pública* do município do Guarujá (SP), onde crianças, jovens e adultos estariam detidos conjuntamente, em situações degradantes e indignas. Após averiguar os termos da denúncia, apresentada em 18 de abril de 2007, a Comissão, em 23 de julho de 2008, admitiu-a frente aos fortes indícios de violação a vários direitos humanos tutelados na Convenção Americana<sup>15</sup>.

Em se tratando da posição brasileira, a Comissão analisou nos últimos anos mais de 50 denúncias, tendo em sua grande maioria admitido o pedido. Dentre os mais conhecidos encontram-se os casos do *Carandiru*<sup>16</sup> (caso n. 11.291), de *Eldorado dos Carajás*<sup>17</sup> (caso n. 11.820), da *Favela Nova Brasília*<sup>18</sup> (caso n. 11.566), da *Guerrilha do Araguaia*<sup>19</sup> (caso n. 11.552), do *Massacre de Corumbiara* (caso n. 1.556) e de *Maria da Penha Maia Fernandes*<sup>20</sup> (caso n. 12.051), este último, tendo ensejado a edição da Lei 11.340/2006, que estabelece mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

<sup>13</sup> O caso foi publicado em 24 de outubro de 2003 e disponível em <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Brasil.12289.htm>>.

<sup>14</sup> Disponível em <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2006sp/Brasil12426sp.htm>>.

<sup>15</sup> O caso foi publicado em 23 de julho de 2008, disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/Brasil478-07.sp.htm>>.

<sup>16</sup> Admissibilidade e Mérito em 13 de abril de 2000. Relatório publicado em: <<http://www.cidh.org/annualrep/99port/Brasil11291.htm>>.

<sup>17</sup> Admissibilidade em 20 de fevereiro de 2003. Relatório publicado em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2003port/Brasil.11820.htm>>.

<sup>18</sup> Admissibilidade em 25 de Setembro de 1998. Relatório publicado em: <<http://www.cidh.org/annualrep/98port/Brasil11566.htm>>.

<sup>19</sup> Admissibilidade em 6 de março de 2001. Relatório publicado em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/11552.htm>>.

<sup>20</sup> Admissibilidade e Mérito em 4 de abril de 2001. Relatório publicado em: <<http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>>.

O caso, todavia, que culminou com a condenação do Brasil junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos não teve origem recente, tendo sido apresentado em forma de denúncia à Comissão em 22 de novembro de 1999, sob o n.12.237<sup>21</sup>.

## 5. A COMPETÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

O segundo órgão da Convenção Americana de Direitos Humanos, assim definido por seu art. 33, é a Corte Interamericana de Direitos Humanos, criada diretamente pelo Pacto de San José para implementar os direitos ali reconhecidos. Estabelece, nos arts. 52 a 69, a organização, competência, funções e procedimentos da Corte Interamericana<sup>22</sup>.

Trata-se, pois, de uma instituição judicial autônoma, independente nem submissa às deliberações e demais tratados da OEA, embora exerça papel consultivo à OEA na interpretação e aplicação dos tratados do sistema americano, em especial nos instrumentos que versem, ainda que indiretamente, sobre direitos humanos, nos termos do art. 62.3 da Convenção (ALVES, 1994, p. 80).

No entanto, a principal função da Corte Interamericana é atuar consultiva e contenciosamente na implementação dos direitos consagrados na Convenção Americana, ou seja, o papel da Corte é garantir que a Convenção seja cumprida, ainda que por meio de mecanismos coletivos de sanção internacional (HERNÁNDEZ GÓMES, 2002, p. 192).

A Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece, nos arts. 61 a 65, a competência da Corte, dispondo, especificamente no art. 62.3, que “a Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da Convenção, sempre que os Estados-parte do caso tenham reconhecido ou reconheçam dita competência”. No entanto, a Corte também pode ser acionada por qualquer Estado-membro da OEA para interpretar norma relativa a tratados de direitos humanos no sistema interamericano, ainda que tal Estado não seja parte da Convenção ou que não tenha ratificado a competência da Corte. (CORREIA, 2008, p.137)

Ao efetuar tal reconhecimento, os Estados comprometem-se a aceitar, como obrigatória e de pleno direito, a decisão da Corte relativa à interpretação e aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim, a Corte fixa a responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos protegidos pela Convenção, independentemente do órgão interno ou da pessoa responsável pela violação.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi criada em 1979, com

<sup>21</sup> Denúncia admitida em 09 de outubro de 2002. Relatório disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/annualrep/2002sp/Brasil.12237.htm>>.

<sup>22</sup> Dados sobre os textos da Convenção Americana de Direitos Humanos, do Estatuto e Regimento Interno da Corte Interamericana de Direitos Humanos podem ser encontrados no *site* da Corte Interamericana de Direitos Humanos: <[www.corteidh.or.br](http://www.corteidh.or.br)>.

sede em San José, capital da Costa Rica, e compõe-se no único órgão judicial internacional de defesa dos direitos humanos da região, apesar de a Corte Internacional de Justiça, órgão da ONU, já ter analisado, subsidiariamente, casos que versassem sobre a violação de direitos humanos no continente americano (SANCHES RODRÍGUEZ, 1997, p. 508).

Nos termos do art. 52.1 da Convenção, a Corte é composta por sete juízes, nacionais dos Estados-membros da OEA, eleitos a título pessoal entre juristas da mais alta autoridade moral e reconhecida competência em matéria de direitos humanos.

O art. 64 dispõe que a Corte tem competência consultiva e contenciosa. A competência contenciosa é restrita à Convenção Americana de Direitos e ao Protocolo Adicional de San Salvador. Já a competência consultiva alcança ambos os sistemas interamericanos, podendo a Corte interpretar qualquer tratado sobre direitos humanos em vigor nos Estados americanos.

Além dos Estados-membros, podem apresentar consulta à Corte o Conselho Permanente da OEA, a Comissão Consultiva de Defesa da OEA, o Órgão de Consulta, resultado da Reunião de Consultas dos Ministros das Relações Exteriores dos Estados-membros da OEA e, é claro, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>23</sup>. A opinião consultiva tem efeito vinculante a todos os Estados, sob pena de os Estados violadores incorrerem em responsabilização internacional<sup>24</sup>.

Em ambos os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos, dois são os atos que contêm as decisões das Cortes acerca das questões que lhes são submetidas: as sentenças e os pareceres. As sentenças decidem dos litígios envolvendo as violações às Convenções, enquanto que os pareceres são opiniões emitidas pelo Plenário das Cortes, quando consultadas pelos Estados signatários da Convenção (no sistema europeu) ou da OEA (no sistema interamericano). (FIORATI, 1994, p. 13)

No que se refere à competência contenciosa da Corte, essa sempre se manifestará sobre o julgamento dos casos de violação aos direitos humanos encaminhados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Assim, compete à Comissão, após a recusa do Estado, diante do relatório que admitiu o mérito da demanda, acionar o Estado-violador perante a Corte

<sup>23</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Parecer Consultivo del 24 de septiembre de 1982*. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1982, Serie A, n. 2, § 29.

<sup>24</sup> A exemplo, cita-se o caso da consulta formulada pela Guatemala sobre a instituição da pena de morte no país. A Corte se manifestou terminantemente contra, seguindo a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos. Os pareceres da Corte sobre a matéria são válidos *erga omnes*, e não apenas para o Estado que fez a consulta, como, no caso, a Guatemala. Ver o caso em: CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo n. 3 OC-3-83, de 8 de setembro de 1983. Restrições à pena de morte (arts. 4.2 e 4.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos)*, Série A.



Interamericana de Direitos Humanos, desde que esse Estado tenha previamente reconhecido a jurisdição da Corte. Essa regra vale também para os demais Estados que queiram apresentar denúncia contra outro Estado pela violação de direitos humanos, uma vez que a garantia dos direitos humanos resguardados pela Convenção é obrigação objetiva de interesse conjunto (TRAVIESO, 1996, p. 429).

A fase de postulação perante a Corte se inicia com a apresentação da demanda à sua Secretaria (Regimento Interno da Corte - RIC, art. 32). Cabe ao Secretário da Corte fazer as notificações de recebimento da demanda formalmente ao seu presidente e aos demais juízes, ao Estado requerido, à Comissão e ao denunciante ou a seus familiares e representantes (RIC, art. 35.1). Cabe, ainda, informar aos demais Estados-membros da OEA e ao Secretário Geral da OEA a apreciação da demanda (RIC, art. 35.2).

O presidente da Corte procederá ao exame prévio sobre a admissibilidade da demanda, verificando o cumprimento dos requisitos fundamentais, podendo pedir diligências complementares. A defesa do Estado demandado se fará mediante a contestação, que deverá ser apresentada no prazo dos quatro meses que se seguirem à notificação, e deve atender os mesmos requisitos da petição inicial, nos termos do art. 38 do RIC. Após a fase escrita, dá-se início à fase oral, com a fixação de audiências. A esta segue-se a produção de provas.

Perante a Corte, a Comissão e o Estado requerido têm a possibilidade de produzir provas e exercitar todas as faculdades processuais do devido processo legal. Admite-se também aqui a solução conciliatória. O acordo deve, contudo, ser homologado pela Corte, que nesse caso representa a defesa dos direitos consagrados pela Convenção<sup>25</sup>.

A Corte assegura às supostas vítimas, seus familiares e representantes o direito de participarem e de serem ouvidos durante todo o processo de apuração de responsabilidade pela violação de direitos humanos (RIC, arts. 23 e 41). Do mesmo modo, além das testemunhas e dos peritos, toda e qualquer pessoa poderá ser ouvida pela Corte, no sentido de apurar os fatos denunciados (RIC, art. 42).

Durante o processo, todos os envolvidos poderão requerer a produção de provas, desde que respeitados os prazos e os momentos dispostos nos arts. 36, 37.5 e 44.1 do Regimento Interno da Corte. Em casos excepcionais, a Corte poderá aceitar provas produzidas ou colacionadas intempestivamente, desde que seja demonstrado que a produção da prova não se fez ao tempo devido em virtude de força maior, impedimento grave ou fatos supervenientes (RIC, art. 44.3).

---

<sup>25</sup> Como exemplo de conciliação bem-sucedida perante a Corte, pode-se citar o caso Maqueda, no qual a Comissão e o governo argentino acordaram pela libertação de Guillermo Maqueda. A Corte analisou o acordo, homologando-o, pois considerou que, "teniendo en cuenta lo anterior y considerando que la cuestión central en el caso es la violación del derecho a la libertad del señor Maqueda y que ese derecho ha sido restituído mediante el acuerdo a que han llegado las partes, la Corte estima que éste no viola la letra y el espíritu de la Convención Americana". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Maqueda, resolução de 17 de janeiro de 1995, Série C, n.18, parágrafo 27, p. 12)



Ressalta-se que, além dos recursos procedimentais de apuração dos fatos, dos pareceres, opiniões consultivas e sentenças de reparação, compete à Corte também zelar pela cessação dos casos de violação de direitos humanos. Nesse sentido, em se tratando de casos de violação iminente, de extrema gravidade ou de urgência, ou ainda casos em que a violação não foi interrompida, apesar da denúncia à Comissão e à Corte, essa poderá dispor de medidas provisórias (cautelares), visando impedir o Estado de seguir com as violações<sup>26</sup>.

Recentemente, em 05 de maio de 2008, o Estado brasileiro foi demandado, em virtude de uma medida provisória requerida diretamente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos visando proteger, em caráter emergencial, a vida e a integridade das pessoas aprisionadas na Penitenciária de Urso Branco, situada no Estado de Rondônia, Brasil<sup>27</sup>.

Tal qual as sentenças, as medidas provisórias da Corte Interamericana de Direitos Humanos têm efeito obrigatório. Nos termos do art. 63 da Convenção Americana, é assegurada, à vítima, a reparação por toda e qualquer violação de direitos humanos, bem como o pagamento de uma justa indenização às vítimas ou seus familiares. De acordo com o art. 52 da Convenção, a Corte tem competência para determinar uma reparação, ou ainda medidas que evitem o dano. Se não forem cumpridas, a Corte pode determinar o pagamento de uma indenização pecuniária, a título de multa cominatória.

Após a produção de provas, segue-se a sentença. No sistema interamericano, a Corte Interamericana, sempre de forma colegiada, profere uma sentença cujo objetivo primeiro é sempre a *restitutio in integrum*, ao estipular que deve o Estado restaurar o “gozo do direito ou liberdade violados” (Convenção, art. 63). As sentenças da Corte, todavia, não se limitam à fixação de indenização pecuniária, mas também estabelecem diretrizes para políticas públicas, modificação da legislação, quando existente, ou edição de novas leis, e sempre, a punição dos agentes responsáveis pela violação. Por fim, o Estado arca com o pagamento das custas processuais.

As sentenças da Corte Interamericana possuem o efeito de coisa julgada entre as partes, vinculando os litigantes e servindo de embasamento jurisprudencial para casos similares. No que tange ao direito interno, todavia, as sentenças da Corte possuem caráter meramente declaratório, não tendo o poder de desconstituir um ato interno, como anular um ato administrativo, revogar uma lei ou cassar uma sentença judicial (KAWABATA, 1997, p. 354).

No caso de ser fixada uma indenização pecuniária, a Convenção prevê,

---

<sup>26</sup> Nos termos do art. 63.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe: “Art. 63.2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión”.

<sup>27</sup> Relatório disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso\\_se\\_06.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_06.doc)>.

em seu art. 68, que a execução da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no plano interno do Estado responsável deverá observar os mesmos procedimentos de execução de sentença estrangeira.

## 6. A EXECUÇÃO DE SENTENÇAS ESTRANGEIRAS NO BRASIL E O CASO DAMIÃO XIMENES LOPES

O Brasil adota a teoria dualista de incorporação de tratados ao exigir a incorporação das normas de direito internacional no ordenamento jurídico nacional, conferindo poder ao Superior Tribunal de Justiça para “contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”, nos termos do artigo 105, III, “a”, da Constituição Federal de 1988.

A norma internacional, por sua vez, integra o ordenamento jurídico brasileiro por meio de ato do Poder Executivo, mais precisamente do Presidente da República, com fundamento no artigo 84, IV, da Constituição em vigor<sup>28</sup>, aderindo à hierarquia normativa interna como Decreto, ou seja, norma infraconstitucional. Daí a pertinência da redação dada ao artigo 105, III, “a”, citado, em referir-se à “perda de vigência” do tratado e não em sua anulação.

A divergência sobre esta opção concentra-se nos tratados internacionais de direitos humanos, que, por força do § 2º do artigo 5º da Constituição brasileira, complementariam o rol de direitos e garantias fundamentais ali expressos e teriam aplicação imediata. Com efeito, a questão da incorporação de normas internacionais de direitos humanos merece especial atenção, sobretudo quanto à Convenção Americana de Direitos Humanos e à competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que foram, respectivamente, integradas ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, e do Decreto 4.463, de 8 de novembro de 2002, muito antes da discussão sobre a constitucionalidade ou não do recém-acrescido § 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

A partir da Reforma, o texto constitucional limitou a interpretação dada pelo § 2º do artigo 5º *supra* aos tratados internacionais de direitos humanos que sejam incorporados, não pelo processo do artigo 84, IV, da Constituição brasileira, mas sim atendendo aos requisitos impostos às emendas constitucionais expressos no artigo 60 do texto constitucional.

De fato, a redação dada pelo § 3º restringiu a paridade constitucional apenas aos tratados internacionais de direitos humanos que forem aprovados pelas duas Casas do Congresso Nacional, em dois turnos e com *quorum* mínimo de três quintos dos votos respectivos, o que gerou, dentre a doutrina nacional, algumas indagações, dentre as quais, destaca-se: Que *status* terão os tratados anteriores à edição da Emenda Constitucional 45 de 2004 já ratificados e incorporados ao ordenamento jurídico nacional mediante decreto?

<sup>28</sup> “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; (...)”

A resposta a esta indagação é simples, apesar de dura. Estes tratados internacionais terão o mesmo *status* que gozavam antes da Emenda Constitucional 45/2004, qual seja, o de norma infraconstitucional incorporada como decreto pelo Poder Executivo. Assim, a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem com a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos são, no ordenamento jurídico nacional, normas infraconstitucionais, cuja vigência depende das disposições expressas no texto constitucional.

Por adotar a teoria dualista, não apenas os tratados internacionais devem ser incorporados ao sistema jurídico interno brasileiro, mas também toda norma internacional precisa desta homologação para poder produzir efeitos no âmbito jurídico nacional. Logo, a regra vale também para as sentenças estrangeiras.

A sentença estrangeira é aquela “proferida por tribunal estrangeiro”, nos termos do artigo 483 do Código de Processo Civil brasileiro. Na prática, é fruto da cooperação internacional entre Estados, já que não existiria sentença estrangeira se um Estado não reconhecesse a soberania e a jurisdição de outro Estado, cuja decisão do órgão jurisdicional precisa ser executada no território do primeiro.

Cumprir notar, entretanto, que o sistema de recepção de sentenças estrangeiras não encerra regra universal: há países que não atribuem valor às decisões alienígenas [Holanda], há os que praticam a denominada reciprocidade pura [Alemanha e Espanha] sem formalidades, há os que emprestam caráter meramente probatório aos provimentos estrangeiros [Inglaterra e Estados Unidos]e, por fim, os que conferem à sentença estrangeira a mesma eficácia da decisão nacional mediante um prévio juízo de deliberação por meio do qual se atesta o cumprimento de requisitos necessários à nacionalização do pronunciamento judicial para posterior conferimento de eficácia executivo-judicial. O Brasil [e Itália também] preconiza esse último sistema pelo qual subjaz intocável o *meritum causae* apreciado alhures, mercê de se apreciar a competência, a observância do contraditório e a adaptação do julgado à nossa ordem pública, aos bons costumes e à soberania nacional.<sup>29</sup> Essa diversidade de regras e princípios impõe uma necessária verificação da legitimidade da decisão alienígena em relação ao ambiente em que ela vai produzir os seus efeitos. Assim, *v.g.*, se num determinado país o inadimplemento de uma obrigação gera responsabilidade física para o devedor, com privação de sua liberdade ou com mutilação de parte de seu corpo, evidentemente que esses efeitos práticos não poderão realizar-se em nosso país. E que, a par da cooperação jurisdicional, sobrelevam os princípios e a ordem maior do Estado soberano onde vai tornar-se realidade o comando judicial estrangeiro. (FUX, *in* TIBURCIO, 2006, p. 644).

<sup>29</sup> Muito embora a Itália e o Brasil adotem o juízo de deliberação, recentemente empreenderam uma certa reciprocidade através do Tratado Relativo à Cooperação Judiciária e ao Reconhecimento e Execução de Sentenças em Matéria Civil, promulgado pelo Decreto 71.476/95, publicado no DOU, de 03 de maio de 1995. O Brasil também aprovou a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, Montevidéu, 1979, promulgada pelo Decreto 2.411, publicado em 2 de dezembro de 1997.

A sentença estrangeira, bem como qualquer outra medida judicial estrangeira, sempre foi o resultado produzido por um órgão judicial estatal, amparado pela soberania de um Estado e que, por meio da cooperação, busca efetividade processual através da execução da medida por outro órgão similar em Estado distinto. Assim, pode-se afirmar que a sentença estrangeira sempre guardou uma vinculação jurídico-institucional com o Estado de origem, o qual representa em termos axiológicos e principiológicos. Neste sentido, para produzir efeito em outro território, a sentença estrangeira precisa ser validada pelo Estado destinatário e a este processo denomina-se homologação de sentença estrangeira. (THEODORO JUNIOR, 1990, p. 665).

No Brasil, os critérios para a homologação de sentença estrangeira encontram-se estipulados no artigo 15 da Lei 4.707, de 04 de setembro de 1942, também conhecida como Lei de Introdução ao Código Civil, que dispõe:

**Art. 15.** Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:

- a) haver sido proferida por juiz competente;
- b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;
- c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;
- d) estar traduzida por intérprete autorizado;
- e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

**Parágrafo único.** Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas.

A homologação apenas se dará se a sentença não ofender a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, nos termos do art. 17 da LICC.<sup>30</sup> Esta análise cabe ao Superior Tribunal de Justiça, por força do artigo 105, I, “i”, da Constituição Federal de 1988<sup>31</sup>. Em verdade, esta disposição constitucional é complementada pelo do art. 483 do CPC, que dispõe:

Art. 483. A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça.

Por sua vez, a regulação a que se refere o parágrafo único do art. 483 do CPC citado é dada pela Resolução 9, de 4 de maio de 2005, do STJ, que em seu art. 5º repetiu os requisitos da Lei de Introdução ao Código Civil quanto aos requisitos para a incorporação da norma judicial internacional<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> LICC. “Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

<sup>31</sup> CF/88. “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: (...) i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exauctor* às cartas rogatórias; (...)”.

<sup>32</sup> Resolução 9, de 04.05.2005 do STJ. “Art. 5º. Constituem requisitos indispensáveis a homologação de sentença estrangeira: I – haver sido proferida por autoridade competente; II – terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia.; III – ter transitado em julgado; e

Muito embora a sentença da Corte Interamericana preencha todos os requisitos dispostos no art. 15 da LICC e também no art. 5º da Resolução 9/2005 do STJ, a decisão da Corte não apresenta a mesma natureza jurídica que as sentenças estrangeiras, por não ter sido proferida pelo órgão julgante de um Estado, mas sim por um tribunal de uma organização internacional. Daí a distinção entre sentença estrangeira e sentença internacional, o que justificaria o tratamento diferenciado dado às sentenças estrangeiras e a sentença proferida contra o Brasil no caso *Damião Ximenes Lopes* junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Visto isso, demonstrado está que o instituto da homologação de sentença é reservado às sentenças oriundas de *Estado estrangeiro*. *Só que essa não é a natureza jurídica da sentença judicial internacional*, em especial a da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Pelo contrário, sendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos um órgão internacional, *sua sentença tem a natureza jurídica de decisão de uma organização internacional*. A decisão de uma organização internacional não encontra identidade em uma sentença judicial oriunda de um Estado estrangeiro. Logo, não é permitido pelo nosso ordenamento a homologação da citada sentença internacional (...) sob pena de violarmos a própria Constituição brasileira que estabelece os limites da [sua] competência.” (RAMOS, 2001, p. 497-498)

Com efeito, a sentença proferida contra o Brasil no caso *Damião Ximenes Lopes* não se configura como sentença estrangeira e, portanto, não precisou ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça para ser produzir efeitos válidos. A dúvida reside no fato de o Brasil necessitar ou não incorporar a sentença internacional proferida pela Corte, cuja competência já foi integrada ao ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto 4.463/2002.

Os dualistas conservadores diriam que sim, e que foi justamente o que fez o Decreto 6.185/2007, ou seja, incorporou ao ordenamento jurídico nacional a decisão da Corte, ao tempo em que o Estado brasileiro declarava sua submissão à decisão. Os humanistas diriam que não. O Brasil ao editar o Decreto 6.185/2007 estava apenas cumprindo outro requisito da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabelece em seu art. 68: “ Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.”

Se o Estado brasileiro, antes de incorporar a sentença internacional ao ordenamento jurídico pátrio, negar-se a cumprir a sentença, incidirá em não-violação, todas passíveis de responsabilização internacional, estando afeto às sanções previstas pela OEA para os casos de descumprimento dos deveres dos Estados-parte da organização. No âmbito interno, mesmo antes da

---

IV – estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil”.

edição do Decreto 6.185/2007, poder-se-ia falar em responsabilidade do Estado, segundo Ramos (2001, p. 499) a ser proposta em sede da Justiça Federal no foro da residência do autor, aplicando analogicamente o disposto no art. 484 do CPC, devendo o juízo providenciar a tradução e a autenticidade necessárias (SANT´ANA, 2001, p. 127-128).

O Brasil, por meio do Decreto 6.185/2007, reconheceu a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Damião Ximenes Lopes, afastando esta possibilidade, tendo ordenado à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República o pagamento aos familiares da vítima da indenização pecuniária preconizada pela sentença internacional<sup>33</sup>. O pagamento foi realizado em 17 de agosto de 2007, apenas cinco dias após a publicação do decreto referido. Todavia, não só de indenização pecuniária consistia a sentença da Corte Interamericana; que inclui o dever do Estado brasileiro em garantir, dentro de um prazo razoável, que os processos internos tendentes a investigar e sancionar os responsáveis pelo caso tenham os devidos efeitos, bem como sejam adotadas outras formas de reparação, como as medidas de satisfação e garantias de não repetição. ( LOUREIRO, 2008, p.216)

A denúncia do caso Damião Ximenes Lopes foi recebida pela Comissão Interamericana em 22 de novembro de 1999, sob o n. 12.237. Proposta pela senhora Irene Ximenes Lopes de Miranda, a petição denunciava a morte do irmão Damião dentro das dependências da Casa de Repouso Guararapes, em Sobral, no Estado do Ceará, quando ali estava internado para receber tratamento psiquiátrico. Damião havia sido internado por padecer de doença mental. Dois dias após o internamento, a mãe de Damião, ao visitá-lo, encontrou-o com marcas visíveis de tortura, com as mãos amarradas, o nariz sangrando, rosto e abdômen inchados e pedindo-lhe por socorro. Horas mais tarde, após ter sido medicado, veio a falecer. A Casa de Repouso Guararapes, apesar de conhecida pela forma desumana com que tratava seus pacientes, era credenciada pelo SUS como instituição de saúde pública do Estado do Ceará.

A situação se agravou quando o laudo da autópsia, realizado pelo mesmo médico, o Diretor da Casa de Repouso Guararapes, omitiu as marcas físicas e os medicamentos ingeridos por Damião, concluindo que a *causa mortis* se dera por parada cardio-respiratória.

A denúncia foi admitida em 09 de outubro de 2002, sem ter o Estado brasileiro, em nenhum momento, prestado as informações requeridas pela Comissão na fase de admissibilidade. Em 08 de maio de 2003, a Comissão colocou-se à disposição das partes para a solução amigável, sem sucesso. Após a devida investigação sobre a materialidade do fato e a veracidade das

---

<sup>33</sup> Os valores correspondentes às indenizações referentes ao dano emergente, lucros cessantes, danos morais e custas e gastos, conforme estabelecido nos parágrafos 218, 224, 225, 226, 238, 252 e 253 da sentença são: Para Albertina Viana Lopes (mãe) US\$ 61.500,00; para Francisco Leopoldino Lopes (Pai) US\$ 15.000,00; para Irene Ximenes Lopes Miranda (irmã) US\$ 45.000,00 e para Cosme Ximenes Lopes US\$ 15.000,00. Totalizando um valor de US\$ 146.500,00 .

informações prestadas pela autora, a Comissão decidiu pelo mérito da questão em 08 de outubro de 2003. Sem providências pelo Estado brasileiro, a Comissão em 1º de outubro de 2004, encaminhou a demanda para julgamento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>34</sup>.

Decorrido o processo junto a Corte, o Brasil foi sentenciado, em 04 de julho de 2006, pela violação aos artigos 4.1, 5.1. e 5.2, cuja responsabilidade foi admitida pelo Estado brasileiro durante o processo, e que implicam a violação aos direitos à vida e à integridade física. A sentença também condenou o Brasil pela infração aos artigos 8.1 e 25 da Convenção, que tratam respectivamente do direito à duração razoável do processo e à proteção judicial, nela inserida todas as garantias do devido processo legal<sup>35</sup>.

A condenação do Estado brasileiro pela infração de garantias processuais juntamente com a violação de direitos individuais representa um grande avanço em prol os instrumentos de efetividade dos direitos humanos, considerados pela Corte tão fundamentais quanto os demais direitos subjetivos materiais.

Neste sentido, por unanimidade o Brasil foi condenado a:

- 1) Garantir, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos;
- 2) Publicar, no prazo de seis meses, no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional, uma só vez, os fatos provados nesta sentença<sup>36</sup>;
- 3) Continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria;
- 4) Pagar em dinheiro para as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e para os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, no prazo de um ano, a título de indenização por dano material, a quantia fixada nesta sentença;
- 5) Pagar em dinheiro, no prazo de um ano, a título de custas e gastos gerados no âmbito interno e no processo internacional perante o sistema interamericano de proteção dos direitos huma-

---

<sup>34</sup> Relatório da Admissibilidade da Denúncia 12.237, recebida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 22/11/1999, disponível na página *web* da Comissão Interamericana: <<http://www.cidh.org/annualrep/2002port/brasil12237.htm>>.

<sup>35</sup> Sentença disponível na página *web* da Corte Interamericana de Direitos Humanos: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>.

<sup>36</sup> O Brasil cumpriu tal determinação publicando a parte dispositiva da sentença no Diário Oficial da União - DOU nº 30, de 12 de fevereiro de 2007, p. 4-7 (ISSN 1677-7042).



nos, a quantia fixada nesta sentença, a qual deverá ser entregue à senhora Albertina Viana Lopes;

6) Apresentar relatório a Corte sobre as medidas que adotará para cumprir os dispositivos desta sentença.<sup>37</sup>

Quanto a parte da sentença ainda não cumprida, decorrido o prazo estipulado na sentença internacional, compete ao pelo Ministério Público, no cumprimento de sua competência constitucional (art. 127 da Constituição Federal de 1988), utilizando-se das disposições do artigo 461 e seguintes do Código de Processo Civil, que regula a tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer, propor ação executiva no âmbito interno, sob pena do Estado brasileiro incidir, também no âmbito interno, em responsabilidade civil, em face do Decreto 1.685/2007.

## 7. O DECRETO 6.185/2007 E SEUS REFLEXOS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Estabelece o artigo 68.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos que os Estados-parte se comprometem a cumprir *sponte propria* as decisões da Corte em todos os casos em que sejam partes. Foi o que fez o Brasil, quando, em 12 de fevereiro de 2007, publicou no Diário Oficial da União (DOU nº 30, p. 4-7) a parte dispositiva da sentença, em atendimento as condenações sofridas por ocasião do caso Ximenes Lopes. Eis o texto do Decreto, *in literis*:

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso IV, da Constituição, e

Considerando a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Damião Ximenes Lopes;

Considerando a existência de previsão orçamentária para pagamento de indenização a vítimas de violação das obrigações contraídas pela União por meio da adesão a tratados internacionais de proteção dos direitos humanos;

DECRETA:

Art. 1º. Fica autorizada a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República a promover as gestões necessárias ao cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, expedida em 4 de julho de 2006, referente ao caso Damião Ximenes Lopes, em especial a indenização pelas violações dos direitos humanos aos familiares ou a quem de direito couber, na forma do Anexo a este Decreto.

Art. 2º. Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Como visto, o Decreto *supra* não apenas reconhece no âmbito interno, a responsabilidade pelo pagamento da indenização disposta pela sentença da

<sup>37</sup> Dispositivo da Sentença disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>.p.83



Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas também atribui competência à Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República para gerir a execução do feito.

O Decreto 6.185/2007 foi extremamente festejado dentre os humanistas, em especial por afastar dos credores o fardo de ter que executar a União pelo pagamento da indenização disposta da sentença internacional da Corte Interamericana. Possibilidade prevista no artigo 68.2 da Convenção Americana que disciplina que *“a parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado”*<sup>38</sup>.

Todavia, tal normativa não era necessária. A União poderia ter cumprido a determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos por outros meios que resultassem no pagamento à indenização devida, sem precisar, todavia, dispor de tal reconhecimento em norma jurídica expressa. A título de exemplo, ao publicar a parte dispositiva da sentença da Corte, o Estado brasileiro a fez por meio de despacho do Secretário Especial de Direitos Humanos da Presidência da República.

A edição do Decreto, todavia, constitui precedente sem igual, uma vez que se pacifica a questão quanto a natureza das sentenças internacionais oriundas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, isentando-as das formalidades da homologação de sentença estrangeira. Contudo, institui uma dúvida sobre a natureza do título executivo que se configura tal reconhecimento de dívida.

Para Ramos (2001, p. 503), parece não haver dúvida de que, o inadimplemento do Estado seria atacado pela execução de título judicial, uma vez que, por meio do Decreto 4.407/2002, em que o Brasil reconheceu e incorporou a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos ao ordenamento interno, as sentenças desta Corte, verdadeiras sentenças jurisdicionais, se não cumpridas voluntariamente, ensejariam o direito dos credores de proceder à execução de título judicial, nos termos da legislação brasileira, por força do artigo 68.2 da Convenção Americana, já destacado.

O artigo 585, VIII, do Código de Processo Civil não teria o condão de afastar esta convicção, uma vez que este novo inciso acrescido pela Lei 11.382, de 2006, foi claro ao dispor que: *“são títulos executivos extrajudiciais todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva”*, o que não ocorre no texto do Decreto 1.685/2007”.

No que tange ao cumprimento das demais obrigações, a Corte Interamericana espera que o Brasil as cumpra voluntariamente, fomentando programas em prol da defesa das pessoas com distúrbios mentais e capacitando os profissionais da área da saúde, no sentido de inibir a discriminação e os maus-tratos. A parte mais difícil da sentença internacional a ser implementada pelo Brasil, todavia, refere-se a punição dos responsáveis diretos pela tortura e morte de Damião Ximenes Lopes.

---

<sup>38</sup> Disponível em: <[http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm)>.

Cumpra indagar como a União pode garantir que os processos instaurados no âmbito da competência de um Estado-membro, para a investigação dos fatos ocorridos e a imposição de sanções civis e criminais aos responsáveis sejam concluídos com o esclarecimento da verdade e o fim da impunidade. A solução parece repousar no incidente de deslocamento de competência introduzido pela Emenda Constitucional n.45/2004, portanto o julgamento nacional do Caso Ximenes Lopes deveria ser competência da Justiça Federal, a exemplo do ocorrido no precedente caso Dorothy Stang, chamado “federalização dos crimes contra direitos humanos” .

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo objetivou refletir sobre o efetivo cumprimento da primeira sentença condenatória do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como visto, o sistema interamericano tenta cumprir sua função de fomentar a promoção e eficácia dos direitos humanos nos Estados das Américas, constituído-se como instância jurídica internacional de defesa das vítimas.

Destacou-se a relevância de seu principal instrumento normativo: A Convenção Americana de Direitos Humanos, que reconhece várias garantias individuais e processuais. A Convenção, todavia, não se efetiva sem a atuação da Comissão e da Corte Interamericanas de Direitos Humanos. Enfocando os deveres do Estado e os direitos ali protegidos, examinou-se o impacto das obrigações materiais, ressaltando-se seus efeitos *erga omnes* e sua natureza cogente, sugerindo-se uma adequação do ordenamento jurídico interno em vários aspectos.

Com efeito, é o trabalho realizado pela Comissão, com as investigações, visitas *in loco*, tentativas de conciliação e divulgação constante das denúncias de violações aos direitos e garantias previstos na Convenção, que confere dinamicidade ao sistema, complementado pela Corte, cuja função é processar e julgar as violações de direitos humanos no continente.

Contudo, este trabalho seria infrutífero sem a atuação dos próprios Estados que, seja por razões humanitárias, seja pelo receio de sanções de outros Estados-parte da OEA, cumprem *voluntariamente* as decisões da Comissão e da Corte.

Em sua primeira condenação internacional, em termos de responsabilidade internacional, o Brasil reconheceu a decisão da Corte, implementando-a no tempo apazado. No âmbito interno, foi além, com a edição do Decreto 1.685/2007, que pacificou o entendimento sobre a natureza das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Também criou precedente para o reconhecimento das obrigações advindas das sentenças internacionais. Embora o cumprimento da sentença não tenha se esgotado posto que ainda não houve uma sentença definitiva no âmbito interno, portanto falta a execução o ponto n.6 da sentença interamericana.

Os impactos das medidas proferidas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos se consolidarão à medida em que o compromisso

nacional com suas decisões se estabeleça no âmbito interno, fortalecendo a jurisdição interamericana com a intensificação das denúncias, o monitoramento dos preceitos convencionais e a difusão do conhecimento do acesso à jurisdição internacional.

## 9. REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren.1994. **Os Direitos Humanos como Tema Global**. São Paulo: Perspectiva.

BARBOZA, Julio. 2001. **Derecho Internacional Público**. Buenos Aires: Zavalia.

BOBBIO, Norberto. 1992. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes Vs Brasil*. Sentencia de 4 de Julio de 2005, Serie C n. 149, voto em separado do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, parágrafos 30 a 32. Disponível em: <[www.corteidh.or.cr/docs/casos/vsc\\_cancado\\_149\\_por.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/vsc_cancado_149_por.doc)>. Acesso em: 22 de abril de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Parecer Consultivo n. 3 OC-3-83, de 8 de setembro de 1983. Restrições à pena de morte (arts. 4.2 e 4.4 da Convenção Americana de Direitos Humanos)**. San José, Costa Rica, 1983,Série A.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Parecer Consultivo del 24 de septiembre de 1982**. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1982, Serie A, n. 2, § 29.

CORREIA, Theresa Rachel Couto.2008. **Corte Interamericana de Direitos Humanos: repercussão jurídica das opiniões consultivas**. Curitiba: Juruá.

DOSWALD-BECK, Louise. KOLB, Robert. 2004. **Judicial Process and Human Rights. United Nations, European, American and African Systems. Texts and summaries of international case-law**. Kehl; Strasbourg; Arlington, Va. N.P.: Engel Publisher.

FIORATI, Jete Jane.1994. A evolução jurisprudencial dos sistemas regionais internacionais e proteção aos direitos humanos. **Revista dos Tribunais**, n. 722. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FUX, Luis. 2006. Homologação de sentença estrangeira. In: TIBURCIO, Carmem; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **O Direito internacional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 643-649.

GALINDO, G. R. Bandeira. 2002. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey.

GARCIA, José Antonio Tomé. 1987. **Protección Procesal de los Derechos Humanos ante los Tribunales Ordinarios**. Madri: Montecorvo.

HENKIN, Louis. 1990. **The Age of Rights**. New York: Columbia University Press.

HERNÁNDEZ GOMES, Isabel. 2002. **Sistemas Internacionales de Derechos Humanos**. Madri: Editorial Dykinson.

KAWABATA, J. Alejandro. 1997. Reparación de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: CAMPOS, Gérman G. Bidart *et al.* **La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos por los Tribunales Locales**. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. 1984. **Proteção dos Direitos Humanos na Ordem Interna e Internacional**. Rio de Janeiro: Forense.

LIVINGSTONE, Stephen. 1998. **The Inter-American System of Human Rights**. Oxford: Clarendon.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. 2005. **Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. 2008. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil: O cumprimento integral da sentença. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Fortaleza, v.8, n.8, p.207-223.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. 2002. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Renovar.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. 2005. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva.

PIOVESAN, Flávia. 2005. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Reforma do Judiciário: analisada e comentada**. São Paulo: Método.

PIOVESAN, Flávia. 1996. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. São Paulo: Max Limonad.

RAMOS, André de Carvalho. 2001. **Direitos Humanos em Juízo**. São Paulo: Max Limonad.

SANCHES RODRÍGUEZ, Luiz Inácio. 1997. Los sistemas de protección americana y europeo de los derechos humanos: el problema de la ejecución interna de las sentencias de las respectivas Cortes de Justicia. In: RESCIA, Víctor Manuel Rodríguez. **La Ejecución de Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. San José, Costa Rica: IJSA.

SANT'ANA, Janice Cláudia Freire. 2001. **O Brasil e a Execução de Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Florianópolis: Dissertação (Mestrado em Direito) pela Universidade Federal de Santa Catarina.

SEPÚLVEDA, César. 1985. **The Inter-American Commission on Human Rights of Organization of American States**. *German Yearbook of International Law* 28.

THEODORO JUNIOR, Humberto. 1990. *Curso de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. 2.

TRAVIESO, Juan Antonio. 1996. **Derechos Humanos y Derecho Internacional**. Buenos Aires: Editorial Heliasta.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. 2003. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Safe, v. III.





# DO ESTADO SOCIAL AO ESTADO REGULADOR

---

*Thiago Dellazari Melo<sup>1</sup>*

## **RESUMO**

O modelo de Estado evolui juntamente com a sociedade. As relações sociais tornam-se cada vez mais complexas e o Estado precisa adaptar-se à estas novas conjunturas. A redefinição do papel do Estado passa, necessariamente, pela formação do Estado Regulador, o modelo de Estado Social demonstra-se insustentável e cede espaço à participação da iniciativa privada no desenvolvimento de atividades econômicas até então exploradas pelo Estado. Por outro lado, a sociedade não pode ficar desamparada à mercê de interesses empresariais, o papel do Estado Regulador ganha relevância e mostra-se como alternativa viável para a moderna conjuntura social.

## **Palavras-chave**

Estado Social. Estado Regulador. Regulação

## **ABSTRACT**

The model of State develops together with the society. The social relationships become more and more complex and the State needs to adapt to these new conjunctures. The redefinition of the paper of the State passes, necessarily, for Estado Regulator's formation, the model of Social State is demonstrated unsustainable and it gives up space to the participation of the initiative deprived in the development of economical activities until then explored by the State. On the other hand, the society cannot be abandoned at the mercy of business interests, Estado Regulator's paper wins relevance and it is shown as viable alternative for the modern social conjuncture.

## **Key-words**

Welfare State. Regulatory State. Regulation.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Professor Substituto do Departamento de Direito Público Especializado da Faculdade de Direito de Recife (UFPE).

## INTRODUÇÃO: O ESTADO LIBERAL E A ASCENÇÃO DO ESTADO SOCIAL.

A reação social à exploração capitalista da força de trabalho delineou mudanças estruturais ao liberalismo estatal estruturado após a Revolução Francesa de 1789.

A partir do século XVII, surgem, neste modelo estatal liberal, os chamados “direitos fundamentais de primeira geração”, os quais, segundo Paulo Bonavides<sup>2</sup>:

São os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente.

O Estado, até então, era visto como opressor da sociedade. O modelo de Estado Liberal, idealizado pela burguesia revolucionária, preconizava a defesa das liberdades individuais dos cidadãos como principal motivo da existência do aparato estatal. A doutrina liberal convergia para a limitação do poder do Estado.

Segundo Marcelo Cattoni<sup>3</sup>, a competência do Estado Liberal era:

(...) garantir a certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo.

Verifica-se clara separação entre as esferas do público e do privado. De um lado, os interesses coletivos, como a cidadania e a democracia, de outro, os interesses eminentemente privados como a propriedade e o mercado.

A ampla liberdade do Homem perante o Estado refletia em um modelo de intervenção estatal mínima na sociedade e também na economia. Toma forma, então, o núcleo embrionário do capitalismo e, como resultado, o início da exploração do “Homem pelo Homem”.

Tal quadro dá ensejo às lutas políticas e sociais entre classes, destacando o confronto entre o Capital e o Trabalho.

Os movimentos sociais, ao longo do século XIX, atacam a omissão do Estado na condução dos interesses coletivos, apoiados em ideologias antiliberais.

A pressão das massas é ampliada de forma significativa na luta pelos direitos coletivos e sociais. A edição do “Manifesto do Partido Comunista”<sup>4</sup> retrata a dicotomia entre proprietários dos meios de produção social e os trabalhadores assalariados.

Este processo revolucionário culminou com a positivação dos chamados “direitos fundamentais de segunda geração”, quando da promulgação da Constituição Mexicana em 05 de fevereiro de 1917 e, posteriormente na Alemanha, com a Constituição de Weimar, em 11 de agosto de 1919.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997. pp. 516-517.

<sup>3</sup> CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 55.

<sup>4</sup> Escrito por K. Marx e F. Engels em dezembro de 1847 - janeiro de 1848. Publicado pela primeira vez em Londres, em fevereiro de 1848.

<sup>5</sup> DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo:



Os direitos da segunda geração dominam o século XX. São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades.<sup>6</sup>

Estes direitos se traduzem em direitos de participação, que requerem uma política ativa dos poderes públicos, destinada a garantir seu exercício, sendo realizados por intermédio de técnicas jurídicas de prestações e dos serviços públicos.<sup>7</sup>

A crise do Estado Liberal faz emergir um novo modelo de Estado, o chamado Estado Social, representando efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado Liberal.<sup>8</sup>

Sob a égide do modelo Social, o Estado experimenta uma ampliação relevante da sua área de atuação, principalmente, ao desenvolver atividades de caráter econômico e sociais que agora lhe são atribuídas.

A intervenção Estatal na sociedade e na economia é acentuada, o objetivo do Estado é garantir o bem-estar social e, para tanto, precisa oferecer bens e serviços à população.

A coação realizada pela pressão das massas faz com que o Estado confira os direitos do trabalho, da previdência, da educação. O Estado ainda dita os salários, intervém na economia, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, controla as profissões, financia as exportações, concede crédito, enfrenta crises econômicas, provê necessidades individuais.<sup>9</sup>

Ao assumir tantas funções, o Estado logo se vê impossibilitado de satisfazer as crescentes demandas sociais. A burocracia Estatal, lenta e pouco dinâmica, não consegue desenvolver com eficiência funções tipicamente privadas, como é o caso de atividades econômicas e prestação de serviços públicos.

Segundo Paulo Bonavides<sup>10</sup>, o Estado Social:

(...) coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual (...)

O Estado Social é responsável por intervir na sociedade com vistas a promover a igualdade social, reduzindo as desigualdades sociais provocadas pelo modelo anterior, o Estado Liberal.

Configura-se um assistencialismo por parte do Estado, a intervenção estatal se dá em praticamente toda a sociedade, porém, este modelo é também

---

Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 32.

<sup>6</sup> BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 06.

<sup>7</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Las generaciones de derechos humanos**. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. n.º 10. Septiembre-Diciembre. 1991. p. 205.

<sup>8</sup> BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 184.

<sup>9</sup> BONAVIDES, Paulo. **Op. Cit.** p. 186.

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. **Op. Cit.** p. 186.

dispendioso e burocrático. O Estado enfrenta críticas cerradas pela sua ineficiência, desperdício de recursos, morosidade, burocracia e corrupção.<sup>11</sup>

## II. A CRISE DO ESTADO SOCIAL E A FORMAÇÃO DO ESTADO REGULADOR

A conquista do Estado Social mostrou-se difícil, porém a conservação deste modelo parece ser impossível.<sup>12</sup>

Para o Prof. Alexandre Santos de Aragão<sup>13</sup>:

A partir do Segundo Pós-Guerra, o Estado, diante de uma sociedade crescentemente complexa e dinâmica, verificou a impotência dos seus instrumentos tradicionais de atuação, o que impôs a adoção de mecanismos administrativos mais ágeis e tecnicamente especializados.

As alterações sociais ocorridas geraram novas e crescentes necessidades dos cidadãos, desafios para o Estado diante de um modelo complexo de sociedade. O aparato estatal necessitou ser reformulado para enfrentar este dinamismo social.

Era necessário reorganizar a função estratégica do Estado, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público. Tem-se o fenômeno da “desestatização”<sup>14</sup>, processo no qual há uma crescente diminuição das estruturas públicas de intervenção do Estado.

É importante destacar que a realidade social não é somente influenciada pela economia, mas sem dúvida, ela afeta a estrutura e a normatização estatal<sup>15</sup>. Ou nas palavras de Hermann Heller<sup>16</sup>, a economia, “em uma sociedade capitalista, certamente é decisiva, e sem o seu conhecimento não é possível levar a cabo uma frutífera investigação sobre o Estado”. Assim, o Estado encontra-se intrinsecamente ligado à economia, tal situação reflete-se, inclusive, no Direito, o qual estabelece regras de intervenção do Estado na seara econômica.

O Professor Alexandre Aragão<sup>17</sup> esclarece o relacionamento mútuo entre Direito e Economia:

A relação entre o Estado e a economia é dialética, dinâmica e mutável, sempre variando segundo as contingências políticas, ideológicas e econômicas. Inegável, assim, uma relação de mútua ingerência e limitação: o Direito tem possibilidades, ainda que não infinitas, de limitar e de direcionar as atividades econômicas; e estas influenciam as normas jurídicas não apenas na sua edição,

<sup>11</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 18.

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. **Op. Cit.** p. 187.

<sup>13</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1.

<sup>14</sup> VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2001. p. 14.

<sup>15</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Op. Cit.** Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 20.

<sup>16</sup> HELLER, Hermann. **Teoria Del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998. p. 143.

<sup>17</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Op. Cit.** Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 21.

como na sua aplicação, moldando-as, também limitadamente, às necessidades do sistema econômico.

No Brasil, a partir de década de 90, com a intensificação dos processos de privatizações, a intervenção do Estado no domínio econômico começou a ser modificada.

Reconheceu-se a ineficiência do Estado na prestação de serviços públicos e no desenvolvimento de atividades econômicas, associadas às dinâmicas relações capitalistas.

As reflexões de Laubadère<sup>18</sup> auxiliam na compreensão:

As transformações das estruturas econômicas são hoje em dia tão rápidas que obrigam a freqüentes revisões das regras administrativas. Por outro lado, as flutuações conjunturais reclamam adaptações constantes das medidas econômicas decididas pela Administração.

Tal situação ensejou a transposição da prestação de serviços públicos e atividades econômicas do Estado para a iniciativa privada. Com isso, a atuação estatal ativa, através da exploração direta de serviços públicos pelo próprio Estado, começa a ser substituída por uma atuação estatal fiscalizatória e normativa sobre a iniciativa privada que explora a prestação dos serviços públicos concedidos pelo Estado.

É delineado um novo modelo de Estado, em substituição ao Estado Social<sup>19</sup>, ao invés de prestar diretamente serviços públicos e executar atividades econômicas, o Estado assume as funções de planejamento, regulação e fiscalização, sendo chamado agora de “Estado Regulador”.

De fato, a transferência aos setores privados da gestão dos serviços públicos que antes prestavam as empresas estatais, gerou a necessidade de regulação destas atividades para proteção dos interesses da comunidade<sup>20</sup>. Ou seja, os direitos sociais positivados não são abandonados, o Estado assume a obrigação de promoção do bem-estar da coletividade, porém agora o faz com auxílio da iniciativa privada.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico pátrio mostrou-se sensível às transformações econômicas e sociais ocorridas a partir de meados do século XX, de forma que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, também impulsionou a formação do Estado Regulador Brasileiro a partir da previsão contida no Art. 174:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fis-

<sup>18</sup> LAUBADÈRE, André de. **Direito Público Econômico**. Tradução Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985. p. 114.

<sup>19</sup> BANI, Elisabetta. **Stato Regolatore e Autorità Indipendenti in Le Trasformatzioni Del Diritto Amministrativo**. Milão: Guiffre, 1995. pp. 20-23.

<sup>20</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. **Los Nuevos Entes Regulatórios in El Derecho Público Actual**. Buenos Aires: De Palma, 1994. p. 151.

calização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o Setor Público e indicativo para o Setor Privado.

Verifica-se a redefinição do papel do Estado na economia e de suas relações com a sociedade. O Estado retira-se da condição de executor e prestador de serviços e adota uma posição de Regulador, haja vista que o próprio Estado não poderia simplesmente permanecer alheio à exploração privada de atividades econômicas relevantes, em especial, por se tratar da prestação de serviços públicos à sociedade.

É cediço que o interesse público não se traduz em objetivo perseguido pelo Capital, no entanto, é a razão da existência do Estado e, para tanto, o modelo regulatório passa a significar uma alternativa de equilíbrio entre os interesses eminente privados e os indisponíveis interesses públicos.

Destaca-se a contribuição do Professor Alexandre Santos de Aragão<sup>21</sup>:

(...) a regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.

O Estado Regulador também ganha força como alternativa de concretização do princípio constitucional da eficiência, objetivando garantir à sociedade a universalização de serviços públicos de qualidade, além do bom funcionamento do mercado e segurança jurídica para os entes regulados.

Com o objetivo de exercer a função regulatória do Estado são criadas as Agências Reguladoras, autarquias instituídas por lei sob regimes especiais, cujo objetivo é normatizar, regular, fiscalizar e executar políticas públicas de incentivo e planejamento dos setores mais relevantes da economia nacional.

As Agências Reguladoras se tornam o novo instrumento de atuação do Estado no domínio econômico. Nesse cenário, é importante destacar que as Agências Reguladoras atuam em setores complexos, organizados e poderosos da economia nacional.

Conforme mencionado anteriormente, as bases do Estado Social não são abandonadas, o Estado Regulador passa a atuar na regulação de monopólios, quando a competição é restrita ou inviável, evitando que a economia popular seja lesada, através do controle de preços e da qualidade dos serviços ou produtos. Atua, ainda, assegurando a livre concorrência no setor privado, direcionando as atividades de acordo com o interesse público. E, no que tange à prestação de serviços públicos, a atuação do Estado Regulador visa garantir a universalização, qualidade e preço justo dos serviços prestados<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. Cit.* Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 37.

<sup>22</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Op. Cit.* Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 25.

Não é demais lembrar que a instituição de Agências Reguladoras é uma realidade contemporânea em diversos Estados, conforme conclusão do Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>23</sup>:

*A regulação, com suas funções e órgãos peculiares, é uma realidade juspolítica irreversível em todo o mundo, embora ainda persista certa perplexidade nos países que seguem a tradição jurídica da Europa continental, como é o caso do Brasil.*

Portanto, a afirmação e a expansão do Estado Regulador tornaram este modelo o instrumento preferencial dos Estados Democráticos de Direito para atuação e intervenção no domínio econômico, sendo o modelo Estado Regulador também é uma realidade no sistema jurídico brasileiro.

Nas palavras de Marçal Justen<sup>24</sup>:

*(...) o sucesso do modelo de agências depende dessa estruturação democrática, em que haja permanente acompanhamento da sua atuação por parte da sociedade civil. Afinal, a comunidade arcará com os efeitos das escolhas das agências, sejam eles positivos ou negativos.*

A decadência do Estado executor de serviços públicos desencadeou a ascensão de um novo modelo de Estado. A reformulação da intervenção do Estado, no domínio econômico, culminou com a formação do Estado Regulador, sendo fundamental que o meio acadêmico esteja atento aos acontecimentos sociais e jurídicos desta reestruturação estatal.

A dinâmica econômica e social acabou por pressionar o Estado a adaptar-se à nova realidade. O Professor Alexandre Santos de Aragão<sup>25</sup> bem resume a evolução do direito administrativo brasileiro:

*O que se verifica é a transformação dos modelos de administração pública, que passam a se situar no desenho organizativo e na gestão de recursos em função da natureza das tarefas, levando à fragmentação harmônica do aparato administrativo, à necessidade de novos instrumentos de integração e coordenação, e ao reconhecimento de novos graus do exercício autônomo da discricionariedade, com a emergência de mecanismos de controle mais finalísticos que hierárquicos.*

### III. CONCLUSÕES: A CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO REGULADOR

Observa-se que a doutrina especializada começa a interessar-se pela análise do modelo regulatório brasileiro, em especial, demonstrando a preocupação com o futuro das Agências Reguladoras e a efetiva solidificação da regulação estatal.

<sup>23</sup> NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Op. Cit.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 208.

<sup>24</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes.** São Paulo: Dialética, 2002. p. 378 e 586.

<sup>25</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Op. Cit.** Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 208.

Os interesses antagônicos de concessionários e usuários, bem como os interesses políticos do Estado, precisam ser harmonizados. Esse é um dos grandes desafios das Agências Reguladoras.

O Estado Regulador precisa ter como objetivo permanente a repressão ao abuso do poder econômico. O Estado deve manejar o poder econômico em prol da coletividade, ou seja, no desenvolvimento econômico e social do país.

Acerca da regulação econômica como forma de desenvolvimento social, leciona Diógenes Gasparini<sup>26</sup>:

A regra, em relação à riqueza, é sua função social. Sendo assim, não há lugar na moderna economia para o poder econômico ser empregado de modo anti-social. O poder econômico não pode voltar-se contra a coletividade. Sua manipulação há de ser em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social.

Nesse contexto econômico e social, a atuação das Agências Reguladoras reveste-se de suma importância no sentido de fiscalizar os mercados regulados e perseguir a satisfação dos usuários para os quais os serviços públicos são dirigidos.

A regulação de serviços públicos, bem como de toda atividade econômica relevante, traduz-se em essencial para a preservação dos interesses sociais fragilizados. O professor Paulo Roberto Ferreira Motta<sup>27</sup> ensina:

Podendo-se sustentar que a moderna atividade econômica é marcada pelo signo da competitividade, também correta é a afirmação de que para os serviços públicos as regras do livre mercado, sem freios, não podem ser aplicadas, o que demonstra, *prima facie*, a total inconveniência e inoportunidade de estes serem prestados no regime jurídico privado.

O Estado Regulador não deve se distanciar da busca da satisfação primeira do interesse público, principalmente pelo fato de as Agências Reguladoras estarem incumbidas de harmonizar o conflito de interesses governamentais, econômicos e sociais, conforme se verifica nas palavras de Maria D´Assunção Costa Menezello<sup>28</sup>, “Nesse contexto, é preciso ficar atento para que seja espelhada na regulação a preponderância do interesse público, sem haver quaisquer privilégios ou exclusividade de qualquer setor econômico”.

Vale ressaltar que a transferência da exploração de serviços públicos do Estado para entes privados foi instituída sobre os pilares do interesse público, conforme se pode concluir do entendimento do administrativista Diógenes Gasparini<sup>29</sup>:

O interesse público está consubstanciado na transferência da execução e exploração do serviço público a terceiro, livrando-se

<sup>26</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 621.

<sup>27</sup> MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri: Manole, 2003. p. 32.

<sup>28</sup> MENEZELLO, Maria D´Assunção Costa. **Agências reguladoras e o direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 158.

<sup>29</sup> GASPARINI, Diógenes. **Op. Cit.** São Paulo: Saraiva, 2002. p. 297.

a Administração Pública dos custos decorrentes de sua execução, mantendo, no entanto, a titularidade do serviço público transferido e o controle da prestação aos usuários.

Dadas as circunstâncias que permeiam a efetivação do modelo regulatório brasileiro, é inevitável o surgimento de conflitos entre os diversos interesses contrapostos, quais sejam: os interesses privados dos entes regulados, os interesses sociais dos consumidores e os interesses políticos do Estado.

E é nessa seara de conflitos que o papel das Agências Reguladoras torna-se crucial em face da necessidade de harmonizar e solucionar conflitos entre as partes envolvidas. Espera-se, também, que as reflexões aqui suscitadas possam contribuir para a discussão e a elaboração de propostas mais específicas para a organização do novo modelo de Estado Regulador Brasileiro.

#### IV. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Repensando o “Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular” in O direito público em tempos de crise – Estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BANI, Elisabetta. **Stato Regolatore e Autorità Indipendenti in Le Trasformazioni Del Diritto Amministrativo**. Milão: Guiffirè, 1995.

BENJÓ, Isaac. **Fundamentos de economia da regulação**. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. **Regulação de serviços públicos na perspectiva da construção econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Los Nuevos Entes Regulatórios in El Derecho Público Actual**. Buenos Aires: De Palma, 1994.

CATTANEO, Salvatore. **“Agencies” e “Regulation” nel Regno Unido in Le Autorità Indipendenti – De fattori evolutivi ad elementi della transizione nel diritto pubblico italiano**. Milão: Giuffirè, 1999.

CATTONI, Marcelo. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

- CHIRILLO, Eduardo J. Rodriguez. **Privatización de La Empresa Publica y Post Privatización**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1996.
- DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- HELLER, Hermann. **Teoría Del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- LAUBADÈRE, André de. **Direito Público Econômico**. Tradução Maria Teresa Costa. Coimbra: Almedina, 1985.
- MENEZELLO, Maria D´Assunção Costa. **Agências reguladoras e o direito brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **Agências reguladoras**. Barueri: Manole, 2003.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Direito Regulatório**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Las generaciones de derechos humanos**. Revista del Centro de Estudios Constitucionales. n.º 10. Septiembre-Diciembre. 1991.
- VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. **Desestatização: privatização, concessões, terceirizações e regulação**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2001.



---

## DOUTRINA ESTRANGEIRA

---





# LE PREJUDICE ECOLOGIQUE PUR EN DROIT FRANÇAIS : LES ENSEIGNEMENTS DU NAUFRAGE DU PETROLIER ERIKA

---

*Benoit Steinmetz*<sup>1</sup>

## **RESUME**

Cet article analyse la réparation du préjudice écologique admise par la Cour d'appel de Paris le 30 mars 2010 suite au naufrage du pétrolier Erika au large des côtes bretonnes en décembre 1999. Tant sur un plan pratique que théorique, les questions qui continuent de se poser restent cependant nombreuses. Nous avons observés que la notion et le régime juridique du préjudice écologique pur sont compatibles avec les principes de la responsabilité civile.

## **Mots-Clés**

Droit de l'environnement. Responsabilité environnementale. Responsabilité civile.

## **RESUMO**

Este artigo analisa os danos ambientais causados pelo naufrágio do petroleiro Erika na costa da Bretanha, em dezembro de 1999, analisados pelo Tribunal de Apelação de Paris. Tanto no plano teórico como prático, as discussões continuam ainda numerosas e complexas. Observou-se que o conceito e o regime jurídico do dano ambiental puro são compatíveis com os princípios da responsabilidade civil.

## **Palavras-Chaves**

Direito Ambiental. Responsabilidade ambiental. Responsabilidade civil.

---

<sup>1</sup> Maître de conférences en droit privé - Université de Haute Alsace. Centre Européen de recherche sur le Risque, le Droit des Accidents Collectifs et des Catastrophes (EA3992). Rédacteur en chef de la revue *Riseo – Risques, études et observations*.

## I. INTRODUCTION

La réparation du préjudice écologique admise par la Cour d'appel de Paris le 30 mars 2010 suite au naufrage du pétrolier Erika au large des côtes bretonnes en décembre 1999 fut abondamment commentée par la doctrine juridique<sup>2</sup>. Pour autant, il ne s'agissait pas de la première décision en ce sens, en attestent notamment un jugement du Tribunal de grande instance de Narbonne du 4 octobre 2007<sup>3</sup> qui se fonde sur le préjudice environnemental subi par un Parc régional suite à la pollution d'un cours d'eau par le déversement accidentel d'un insecticide, ou la décision de première instance rendue par le Tribunal correctionnel de Paris dans cette même affaire de l'Erika<sup>4</sup>. Plus largement, la question avait déjà fait l'objet de nombreuses études<sup>5</sup>, mais du fait de l'importance de la pollution, du montant des sommes en jeu et de la place importante occupée par la Cour d'appel de Paris au sein de notre système juridictionnel, la décision de 2010 a eu un fort écho médiatique.

Le préjudice écologique pur peut être invoqué par l'Etat, mais aussi par toutes les collectivités locales touchées, ainsi que par les associations de protection de l'environnement agréées. En l'espèce, les dommages et intérêts versés au titre du préjudice écologique ont par exemple été de 300.000 euros pour la Ligue de protection des oiseaux. Vis-à-vis des communes, les sommes accordées vont de 100.000 à 350.000 euros. Pour les autres collectivités locales, la Cour accorde une réparation de 1.000.000 d'euros respectivement au département de Vendée, du Finistère et du Morbihan, 3.000.000 d'euros pour la région Pays de Loire et la région Bretagne et 1.000.000 d'euros pour la région Poitou Charente.

Tant sur un plan pratique que théorique, les questions qui continuent de se poser restent cependant nombreuses.

<sup>2</sup> CA Paris, 30 mars 2010, RG n°08/02278, affaire de l'Erika ; pour une première analyse de la décision, E. Desfougère : *L'arrêt d'appel du 30 mars 2010 relatif au naufrage de l'Erika : Total pénalement coupable mais civilement irresponsable*, V. Erné-Heintz : *La justice réaffirme l'existence du préjudice écologique*, B. Steinmetz : *Le préjudice écologique pur, seul vainqueur dans la catastrophe*, in Journal des Accidents et des Catastrophes n°103, <http://www.jac.cerdacc.uha.fr/jac/> ; S. Mabile, *Premières considérations sur le préjudice écologique : la décision d'appel dans l'affaire de l'Erika*, Dr. Env. n°178.

<sup>3</sup> TGI Narbonne, 4 octobre 2007, RG n°935/07, sous B. Steinmetz : *Intérêt à agir et préjudice environnemental. Réflexions à propos de la décision du TGI de Narbonne du 4 octobre 2007*, in Journal des Accidents et des Catastrophes n°79, <http://www.jac.cerdacc.uha.fr/jac/> et sous M. Boutonnet, *La reconnaissance du préjudice environnemental*, Env. 2008, étude 2.

<sup>4</sup> T. corr. Paris, 16 janvier 2008, RG n°9934895010, affaire de l'Erika ; voir : *Retour sur l'Erika : premières analyses*, avec les commentaires de R. Romi, G. Bouchon, F. Nési, J. Girard, B. Steinmetz, in Dr. Env. 2008, n°156, p. 15 à 25.

<sup>5</sup> L. Neyret, *La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire*, D. 2008, chron. 17, p. 170 ; M. Boutonnet, *La reconnaissance du préjudice environnemental*, précité ; L. Neyret, *Naufrage de l'Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement*, D. 2008, chron. p. 2682 ; B. Steinmetz, *Préjudice écologique et réparation des atteintes à l'environnement - Plaidoyer pour une catégorie nouvelle de préjudice*, Rev. Eur. Dr. Env. 4/2008, p. 407 ; Ch. Cans (Dir.), *La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation*, préf. G. Viney, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2009 ; L. Neyret, *Proposition de nomenclature des préjudices réparables en cas d'atteinte à l'environnement*, Env. 2009, dossier 5 ; L. Rebeyrol, *L'affirmation d'un droit à l'environnement et la réparation des dommages environnementaux*, préf. G. Viney, Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, 2010.

Tout d'abord par rapport au vocable utilisé, la doctrine et les juridictions judiciaires emploient indifféremment les termes de « préjudice environnemental », de « préjudice écologique », de « préjudice écologique pur » ou « d'atteinte à l'environnement » et l'unanimité n'est pas de mise.

Ensuite, la loi du 1er août 2008<sup>6</sup> sur la responsabilité environnementale, non applicable aux faits jugés par la Cour d'appel de Paris, conduit à s'interroger sur la permanence de la réparation du préjudice écologique pur, du moins telle qu'elle a été pensée par le juge judiciaire<sup>7</sup>. Par ailleurs, l'effectivité du paiement de la réparation ne va pas sans poser des difficultés dans le cadre précis d'une pollution par hydrocarbure, la Cour d'appel de Paris ayant relevé l'absence de responsabilité civile de la société Total en tant qu'affréteur, principal acteur solvable du litige, du fait de la mise en œuvre des conventions internationales, à savoir notamment l'article 1114 de la Convention Internationale de 1992 sur la Responsabilité Civile pour les Dommages dus à la Pollution par les Hydrocarbures.

Enfin, suscite l'interrogation la question de l'intégration du préjudice écologique pur au sein de la responsabilité civile, laquelle limite traditionnellement la réparation aux préjudices matériel, économique ou moral subis directement par la victime. C'est cette question qui fera l'objet de nos développements, d'abord sous l'angle de l'intégration de la notion puis sous celui de la réparation proprement dite.

## I) L'INTEGRATION DE LA NOTION DE PREJUDICE ECOLOGIQUE PUR DANS LE CADRE DE LA RESPONSABILITE CIVILE

Intégrer la notion de préjudice écologique pur dans la responsabilité civile ne pose pas de difficulté insurmontable si l'on accepte de sortir du postulat que seuls sont pris en compte les préjudices matériel, économique ou moral. La coexistence avec les préjudices traditionnellement admis est non seulement possible, mais elle est en outre indispensable au vu de l'originalité et des spécificités du préjudice écologique pur.

### a. Une coexistence possible avec le préjudice matériel, économique et moral

Le préjudice écologique pur renvoie au « prix de l'atteinte à l'environnement »<sup>8</sup> et se différencie du préjudice économique subi par ceux qui en exploitent les ressources (par exemple les pêcheurs, les agriculteurs, les forestiers...). Il répare le dommage causé à l'environnement lui-même, sans que

<sup>6</sup> Loi n°2008-757 du 1er août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, JO 2 août 2008.

<sup>7</sup> B. Steinmetz, *Erika, le chant du cygne du préjudice écologique pur en matière judiciaire*, Dr. Env. 2010, n°179.

<sup>8</sup> A. Kiss, *Droit international de l'environnement*, Pédone, 1989, p.110 et A. Kiss, *La notion de patrimoine commun de l'humanité*, RCADI, t. 175, 1982, 109.

cela ne concerne les répercussions immédiates et apparentes sur les activités économiques humaines<sup>9</sup> qui font l'objet d'une réparation à part entière.

De même, il se distingue des frais occasionnés par la pollution, au niveau des sommes engagées pour sécuriser ou dépolluer le site, qui se rattachent au préjudice matériel. Les termes employés par la Cour d'appel de Paris<sup>10</sup> sont sans équivoque : « Sera, par ailleurs, indemnisé, ainsi que l'ont à bon droit retenu les premiers juges, le préjudice écologique résultant d'une atteinte aux actifs environnementaux non marchands, réparable par équivalent monétaire. Ce préjudice objectif, autonome, s'entend de toute atteinte non négligeable à l'environnement naturel, à savoir, notamment, à l'air, l'atmosphère, l'eau, les sols, les terres, les paysages, les sites naturels, la biodiversité et l'interaction entre ces éléments, qui est sans répercussions sur un intérêt humain particulier mais affecte un intérêt collectif légitime » avant d'ajouter qu'« il découle de cette interdépendance que toute atteinte non négligeable au milieu naturel constitue une agression pour la collectivité des hommes qui vivent en interaction avec lui et que cette agression doit trouver sa réparation ».

Enfin, le préjudice écologique se distingue du préjudice moral, constitué soit par une atteinte directe à l'image et à la réputation d'une collectivité locale soit par l'atteinte directe à un intérêt collectif défendu par une association. En effet le préjudice écologique pur est universel, touche les générations actuelles et futures et nul ne peut se prévaloir d'un droit exclusif sur le patrimoine naturel. Ainsi qu'en dispose l'article L. 110-1 du Code de l'environnement, « les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent » font partie du patrimoine commun de la Nation.

Ne pas souligner ces spécificités revient à dénier au préjudice écologique pur son existence même. En effet, considérer que le préjudice écologique renvoie à une remise en état du site, en nature ou même par équivalent monétaire, conduit à l'assimiler au préjudice matériel. En outre, cette remise en état peut résulter du temps seul ou être impossible et les carences de la seule réparation du préjudice matériel sont alors manifestes. La notion de préjudice écologique déborde du cadre classique de la responsabilité civile et correspond assez justement à la définition du préjudice environnemental donnée par la directive européenne 2004/35/CE<sup>11</sup> sur la responsabilité environnementale : « un dommage direct ou indirect causé au milieu aquatique, aux espèces et habitats naturels protégés ou les dommages suite à la contamination des sols entraînant un risque important pour la santé humaine ».

La Cour d'appel de Paris conforte l'existence d'une notion distincte à la fois du préjudice matériel, économique ou moral. L'étude des spécificités

<sup>9</sup> Ch. Larroumet, *La responsabilité civile en matière d'environnement*, D. 1994, chr. p.101.

<sup>10</sup> CA Paris, 30 mars 2010, préc.

<sup>11</sup> Directive n°2004/35/CE du 21 avril 2004, JO L 143 du 30 avril 2004, p. 56-75.

du préjudice écologique pur est alors essentielle à la compréhension de cette notion. Elles sont certaines, sans pour autant constituer un empêchement à l'intégration de la notion dans le giron de la responsabilité civile.

#### b. Des spécificités compatibles avec les exigences de la responsabilité civile

Une première difficulté réside dans le fait que le patrimoine naturel n'a pas de personnalité juridique et ne fait pas l'objet d'une appropriation exclusive permettant de déterminer la personne pouvant obtenir une réparation. Il s'agit de réparer l'incidence de la pollution sur la biodiversité, les équilibres de la faune et de la flore et les services rendus par la nature. Se pose alors la question de déterminer qui peut demander en justice réparation de ce préjudice subi par le patrimoine naturel et sur lequel finalement tout le monde pourrait revendiquer un droit.

Le dommage consiste, pour reprendre les termes déjà utilisés par la doctrine, en une atteinte à un « patrimoine commun de l'humanité » ; il s'agit d'un « préjudice civilisationnel »<sup>12</sup>. Le terme de « préjudice collectif » est donc particulièrement adéquat. Cela n'exclut pas le caractère personnel du préjudice. Le préjudice reste personnel, mais il n'est en revanche pas exclusif à celui ou à ceux qui agissent en justice.

La détermination de ceux pouvant obtenir réparation se fera par un biais spécifique, à savoir le filtre des conditions de l'action en justice contenues notamment dans la loi Barnier du 2 février 1995<sup>13</sup> qui précise les conditions pour qu'une association de protection de l'environnement soit agréée par l'autorité administrative et puisse agir devant les juridictions administratives, civiles ou pénales en cas d'atteinte environnementale. Par ailleurs, les régions et plus largement toutes les collectivités locales bénéficient depuis la loi du 1er août 2008 de la faculté d'exercer les droits reconnus à la partie civile pour les faits portant un préjudice direct ou indirect au territoire sur lequel ils exercent leurs compétences et constituant une infraction aux dispositions relatives à la protection de la nature et de l'environnement (article L. 142-4 du Code de l'environnement).

Une seconde difficulté découle de la nature du préjudice écologique pur et réside dans l'exigence traditionnelle d'un préjudice direct.

En se fondant sur l'article L. 142-2 du Code de l'environnement qui se réfère aux faits portant un préjudice direct ou « indirect » aux intérêts collectifs que les associations ont pour objet de défendre, le Tribunal correctionnel de Paris dans sa décision du 16 janvier 2008<sup>14</sup> ne qualifie pas la pollution par hydrocarbure des plages bretonnes et se contente d'indiquer qu'il est possible de demander

<sup>12</sup> R. Lafargue, *Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement*, [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

<sup>13</sup> Loi n°95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, JO du 3 février 1995, page 1840-1856, abrogée et codifiée par l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000, JO du 21 septembre 2000.

<sup>14</sup> T. corr. Paris, 16 janvier 2008, préc.

réparation de l'atteinte portée à l'environnement qui lèse de manière directe ou indirecte les intérêts collectifs défendus.

Qualifier de direct le préjudice écologique pur ou exiger cette condition -ce qu'au demeurant le Tribunal correctionnel de Paris ne fait pas- peut être critiqué pour plusieurs raisons. Cela conduirait en réalité à une confusion du préjudice écologique pur avec le préjudice moral. Si le préjudice moral concerne avant tout une atteinte directe aux intérêts défendus par une association (par exemple, la volonté d'encourager et de contribuer à la protection de la nature ou de combattre les discriminations...), le préjudice écologique renvoie à l'inverse à une atteinte subie directement par le patrimoine naturel. L'association agit en tant que représentant, en tant que porte-parole d'un patrimoine dénué de personnalité juridique et se voit allouer des dommages et intérêts en réparation de l'atteinte à l'environnement. Admettre l'existence du préjudice écologique et son caractère indirect<sup>15</sup> est donc en adéquation avec les définitions même de cette notion, ainsi que nous l'avions déjà relevé<sup>16</sup>.

Dans le procès du naufrage de l'Erika, la Cour d'appel de Paris va plus loin que le Tribunal correctionnel de Paris en soulignant notamment à propos de l'indemnisation de la commune de Batz sur Mer ou de la région des Pays de la Loire que la pollution constitue un préjudice « indirect »<sup>17</sup>. La Cour le justifie en rattachant ce dernier à l'atteinte causée au bien être des habitants, précision qui nous apparaît ici superfétatoire, car cette spécificité ressort de la nature même du préjudice écologique pur et de la finalité des dommages et intérêts qui en résultent.

En conclusion, d'une part, la notion de préjudice écologique est reconnue à part entière par la Cour d'appel de Paris et, d'autre part, il est affirmé que la réparation se fait par un équivalent monétaire, sans pour autant coïncider avec la réparation du dommage matériel, économique ou moral. En ce sens, la décision d'appel apporte donc un éclaircissement attendu et conforte à la fois le caractère indirect du préjudice écologique pur et la forme prise par la réparation.

## II. L'INTEGRATION DE LA REPARATION DU PREJUDICE ECOLOGIQUE PUR DANS LE CADRE DE LA RESPONSABILITE CIVILE

<sup>15</sup> Voir également : L. Neyret, *La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire*, préc., sur les notions de « préjudice collectif » et de « préjudice objectif ».

<sup>16</sup> B. Steinmetz, *Préjudice écologique et réparation des atteintes à l'environnement - Plaidoyer pour une catégorie nouvelle de préjudice*, préc.

<sup>17</sup> CA Paris, 30 mars 2010, préc, p. 441 : « Comme cela a été indiqué plus haut, les dommages écologiques causés à leur territoire par le délit poursuivi ont eu des conséquences négatives sur la qualité de vie des populations qui y séjournent, préjudice indirect que ces collectivités territoriales sont en droit d'invoquer à l'appui de leur demande d'indemnisation, dès lors qu'elles en ont fait la demande en première instance. » et p. 458 : « S'agissant d'une collectivité territoriale, la région Bretagne est en droit de demander, au même titre qu'une association habilitée pour la protection de l'environnement, à être indemnisée pour son préjudice écologique personnel, même indirect ».



Si l'intégration de la notion de préjudice écologique pur dans le giron de la responsabilité civile est admise, les modalités d'évaluation du préjudice doivent être éclaircies et la nature ambivalente de la sanction précisée. Ces préalables sont indispensables à la généralisation de cette notion devant les juridictions judiciaires, aussi bien civiles que pénales.

#### a. Les modalités d'évaluation de la réparation

Concernant la nature du préjudice, la Cour d'appel centre son analyse sur le dommage subi par le milieu environnemental et sur l'importance de la pollution, dans l'espace et dans le temps. La méthode de calcul proprement dite de la réparation (les dommages et intérêts) est en revanche en grande partie déconnectée du dommage pour se concentrer sur les qualités des parties civiles.

La Cour rappelle tout d'abord la gravité de l'atteinte au milieu naturel en des termes sans équivoques : « le naufrage de l'Erika et le déversement qui s'en est suivi de milliers de tonnes de fuel oil n°2 dans le golfe de Gascogne, puis l'arrivée, le 23 décembre 1999, d'innombrables nappes d'une émulsion de cet hydrocarbure et d'eau de mer sur 400 km de côtes, a, selon l'avis unanime des spécialistes et en raison de la nature extrêmement visqueuse de cette émulsion, d'un fort coefficient de marée et de la violente tempête qui a suivi cette arrivée, causé une catastrophe écologique comme la France n'en avait jamais connue. Les eaux côtières, les plages, les rochers, les dunes, les marais salants, les zones conchylicoles, ostréicoles, l'estran sur une hauteur atteignant parfois dix mètres, ont été souillés par un produit que les analyses ont révélé dangereux pour la santé des être vivants, en raison de sa teneur importante en hydrocarbures poly-aromatiques, nickel et vanadium et qui est considéré par la SA Total elle-même comme susceptible d'être cancérigène. »

Elle souligne notamment qu'« eu égard au nombre d'oiseaux de chaque espèce victimes de la marée noire, mais aussi à la capacité de la nature à se régénérer et, en l'occurrence, de la capacité des espèces d'oiseaux relativement communes à compenser par reproduction leurs pertes accidentelles et, à l'inverse, de la difficulté à rétablir des populations d'oiseaux plus rares ou dont les capacités d'adaptation sont moins grandes, compte tenu encore de la nécessité, pour que les mesures de réparations soient les plus efficaces possibles, de mener des études sur le suivi temporel des oiseaux marins et d'étudier la réintroduction des espèces disparues ou gravement menacées, la cour possède les éléments d'appréciation lui permettant de fixer » le montant des dommages et intérêts prononcés au titre du préjudice écologique pur.

Pour évaluer ensuite monétairement le préjudice écologique, la Cour souligne fort justement qu'elle ne saurait « retenir la qualification de «pseudo scientifiques» appliquée par les prévenus aux méthodes d'évaluation proposées qui ont, chacune à des degrés divers leur pertinence, même si elles ne conduisent qu'à des approches parcellaires du préjudice tel que soumis à l'appréciation de la cour ». La Cour répondait par là aux arguments des parties poursuivies qui

soulignaient que les modes d'évaluation monétaire du préjudice écologique étaient « aussi hasardeux qu'arbitraires » (page 293) et donc ne pouvaient pas faire l'objet d'une réparation monétaire.

Les parties civiles avaient proposé plusieurs méthodes de calcul des dommages et intérêts. Certaines se basent principalement sur le prix de vente des poissons, crustacés et coquillages, mais ainsi que le relève la Cour d'appel, ce calcul n'inclut pas la perte des services rendus par l'écosystème océanique. Nous ajouterons en outre que ce calcul se fonde sur une perte économique liée à des prix du marché et ne répond dès lors pas à la définition du préjudice écologique. D'autres méthodes de calcul, notamment celle du Professeur Costanza de l'Université du Vermont, intègrent les services écosystémiques, mais l'évaluation reste empirique et non susceptible d'une généralisation.

Au final, la méthode de calcul est essentiellement fondée sur les qualités propres des parties civiles. La Cour retient pour les communes la surface d'estran touchée, l'importance de la marée noire sur les lieux, de leur vocation maritime et de leur population. Pour les autres collectivités territoriales, elle se réfère à la gravité de la pollution subie par leurs rivages, à l'orientation plus ou moins maritime de leur activité et au nombre d'habitants. Enfin, pour les associations, la Cour se fonde sur le nombre d'adhérents, la notoriété et la spécificité de leur action.

Cette double prise en compte à la fois du préjudice et des qualités propres aux parties civiles est originale. L'appréciation de la faute reprochée à l'auteur de la pollution ne fait que confirmer la nature ambivalente de la réparation prononcée par les juridictions judiciaires.

#### b. La nature ambivalente de la réparation

Par opposition avec la sanction pénale, les juridictions civiles ont traditionnellement l'obligation de donner aux dommages et intérêts une nature exclusive de réparation sans que ne puisse apparaître une fonction punitive. En découle l'exigence d'une corrélation stricte entre le préjudice subi et le montant des dommages et intérêts, puisqu'il s'agit de réparer un dommage et non de sanctionner à proprement dit l'auteur du dommage.

Cette corrélation n'est pas adaptée en matière de préjudice écologique pur et l'ambivalence des dommages et intérêts accordés sur ce fondement est manifeste<sup>18</sup>. Le préjudice écologique a en effet plusieurs fonctions, en l'occurrence la réparation, la sanction et la prévention<sup>19</sup>. Cette palette de fonctions, qui constitue d'ailleurs un intérêt essentiel de son recours en justice, a des conséquences indéniables sur la détermination des dommages et intérêts mis à la charge de l'auteur d'une pollution.

---

<sup>18</sup> F-G. Trébulle, *Les fonctions de la responsabilité environnementale : réparer, prévenir, punir dans Ch. Cans (dir.), La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation, préf. G. Viney, Dalloz, coll. Thèmes Commentaires, 2009, p. 17* ; B. Steinmetz, *Erika, le chant du cygne du préjudice écologique pur en matière judiciaire, préc.*

<sup>19</sup> F-G. Trébulle, *Les fonctions de la responsabilité environnementale : réparer, prévenir, punir, préc., p. 17.*

Tout en conservant une nature civile et non pénale<sup>20</sup>, les dommages et intérêts ont à la fois une fonction de réparation et de sanction, cette dernière pouvant de fait entraîner une logique de prévention par la crainte qu'elle inspire. A côté des éléments relatifs à la gravité et à l'importance de l'atteinte environnementale, à la perte provisoire ou définitive de services écologiques ou au dommage causé à la biodiversité (fonction de réparation des dommages et intérêts), il est pris en compte la faute de l'auteur de la pollution et plus largement même son comportement antérieur en la matière (fonction de sanction-punition).

L'absence de corrélation stricte entre le montant des dommages et intérêts et le préjudice subi par les seules parties civiles dépasse la question de la coexistence du préjudice écologique pur avec les préjudices matériel, économique ou moral. Cette spécificité est de l'essence même du préjudice écologique pur dont l'objet est de réparer le dommage subi directement par le milieu naturel, indirectement par ceux qui en demandent réparation et plus largement par l'humanité entière.

Tout son intérêt est de permettre une réparation par rapport aux dommages non pris en compte par les catégories traditionnelles de préjudice, par exemple en cas de disparition définitive ou provisoire sur les lieux de la pollution d'une espèce animale ou végétale, de diminution ou de suspension des services écosystémiques ou quand la restauration et la réhabilitation ne résultent pas d'une intervention humaine. En cela, le préjudice écologique pur va à l'encontre des principes classiques de la responsabilité civile, notamment de la fonction exclusivement compensatoire des dommages et intérêts, mais ces principes sont susceptibles d'évoluer, comme en attestait l'avant-projet de réforme du droit des obligations de la commission Catala qui préconisait le recours aux dommages et intérêts punitifs<sup>21</sup>.

## II. CONCLUSION

La notion et le régime juridique du préjudice écologique pur sont compatibles avec les principes de la responsabilité civile. La difficulté réside surtout dans l'idée traditionnelle que l'on a de la nature des dommages et intérêts prononcés par le juge judiciaire. L'originalité de ce préjudice est pourtant manifeste ; plus encore, cette spécificité est la condition même de l'existence d'un préjudice autonome s'ajoutant aux préjudices matériel, économique et moral. La refuser, c'est au final enlever au préjudice écologique son contenu et son intérêt.

---

<sup>20</sup> B. Steinmetz, *Préjudice écologique et réparation des atteintes à l'environnement - Plaidoyer pour une catégorie nouvelle de préjudice*, préc.

<sup>21</sup> *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, sous la dir. de P. Catala, La Documentation française, 2006, p. 173 et s. ; voir aussi : C. Lacroix, *La réparation des dommages en cas de catastrophes*, préf. M.F. Steinlé-Feuerbach, avant-propos D. Houtcieff, LGDJ 2008, tome 490, n°506 et s.

### III. BIBLIOGRAPHIE

BOUTONNET, M. **La reconnaissance du préjudice environnemental.** Env. 2008, étude 2.

CANS, Ch. **La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation.** Ouv. Coll. préf. G. Viney, Dalloz, coll. Thèmes et Commentaires, 2009.

CATALA, P. **Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription.** Paris : La Documentation française, 2006.

DESFOUGERE, E. L'arrêt d'appel du 30 mars 2010 relatif au naufrage de l'Erika : Total pénalement coupable mais civilement irresponsable. **Journal des Accidents et des Catastrophes**, n°103, Accès : <http://www.jac.cerdacc.uha.fr/jac/>.

ERNE-HEINTZ, V. La justice réaffirme l'existence du préjudice écologique. **Journal des Accidents et des Catastrophes**, n°103, <http://www.jac.cerdacc.uha.fr/jac/>.

KISS, A. **Droit international de l'environnement.** Paris : Pédone, 1989, p.110.

KISS, A. La notion de patrimoine commun de l'humanité. **RCADI**, t. 175, 1982, 109.

LACROIX, C. **La réparation des dommages en cas de catastrophes.** préf. M.F. Steinlé-Feuerbach, avant-propos D. Houtcief, LGDJ 2008

LAFARGUE, R. **Le préjudice civilisationnel pour atteinte à l'environnement.** Accès : [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

LARROUMET, Ch. **La responsabilité civile en matière d'environnement.** D. 1994, chr. p.101.

MABILE, S. **Premières considérations sur le préjudice écologique : la décision d'appel dans l'affaire de l'Erika,** Dr. Env. n°178.

NEYRET, L. **La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire,** D. 2008, chron. 17, p. 170 .

\_\_\_\_\_ **Naufrage de l'Erika : vers un droit commun de la réparation des atteintes à l'environnement,** D. 2008, chron. p. 2682.

\_\_\_\_\_ **Proposition de nomenclature des préjudices réparables en cas d'atteinte à l'environnement,** Env. 2009, dossier 5.

ROMI, R., BOUCHON, G., NESI, F., GIRARD, J., STEINMETZ, B. **Retour sur l'Erika : premières analyses,** Dr. Env. 2008, n°156, p. 15- 25.

REBEYROL, L. **L'affirmation d'un droit à l'environnement et la réparation des dommages environnementaux,** préf. Viney G., Defrénois, coll. Doctorat et Notariat, 2010.

STEINMETZ, B. Intérêt à agir et préjudice environnemental. Réflexions à propos de la décision du TGI de Narbonne du 4 octobre 2007. **Journal des Accidents et des Catastrophes** n°79, <http://www.jac.cerdacc.uha.fr/jac/>.

\_\_\_\_\_ **Le préjudice écologique pur, seul vainqueur dans la catastrophe,** Jour-

nal des Accidents et des Catastrophes n°103, <http://www.jac.cerdacc.uha.fr/jac/> .

\_\_\_\_\_ **Préjudice écologique et réparation des atteintes à l'environnement - Plaidoyer pour une catégorie nouvelle de préjudice**, Rev. Eur. Dr. Env. 4/2008, p. 407.

\_\_\_\_\_ **Erika, le chant du cygne du préjudice écologique pur en matière judiciaire**, Dr. Env. 2010, n°179.





# LES DROITS DE PROPRIÉTÉ AU CŒUR DE LA PROBLÉMATIQUE ENVIRONNEMENTALE

---

Max Falque<sup>1</sup>

*«Avant 1970 la protection de l'environnement ne faisait pas l'objet d'un champ juridique distinct. Depuis elle est devenue une industrie pleine expansion et bénéficié d'un large support politique qui commence seulement à faiblir. Une des caractéristiques du mouvement écologique est sa détestation manifeste des solutions fondée sur le droit privé pour protéger l'environnement qu'il considère comme insuffisant pour faire face à l'urgence morale, culturelle et esthétique. Il en est résulté une collection de réglementations publiques qui défient véritablement toute possibilité synthèse »  
Richard Epstein, « Simple rules for a complex world » (1995)*

## RESUME

Cet article a comme objectif démontrer que les droits de propriété sont au cœur de la réflexion environnementale. Il est de la plus haute importance de recentrer la réflexion et la politique environnementales sur le rôle central des droits de propriété. Certes le rôle des instruments économiques et notamment du marché est désormais ouvertement discuté (Kyoto oblige), mais le mot propriété demeure tabou et on oublie de préciser qu'il n'existe pas de marché sans droits de propriété à échanger .

## Mots-Clés

Propriété. Droit de l'environnement. Biens environnementaux. Économie.

## RESUMO

Este artigo visa demonstrar que os direitos de propriedade estão no centro da discussão ambiental. É de extrema importância trazer para a reflexão do direito ambiental as diferentes facetas dos direitos de propriedade. O papel dos instrumentos econômicos, sobretudo os de mercado, é atualmente discutido abertamente (como nas discussões de Kyoto), mas o termo propriedade continua um tabu, uma vez que esquecemos que não há mercado sem direitos de propriedade.

## Palavras-Chaves

Propriedade. Direito Ambiental. Bens ambientais. Economia.

---

<sup>1</sup> Délégué Général de l'ICREI - International Center for Research on Environmental Issues [www.icrei.org](http://www.icrei.org)

## I. LA PROPRIETE SOURCE DE PROSPERITE ECONOMIQUE ET ENVIRONNEMENTALE

« Avez-vous jamais lavé une voiture de location avant de la rendre ? ». Cette interrogation triviale fait écho à la réflexion d'Aristote qui notait « *Ce qui est commun au plus grand nombre fait l'objet des soins les moins attentifs. L'homme prend le plus grand soin de ce qui lui est propre, il a tendance à négliger ce qui est commun* »

Plus récemment en 1968 Garrett Hardin dans son article fondateur qui a ultérieurement inspiré le nouvel environnementalisme<sup>2</sup> « *The Tragedy of the Commons* » démontrait qu'en l'absence de droits de propriété, c'est-à-dire en situation de libre accès, les pâturages communaux anglais étaient voués à la destruction par surpâturage car chaque utilisateur avait intérêt à l'utiliser avant qu'un autre ne le fasse. Cette réalité concerne toutes les ressources qu'elles soient économiques ou environnementales.

Si on commence à redécouvrir que les droits de propriétés sont au cœur du développement économique comme l'a brillamment démontré Hernando De Soto (2005) on ignore encore (ou fin d'ignorer ?) qu'ils sont la condition nécessaire sinon suffisante pour la protection et la gestion de la quasi-totalité des biens environnementaux.

Reprenant l'analyse de Bruce Yandle (2007) commençons par énoncer quatre axiomes:

- Il n'existe pas de liberté sans droit de propriété. Les droits ne doivent pas forcément avoir un caractère privatif mais ils doivent définir des conditions d'accès aux ressources. L'expansion de la liberté est donc fonction de l'expansion des droits de propriété.
- Il ne peut y avoir de richesse individuelle sans droit de propriété privée, c'est-à-dire clairement définis et sanctionnés. Ces droits relient la richesse à un individu et non à la collectivité.
- La richesse ne peut être maximisée sans droits de propriété, à savoir, définis, sanctionnés mais aussi librement transférables, ce qui constitue une incitation pour un titulaire de droits de propriété à les allouer à une utilisation optimale.
- La qualité environnementale ne peut être ni protégée, ni améliorée en l'absence de droits de propriété définis, transférables et détenus par des personnes ordinaires. Une communauté humaine ne peut faire face aux dépenses qu'entraînerait la mise sur pied d'une police de l'environnement capable d'assurer une protection comparable.

Le premier axiome affirme le principe que les droits de propriété ouvrent la voie à la liberté, ce qui implique la possibilité pour les individus d'avoir accès

---

<sup>2</sup> Désigné indifféremment par « *New Resource Economics* » ou « *Free Market Environmentalism* » qui à partir de la fin des années 1970 a démontré que les droits de propriété et le marché étaient les outils centraux de la gestion environnementale.



aux ressources permettant la vie et au-delà d'inciter à la création de richesses. Cette dimension morale est largement ignorée par les partisans du recours préférentiel à la réglementation du type « Command and Control ».

Le deuxième axiome concerne plus spécialement les ressources environnementales qui, en fait, ne sont pas différentes des autres types de ressources<sup>3</sup>. La propriété environnementale dotée de ses trois attributs encourage le simple individu à la production de richesses au service de la protection et de l'amélioration des ressources environnementales.

On peut mieux comprendre ce problème en considérant une communauté humaine dans un état de nature, c'est-à-dire dans un monde sans droits de propriété sur la terre. Survivre est le souci le plus critique et cette communauté ne peut survivre et se développer sans organisation dont la première forme à laquelle on pense est celle partant du sommet à la base (top – down). Une deuxième forme est celle évoluant spontanément à l'intérieur de la communauté au fur et à mesure qu'évoluent la coutume et la tradition puis le droit formel. Concrètement, ces deux modalités d'organisation conduisent vers des droits de propriété qui doivent être inventés et gérés par la communauté. Ces deux procédures peuvent être comparées à la construction d'un mur d'enceinte.

Dans les temps anciens, les villes fortifiées garantissaient l'ordre pour ceux qui vivaient à l'intérieur. Les remparts qui étaient construits et gérés par le gouvernement central (ordre descendant) constituèrent le fondement des systèmes de droits internes élaborés à partir de la base (ordre montant). Au fur et à mesure, bien entendu, les groupes humains apprirent que former des communautés protégées par des parchemins<sup>4</sup> et des forces armées mobiles était plus efficace que de construire des remparts. Un propriétaire individuel pouvait détenir une parcelle définie par un acte authentique précisant ses limites physiques. Avec la multiplication des limites apparurent les externalités éventuelles : les propriétaires d'une parcelle pouvaient affecter la qualité de la vie du titulaire de droits voisins. Les règles devaient donc évoluer pour résoudre les problèmes de limites, soit par le droit coutumier (common law), le code formel ou la tradition. Même aujourd'hui, les communautés humaines s'efforcent de s'organiser en vivant à l'intérieur de l'enceinte que représente l'État-nation, les communautés de voisinage privées, les copropriétés et à l'intérieur de ces enceintes de communautés, les sociétés recherchent en permanence à inventer des systèmes de droits de propriété qui permettent la protection de nouvelles richesses qui comprennent des ressources environnementales dont la valeur est désormais reconnue .

---

<sup>3</sup> Dans la mesure où elles sont susceptibles d'appropriation ce qui n'est pas le cas par exemple pour les océans et l'atmosphère. On remarquera que ce sont ces ressources qui pose les problèmes les plus graves.

<sup>4</sup> property and C'est-à-dire le droit formalisé sous forme d'actes le plus souvent rédigés et authentifiés par un professionnel. C'est ainsi qu'en 1711 un juriste de la Cour Royale britannique constatait « The law bounds every man's is his fence ». Bien entendu un cadastre permet de préciser les limites.

Le cœur de la protection environnementale exige donc la limitation voire l'interdiction du libre accès et l'invention renouvelée de la propriété que Jean-Jacques Rousseau condamnait comme ,source de l'inégalité dans un texte célèbre :

*« Le premier qui ayant enclos un terrain s'avisait de dire : Ceci est à moi, et trouva des gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. Que de crimes, de guerres, de meurtres, que de misères et d'horreurs n'eût point épargnés au genre humain celui qui, arrachant les pieux ou comblant le fossé, eût crié à ses semblables : « Gardez-vous d'écouter cet imposteur; vous êtes perdus si vous oubliez que les fruits sont à tous, et que la terre n'est à personne ! » Jean-Jacques Rousseau, ( Discours sur l'origine de l'inégalité, 1755).*

On peut s'interroger sur les conséquences désastreuses de cette affirmation célèbre pour la liberté, le bien être et in fine la protection de l'environnement. Nous proposons donc un renversement radical de la citation qui devrait inspirer tous ceux véritablement désireux de combiner croissance économique et protection des ressources environnementale

*« Le premier qui ayant enclos un terrain s'avisait de dire : Ceci est à moi, et trouva des gens assez raisonnables pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civile. Que de crimes, de guerres, de meurtres, que de misères et d'horreurs n'eût point épargnés au genre humain celui qui, plantant des pieux ou creusant le fossé, eût crié à ses semblables : «Ecoutez ce sage; vous êtes perdus si vous oubliez que les fruits sont à ceux qui les produisent et que la terre appartient à ceux qui la fécondent ! »*

Certes l'égalité n'est plus définie comme idéal sanctifié mais ne s'agit-il pas d'une chimère dont la mise en oeuvre a toujours engendré le crime et la misère ?

Mario Vargas Llosa tout récent Prix Nobel de littérature 2010 *écrivait* " Si j'ai à choisir entre prospérité et égalitarisme , je choisis la prospérité : comme de toute façon on arrivera jamais à instituer l'égalité réelle il en résulte que l'on sacrifie la prospérité au nom d'une illusion »<sup>5</sup>

En définitive sous des formes et institutions extrêmement diverses les droits de propriété sont au cœur du progrès des sociétés humaines dans leur passage de l'état de nature à la civilisation<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Le lien entre prospérité et qualité environnementale a été bien illustré par la courbe environnementale de Kuznetz à savoir que si la croissance du niveau de richesse entraîne une aggravation des nuisances, la courbe en cloche connaît une inflexion dès lors que les individus échappant à la pauvreté modifient leurs préférences au profit de l'amélioration de leur cadre de vie.

<sup>6</sup> Inversement les pays du socialisme réel ont démontré qu'en supprimant les droits de propriété ils ont parcouru le chemin inverse

## II. L'APPROPRIATION DES RESSOURCES ENVIRONNEMENTALES EST POSSIBLE

Nous avons démontré<sup>7</sup> que l'eau, le littoral, le sol, les ressources marines, les déchets, pouvaient faire l'objet d'appropriation afin d'être mieux protégés et gérés que par la seule réglementation publique à savoir la politique du « Command and Control ». Bien entendu les droits de propriété sont évidents et anciens sur les ressources foncières et les forêts. Pour l'eau, la biodiversité, la faune, les océans et a fortiori l'atmosphère les solutions sont moins évidentes ; pour autant l'imagination juridique et économique a inventé des quasi droits de propriété dont les quotas transférables sont la meilleure illustration.

La paresse, l'ignorance et l'idéologie ont conduit à parler de « biens communs de l'humanité » ce qui est la meilleure façon de détruire l'environnement et de généraliser la tragédie des communaux à l'ensemble de la planète. Sous forme de travaux pratiques mais tragiques, à savoir de socialisme réel pendant un demi siècle, la démonstration a été faite que la suppression des droits de propriété et donc du marché conduisait non seulement à la ruine économique et à la servitude mais aussi à la destruction de l'environnement. Il existe pourtant une autre voie :

- l'eau des aquifères, aujourd'hui largement pillée, peut faire l'objet d'attribution de droits de propriété à un nombre bien définis d'ayant droits qui géreront en commun la ressource et pourront librement vendre ou acheter les quantités d'eau,
- les ressources halieutiques peuvent être attribuées sous forme de quotas de pêche transférable (Islande, Nouvelle Zélande, Australie...) afin d'éviter la course poursuite entre pêcheurs en concurrence pour épuiser la ressource pendant la courte période de pêche autorisée .
- Les déchets ménagers ne diminueront qu'à partir du moment où ils seront considérés comme une « propriété négative » et que le prix de leur collecte et de leur élimination sera facturé comme le téléphone et l'eau. Les « compteurs de déchets » sont déjà opérationnels dans de nombreux pays (Pay as you throw).
- La faune sera d'autant mieux préservée qu'elle sera appropriée comme cela est le cas pour les fermes d'élevage de bisons, de crocodiles, de tortues voire de papillons, ou encore sous forme de propriété commune villageoise les éléphants dans certains pays d'Afrique.
- Si l'atmosphère constitue ce qu'on appelle un « bien public pur » et ne peut à ce titre être appropriée, les rejets polluants (SO<sub>2</sub>, CO<sub>2</sub>) peuvent faire l'objet de quotas transférables, économiquement plus efficaces que les seules réglementations.

---

<sup>7</sup> Conférences Internationales ICREI « Droits de propriété, économie et environnement » 1996, 1998, 2000, 2002, 2004, 2006, 2008 et 2010 Aix en Provence,

On notera aussi que l'attribution de droits de propriété est fonction de l'évolution des technologies de la mesure et du comptage. Si le compteur d'eau et le fil de fer barbelé ont révolutionné au 19<sup>ème</sup> siècle la gestion de l'eau et des pâturages de l'Ouest américain on peut penser que les satellites, l'informatique et le marquage isotopique ouvrent des perspectives remarquables d'identification des propriétaires et des responsables.

En définitive toutes les ressources environnementales peuvent faire l'objet d'appropriation sous une forme directe ou indirecte, ce qui permet de mettre en œuvre l'excellent principe de responsabilité du pollueur-payeur dont les pouvoirs publics exonèrent trop souvent leur clientèle électorale<sup>8</sup>.

### III. LES DROITS DE PROPRIÉTÉ : UN CONCEPT EN DEVENIR

La propriété est consubstantielle de toute société humaine notamment depuis l'apparition de l'agriculture il y a environ 10 000 ans. Pour autant elle revêt des formes diverses :

- la propriété privée où une seule personne est titulaire de l'ensemble des droits à savoir usus, abusus et fructus,
- la propriété en commun où un nombre clairement définis d'ayant droits exercent des droits égaux ou spécifiques sur une ressource,
- la propriété publique ou collective gérée par une collectivité publique qui réglemente l'usage de la ressource.

Si en matière économique la propriété privée est toujours préférable, la complexité de la gestion environnementale exige souvent une combinaison subtile des régimes d'appropriation pour s'adapter à des situations particulières : par exemple un propriétaire privé peut démembrer ses droits de propriété en vendant ou donnant une servitude de non constructibilité à un conservatoire d'espaces ou à une collectivité publique. Ou encore un propriétaire public peut concéder des droits d'usage à une collectivité.

Ainsi comme le précise Daniel Cole (2007) « *le choix d'un régime de propriété est fonction de la nature de la ressource qui, dans son modèle est essentiellement soit privée, soit publique. Le problème est que la nature supposée privée ou publique de la ressource est susceptible de changement. En effet, en raison de modifications économiques et/ou technologiques, ce qui est aujourd'hui un bien public peut devenir demain un bien privé et inversement : ainsi des espaces considérés comme publics au début du 19<sup>ème</sup> siècle en raison des coûts d'exclusion, sont devenus des biens privés à la fin de ce même siècle en raison de l'innovation technique du fil de fer barbelé qui a réduit précisément le coût d'exclusion* ».

Par ailleurs, il faut bien reconnaître que la puissance publique est par

---

<sup>8</sup> Par exemple les agriculteurs français au regard de la redevance aux Agences de l'Eau

nature partie prenante dans les droits de propriété dans la mesure où, in fine, sa mission essentielle consiste à les protéger et les sanctionner et que toute réglementation a une incidence sur la structure des droits de propriété. En ce sens on peut dire la réglementation constitue une catégorie de droits de propriété faisant l'objet de transaction ...mais sur le « marché politique »

En fin de compte le choix d'un régime de propriété est fonction des conditions économiques, politiques et sociales et de la nature de la ressource environnementale en recourant à la formule simple :

$$\text{coûts d'exclusion} + \text{coûts de coordination} = \text{coût global (Cole 2002)}$$

#### IV. LES DROITS DE PROPRIETE : UNE ESPECE MENACEE

La montée en puissance de la réalité physique, médiatique et politique des préoccupations environnementales depuis une trentaine d'années a conduit les pouvoirs publics à multiplier les réglementations de plus en plus contraignantes, coûteuses et de moins en moins efficaces voire contre productives pour faire face aux nouveaux problèmes.

Par commodité politique et bureaucratique on a étendu aux ressources environnementales les réglementations d'urbanisme et notamment du zonage dont les servitudes n'ouvrent généralement pas de droit à compensation<sup>9</sup>. Ceci aboutit à introduire d'énormes modifications des valeurs foncières et, partant, une absence de gestion par des propriétaires spoliés ou qui se considèrent comme tels dans la mesure où la réduction de leurs droits de propriété est la source du renforcement de ceux de leurs voisins plus chanceux. Il faudrait aussi lever le tabou concernant le risque de corruption et de distorsion des choix d'affectation des espaces lors de l'établissement des documents de planification physique. A l'expropriation physique indemnisée s'ajoute désormais « l'expropriation réglementaire » (Regulatory Taking) spoliatrice... bien illustrée par l'effeuillage de l'artichaut : chaque réglementation et/ou mesure fiscale affaiblissent le droit de propriété et à terme le vident de toute substance.

Pourtant affirmer, réaffirmer voire inventer des droits de propriété sur les ressources environnementales assure un triple bénéfice :

- sauvegarder et gérer les ressources au meilleur coût

<sup>9</sup> En France le principe de la non indemnisation des servitudes d'urbanisme a été généralisé en 1943. Une anecdote illustre bien la méfiance voire la répulsion de la nomenclature française à aborder ouvertement le problème. Déjeunant avec un parlementaire « de droite », professeur agrégé d'économie et spécialiste des problèmes d'environnement, je pensais naïvement l'enrôler dans nos conférences biennales déclinant successivement les ressources environnementales au regard des droits de propriété et des instruments économiques. Etonné par mon plaidoyer, mon convive me répondit « Mais la propriété...c'est mal vu ! » Dans son rapport 2010 l'International Property Rights Index attribue des notes aux différents pays concernant le respect des droits de propriété. La France est placée au 45<sup>ème</sup> rang mondial (125 pays), avec une note médiocre (6,5/10) en matière de biens réels. (le Brésil se situe au 81<sup>ème</sup> rang avec une note de 5,4).

- garantir la liberté individuelle
- affaiblir le socialisme et l'étatisme dont l'environnement est le plus puissant et ultime donjon.

Si au niveau mondial la réflexion sur la redécouverte du rôle central des droits de propriété au regard du développement économique et de la gestion des ressources environnementales fait l'objet de très nombreuses et remarquables publications, la France est largement absente du débat. Une consultation sur le moteur de recherche Google des termes « Property Rights Environment » affiche 68 millions de pages contre 7 millions pour « Environnement Droits Propriété »<sup>10</sup>

A la décharge des responsables français on notera que le relation propriété-environnement est relativement récente : ainsi l'excellent ouvrage « La propriété c'est l'envol » publié en 1984 sous la direction de George Berthu ne fait aucune référence à l'environnement<sup>11</sup>. Une année plus tard cependant dans « Pourquoi la propriété », Henri Lepage consacrait tout un chapitre « Capitalisme et écologie : privatisons l'environnement » et faisait référence aux travaux pionniers de R. J. Smith, Julian Simon, G. Hardin, J. Baden, R. Stroup... En 1991 G. Bramoullé dans son pamphlet « La peste verte » évoquait les limites et les effets pervers de la violation des droits de propriété. A partir de 1992 la création de l'ICREI par A. Madelin, Henri Lepage et moi-même a permis la publication de nombreux articles et quelques ouvrages (trop ?) théoriques... au tirage modeste<sup>12</sup>.

## V. FAIRE EVOLUER LES DROITS DE PROPRIETE

Bien entendu si les droits de propriété doivent jouer un rôle croissant dans l'avenir il convient de les faire évoluer afin de les adapter aux conditions environnementales et sociales. Or les deux grands systèmes juridiques qui sous tendent les états de droits ne présentent pas les mêmes atouts :

- Le droit civil d'inspiration française, qui irrigue l'Europe continentale et au-delà, précise dans son article 544 « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements* ». Ce caractère absolu du droit de propriété avait une double fonction : confirmer la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789<sup>13</sup>

<sup>10</sup> Cependant l'intérêt pour cette question monte en puissance: en 2007 les chiffres étaient respectivement 42 millions et 2,3 millions

<sup>11</sup> Sinon en mentionnant les travaux de Demsetz sur le rôle de la propriété coutumière pour la protection de la faune par les indiens Montagnais au Québec

<sup>12</sup> Notamment « Ecologie et Liberté » sous la direction de Falque et Millière (Litec) et les sept ouvrages-actes des conférences internationales d'Aix en Provence (Daloz, Bruylant et Elsevier)

<sup>13</sup> « Article 1 : le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles... la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression  
« Article 17 : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est

et consolider les droits des propriétés acquises durant la période révolutionnaire. Cette position largement idéologique est évidemment éloignée de la réalité tant il est vrai que les droits de propriété ne peuvent être mis en œuvre que par rapport à la puissance publique et aux droits de propriété concurrents. En ce sens la deuxième phrase de l'article 544 ouvre la voie à une atteinte à ce même droit par la puissance publique. En outre la croyance séculaire des français en la bienveillance de l'Etat et l'idéologie socialiste ont conduit à l'affaiblissement progressif du droit de propriété au prétexte des impératifs de l'urbanisme puis de l'environnement.

Ainsi le contentieux concernant les innombrables réglementations portant atteinte au droit de propriété a été de plus en plus jugé par les juridictions administratives qui ont naturellement eu tendance à justifier l'action des pouvoirs publics au motif d'un intérêt général indéfini.

Par ailleurs le caractère absolu du droit de propriété a progressivement migré de la sphère privée à la sphère publique.<sup>14</sup>

Ceci n'est pas étranger à la difficulté de faire évoluer un droit où la jurisprudence civile ne joue pas de rôle majeur.

La Common Law, à la différence du droit civil, est jurisprudentielle. Elle est par nature ouverte aux solutions novatrices. La propriété n'est pas sacralisée ainsi qu'en témoigne l'utilisation du pluriel « property rights » qui recouvre un faisceau de droit que l'on peut combiner au gré des besoins des ayants droits. Ceci explique l'invention du concept de quota échangeable pour l'air, l'eau, les droits de construire, la pêche...ou encore le recours aux servitudes conventionnelles environnementales, notions qui sont largement étrangères aux juristes de droit civil.

Notons enfin la richesse du débat sur la notion d'expropriation réglementaire (taking) qui aux Etats-Unis vise à établir un juste équilibre entre les intérêts de la puissance publique et ceux des personnes privées.

## VI. CONCLUSION

Les droits de propriété sont au cœur de la réflexion environnementale ; or tout indique qu'en Europe et plus spécialement en France on les ignore largement

---

lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. ».

<sup>14</sup> Léon Duguit (1912) a suggéré l'idée que la propriété privée était une institution sociale qui devait s'adapter aux conditions sociales et que l'individu n'est pas une fin, mais un moyen, que l'individu n'est qu'un rouage de la vaste machine qu'est le corps social. Gambaro (2007) note que les conséquences de cette position qui a dominé le XXème siècle sont négatives dans la mesure où l'intérêt légitime du propriétaire devient sans objet puisque dénué de toute légitimité au regard de toute forme d'ordre social. Il se rattachait involontairement à une pensée ancienne « Article 1: la propriété est détestable et celui qui tentera de la rétablir sera renfermé pour toute sa vie comme un fou furieux et ennemi de la liberté » Morelli, Code de la Nature 1755

et que la réglementation et la fiscalité sont considérées comme les meilleurs outils de la gestion des ressources. Non seulement elles ne résoudreont pas les problèmes mais contribueront à l'affaiblissement voire à la suppression de la propriété et donc de la liberté, tant il est vrai que celle-ci n'existe que par celle-la.

Il est paradoxal que ce soit Proudhon qui après avoir proclamé « La propriété c'est le vol » ait reconnu le rôle essentiel de la propriété privé comme l'institution clé susceptible de maîtriser le Léviathan :

*« La propriété est la plus grande force révolutionnaire qui existe et qui se puisse opposer au pouvoir. ...La propriété est l'égoïsme idéalisé. Il faut qu'il en soit ainsi parce que jamais le droit n'est mieux observé qu'autant qu'il trouve un défenseur dans l'égoïsme et dans la coalition des égoïsmes. Jamais la liberté ne sera défendue contre le pouvoir si elle ne dispose d'un moyen de défense, si elle n'a pas sa forteresse inexpugnable. ...La propriété allodiale est un démembrement de la souveraineté : à ce titre elle est particulièrement odieuse au pouvoir et à la démocratie ....Elle ne plait point aux démocrates, tous enfiévrés d'unité, de centralisation, d'absolutisme... La propriété absolue, incarcérable, se protège d'elle-même. C'est l'arme défensive du citoyen, son bouclier... » . On croirait lire Tocqueville !*

Pour cette double raison de moralité et d'efficacité il est de la plus haute importance de recentrer la réflexion et la politique environnementales sur le rôle central des droits de propriété.

Certes le rôle des instruments économiques et notamment du marché est désormais ouvertement discuté (Kyoto oblige), mais le mot propriété demeure tabou et on oublie de préciser qu'il n'existe pas de marché sans droits de propriété à échanger .

Sur le plan législatif nous devons soutenir toutes les propositions de loi susceptibles de protéger les droits de propriété<sup>15</sup>, de définir de nouvelles catégories juridiques telles la distinction entre servitudes d'urbanisme et servitude environnementale, de contraindre les pouvoirs publics à acquérir des servitudes conventionnelles plutôt qu'en pleine propriété, à introduire dans les études d'impact sur l'environnement un chapitre spécifique concernant les conséquences sur les droits de propriété...(Property Rights Impact Assessment)

Sur le plan de la jurisprudence il convient d'observer les réticences des juridictions administratives et notamment du Conseil d'Etat<sup>16</sup> à suivre la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (arrêt Bitouzet)

En matière de recherche et d'enseignement les juristes doivent certes

<sup>15</sup> Par exemple la proposition Moyne-Bressand relative à l'indemnisation des moins-values engendrée par les grands ouvrages publics (autoroutes, TGV, incinérateurs...)....qui n'a d'ailleurs jamais abouti.

<sup>16</sup> On notera que le Commissaire du Gouvernement pour l'arrêt Ville Nouvelle Est (CE 1971) qui justifie l'expropriation à des fins de développement économique n'était autre que Guy Braibant, membre du Parti Communiste ! Le plus piquant est que la Cour Suprême des Etats-Unis a adopté la même position dans le fameux arrêt Kelo (2005). La différence avec la France est que cette décision a soulevé une tempête politique et a suscité un contre feu législatif efficace.



s'appuyer sur les travaux remarquables et pionnier de l'économie du droit mais aussi développer une théorie à l'intérieur du droit civil. Il est en effet curieux que la réflexion en ce domaine soit conduite par les économistes et non par les juristes.<sup>17</sup>

Hernando De Soto remarque justement « *Qu'on aime les juristes ou non aucun changement véritable dans le régime de la propriété et le processus de formation du capital ne se produira sans la coopération d'au moins certains d'entre eux. Le problème est que la plupart des juristes ne comprennent pas les conséquences économiques de leur travail et sont généralement hostiles d'instinct aux comportements extralégaux et aux changements de grande ampleur* » (2005).

A l'importance réelle ou médiatique des problèmes d'environnement dans les décennies à venir, les pouvoirs publics seront inévitablement poussés par l'opinion à répondre par de multiples réglementations plus ou moins attentatoires aux droits de propriété et aux libertés individuelles et d'une efficacité douteuse<sup>18</sup> La tâche sera d'autant plus difficile que les pouvoirs publics s'étant emparées progressivement de l'essentiel du contenu des droits de propriété par fiscalité et réglementations interposées, seront naturellement réticentes à les rétrocéder à leurs légitimes propriétaires.

Nous devons donc faire passer un message simple à cette même opinion lui proposant une autre voie car continuer à penser que la structure des droits de propriété est intangible est la plus sûre façon de détruire l'environnement et la vie en société et à ce titre le rôle des media est central pour relayer la production des think tanks.<sup>19</sup>

Toutes les branches du droit sont invitées à inventer de nouvelles formes de droits de propriété adaptées aux nouveaux problèmes environnementaux... tâche difficile mais passionnante.

---

<sup>17</sup> Que connaissent la plupart des Enarques et magistrats administratifs des droits de propriété et de la théorie des choix public ? Ces thèmes ne sont à ce jour pas au cœur de l'enseignement à Sciences Po (IEP Paris)

<sup>18</sup> La justification de la réglementation est fondée sur le principe de l'échec du marché (market failures) mais les cas d'échec des pouvoirs publics (government failures) sont nombreux et d'autant plus graves qu'ils sont par hypothèse à grande échelle.

<sup>19</sup> On peut s'interroger sur le très faible intérêt des think tanks libéraux européens pour la problématique environnementale. Il semble que l'investissement intellectuel est important et moins rentable que pour d'autres thèmes tel privatisation, santé, éducation... Par ailleurs les milieux économiques dirigeants français, imprégnés d'étatisme sont instinctivement favorables à la réglementation source de sécurité juridique et d'obstacle à la concurrence.

## VII. BIBLIOGRAPHIE

- ADLER, Jonathan (editor). **Ecology, Liberty and Property**. CEI, 2000.
- BRUBAKER Elizabeth, **Property rights in the Defence of Nature Earthscan**, 1995.
- COLE , Daniel. **Pollution and Property, comparing ownership institutions for environmental protection**. Cambridge University Press, 2002.
- DE SOTO, Hernando. **Le mystère du capital : pourquoi le capitalisme triomphe en occident et échoue partout ailleurs**. Paris : Flammarion, 2005.
- FALQUE, Max ; MASSENET Michel (sous la direction de). **Droits de propriété et environnement**. Paris : Dalloz, 1997 (épuisé mais consultable sur [www.icrei.org](http://www.icrei.org) ).
- \_\_\_\_\_. **Droits de propriété, économie et environnement, les ressources en eau**. Paris : Dalloz, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Droits de Propriété, Economie et Environnement : Le littoral**. Paris : Bruylant 2004.
- \_\_\_\_\_. **Droits de Propriété, Economie et Environnement : Les déchets**. Paris : Bruylant 2006.
- \_\_\_\_\_. **Droits de Propriété, Economie et Environnement : Changements climatiques**. Paris : Bruylant 2008.
- JACOBS, Harvey (editor) , **Private property in the 21<sup>st</sup> century, the future of an American ideal**, Edward Elgar 2004.
- KAPLOWITZ, Michael (editor). **Property rights, Economics and Environment**. JAI Press, 2000.
- LEPAGE, Henri .**Pourquoi la propriété**. Paris: Hachette, 1985.
- OSTROM, Elinor. **Governing the Commons Cambridge University press 1990 et en francais Gouvernance des biens communs**. de Boeck, 2010.
- POZZO, Barbara, (editor). **Property and Environment, old and new remedies to protect natural resources in the European context**. Paris: Bruylant, 2007.



# LA AUDITORIA Y EVALUACIÓN COMO UN INSTRUMENTO DECISIVO PARA EL DESARROLLO GLOBAL DE LOS DERECHOS DE LA MUJER EN LA SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO

---

*Pilar Jiménez Tello<sup>1</sup>*  
*Manuel Ballbé Mallo<sup>2</sup>*

## RESUMEN

En la era de la globalización y de la sociedad del conocimiento, el tema de los derechos de las mujeres y su permanente discriminación es un problema y un reto global. Precisamente en la sociedad del conocimiento en red se pueden comparar las diferentes situaciones discriminatorias de las mujeres y los niveles de discriminación de forma más visual e impactante. Los principios de la auditoria y evaluación no son solo técnicas puramente de afloramiento de información sino que se convierte en un valor y los instrumentos más efectivos (o decisivos) para asegurar los nuevos derechos de las mujeres y para poner en evidencia los atrasos o los avances de unos países con respecto a otros. Estos nuevos derechos tienen que ser analizados y evaluados. Precisamente la efectividad de estos derechos en la globalización está en la evaluación comparativa que no sólo se realiza entre estados, sino que también se lleva a cabo de forma más focalizada en regiones determinadas e incluso en municipios. Esto lleva a lo que se ha denominado en el sistema global, el sistema glocal, que consiste en hacer un seguimiento de las experimentaciones e innovaciones que se están realizando en muchos puntos del mundo por una comunidad local o regional y que su evaluación que es positiva, sirve para que sea conocida y pueda ser expansionada por todo el mundo.

La evaluación se está convirtiendo y va a ser el instrumento central de la regulación para la implantación real de la igualdad entre mujeres y hombres.

## Palabras claves

Género. Globalización. Tecnología de la información. Internet.

## ABSTRACT

In the age of the globalization and the society of the knowledge, the topic of the rights of the women and their permanent discrimination is a problem and a global challenge. Precisely in the

---

<sup>1</sup> Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, Coordinadora Técnica del Centro de Estudios de la Mujer de la Universidad de Salamanca y Especialista en Estudios (Unidad de Evaluación de la Calidad de la Universidad de Salamanca).

<sup>2</sup> Catedrático de Derechos Administrativo de la Universidad Autónoma de Barcelona, Fundador de la Escuela de Prevención y Seguridad Integral de la Universidad Autónoma de Barcelona.

society of the knowledge in network there can be compared the different discriminatory situations of the women and the levels of the most visual discrimination of form and impact. The beginning of the audit and evaluation are not only technical purely of outcrop of information but it turns into a value and the most effective instruments (or decisive) to assure the new rights of the women and to put in evidence the lags or the advances of a few countries with regard to others. These new rights have to be analyzed and evaluated. Precisely the efficiency of these rights in the globalization is in the comparative evaluation that not only is realized among states, but also more focalizada is carried out of form in certain regions and even in municipalities. This goes to what has named the global system, the glocal system that consists of doing a follow-up of the experimentations and innovations that are realized in many points of the world by a local or regional community and that the positive evaluation, serves in order that it is known and could be expanded all over the world. The evaluation is turning and is going to be the central instrument of the regulation for the real implantation of the equality between women and men.

### Key words

Genre. Evaluation. Globalization. Technologies of the information. Internet.

## I. INTRODUCCIÓN

En el campo de la igualdad de derechos entre mujeres y hombres, cuyo punto de inflexión podemos situarlo en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se han alcanzado ciertas cuotas. Sin duda alguna a ello han contribuido mujeres de la talla de Alice Walter<sup>3</sup>, Coretta Scott King<sup>4</sup> y Rosa Park<sup>5</sup> entre otras que lucharon por los derechos civiles en Estados Unidos. No debemos obviar que los derechos de las mujeres han generado el desarrollo

---

<sup>3</sup> Alice Walter, escritora estadounidense, nacida en Georgia en 1944. En sus novelas denuncia la discriminación de que son objeto las mujeres. Destacan *La tercera vida de Grange Copeland* (1970), *Meridian* (1976) y *El color púrpura* (1982), premio Pulitzer, llevada al cine por Steven Spielberg (1985).

<sup>4</sup> Coretta Scott King, una de las mujeres estadounidenses más influyente del siglo XX. Luchadora incansable por los derechos civiles a la vez que transmitía el mensaje de no violencia y respeto a los Derechos Humanos. Después del asesinato de Martin Luther King Jr. en 1968, Coretta aumentó su actividad por los derechos civiles y su lucha en favor de las minorías, y alcanzó un mayor protagonismo en el plano político y social. Su labor destacó especialmente en su lucha derechos de los niños y de las mujeres, de la dignidad de los homosexuales, del derecho al empleo, a la sanidad y a la educación, del desarme nuclear y del respeto del medio ambiente.

<sup>5</sup> Rosa Park, nació en Tuskegee (Alabama) en 1913. Cursos sus estudios en *Montgomery Industrial School for Girls* y en el *Alabama State Teachers College*. Se graduó en el instituto, cuando sólo el 7% de las personas de color lo lograban. Se distinguió en su lucha por la opresión racial y se unió a la *National Association for the Advancement of Colored People (NAACP)* (Asociación Nacional para el Progreso de la Gente de Color). Un incidente en un autobús que la llevo a la cárcel de manera injusta, marco su trayectoria. El Tribunal Supremo abolió la discriminación en el transporte público, en 1957 Rosa Parks se trasladó a Hampton (Virginia) y posteriormente a Detroit (Michigan), donde prosiguió su actividad en defensa de los derechos civiles. Participó en varias manifestaciones fundamentales, como la que tuvo lugar en 1963 en Washington para impulsar las leyes federales sobre derechos civiles. Entre los premios que obtuvo destacan la Medalla Presidencial de la Libertad, que recibió en 1996, y la Medalla de Oro del Congreso, que le entregó el Presidente Bill Clinton en 1999. El Museo y la Biblioteca de Rosa Parks le fueron dedicados en noviembre de 2001 y más de cincuenta universidades le concedieron el doctorado Honoris Causa. Se mantuvo activa hasta el final de sus días como una incansable defensora de los derechos civiles y se ha convertido en un icono de la defensa de la libertad y la igualdad racial de todos los seres humanos.

de nuevas ciencias que son objeto de investigación en los centros universitarios y que han dado lugar a titulaciones, master oficiales o doctorados. Así se han incorporado, asignaturas optativas comunes a varias titulaciones, como historia de las relaciones de género, ética y teoría feminista, entre otras y a asignaturas de libre elección de creación específica. El contenido científico y jurídico de dichos derechos es objeto de formación e investigación en las universidades.

Sin embargo, tristemente, decimos que a punto de finalizar la primera década del siglo XXI aún queda mucho por hacer para conseguir la plena igualdad entre mujeres y hombres. Como podemos observar en el informe de Amnistía Internacional 2007<sup>6</sup> “Aún las mujeres activistas son detenidas por pedir la igualdad de género en Irán, asesinadas por promover la educación de las niñas en Afganistán, denigradas y sometidas a violencia sexual en todo el mundo, 2.200 mujeres y niñas fueron asesinadas en Guatemala en 2001, pero pocos casos han sido investigados y todavía menos se han llevado a juicio...”. Lo cierto es que el desnivel de protección de las mujeres es enorme en los países en vías de desarrollo y baste con citar el libro de Martha C. Nussbaum<sup>7</sup> *Las mujeres y el desarrollo humano*, donde describe la situación de los 500.000.000 de mujeres que habitan en la India. La lucha por la igualdad de la mujer y sus derechos continúa, en unos casos a través medidas de discriminación positiva<sup>8</sup>, -en otros con leyes de igualdad, en otros con otro tipo de acciones encaminadas a conseguir los mismos fines-, sin duda todas ellas contribuyen a conseguir mayores cuotas de igualdad y por eso es tan decisivo para propagar los nuevos derechos de la mujer recientemente reconocidos en Norteamérica y en Europa con respecto al resto de los países a fin de mostrar que no es una utopía la conquista de los nuevos derechos de las mujeres en los países en vías de desarrollo y como gracias a la evaluación se ponen en evidencia que uno de los factores de éxito de las sociedades y economías más desarrolladas es la integración y cada vez mayor reconocimiento de igualdad a las mujeres. Naciones Unidas está jugando un papel importante en la lucha por la promoción y protección de los derechos de la mujer en todo el mundo, a través de una serie de organismos, entre los que se encuentran: La Comisión Jurídica y Social de la Mujer (CCJS), el Comité para la eliminación de la Discriminación de la Mujer (CEDAW); el Instituto Internacional de Investigaciones y capacitación para la promoción de la Mujer (INSTRAM),

---

<sup>6</sup> <http://www.es.amnesty.org/>

<sup>7</sup> Martha C. Nussbaum, autora de la obra *Las mujeres y el desarrollo humano: El enfoque de las capacidades*, traducción: Roberto Bernet, Herder, Barcelona, 2002.

Su obra pretende ser una llamada de atención sobre la necesidad de reconocer y comprender los problemas a los que las mujeres se enfrenta, por el simple hecho de ser mujeres.

<sup>8</sup> Ver el interesante artículo de Rivero Ortega, R., “Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la Sentencia “Kalanke” del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 90, 1996 y el libro de Giménez Gluck. D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999 y el de la profesora Barrère Unzueta, M<sup>a</sup> A., *Discriminación. Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Cívitas, Madrid, 1997.

la Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos (ACNUDH). No podemos olvidar que estamos ya en una “sociedad en red” tal como lo ha descrito Manuel Castells<sup>9</sup> en su trilogía *La era de la información* que esto es una oportunidad y que representa un Network Power (la red de poder)<sup>10</sup> que, a su vez, puede contribuir aún más al conocimiento y a la extensión de todos los avances que se han realizado con respecto a las mujeres. Esto puede contribuir a que se acelere el respeto a los derechos de la mujer en otros países. Las redes de la sociedad del conocimiento son las que de una forma global contribuyen y pueden contribuir aún más a la consecución de una sociedad en la que se respete el derecho de igualdad entre mujeres y hombres.

Nos encontramos en la era de la globalización y de la sociedad del conocimiento que van unidas y el tema de los derechos de las mujeres y su permanente discriminación es un problema y un reto global. Precisamente en la sociedad del conocimiento en red se pueden comparar las diferentes situaciones discriminatorias de las mujeres y los niveles de discriminación de forma más visual e impactante. Por tanto los principios de la auditoria y evaluación no son solo técnicas puramente de afloramiento de información sino que se convierte en un valor y los instrumentos más efectivos (o decisivos) para asegurar los nuevos derechos de las mujeres y para poner en evidencia los atrasos o los avances de unos países con respecto a otros. Los nuevos derechos tienen que ser analizados y evaluados. Precisamente la efectividad de estos derechos en la globalización está en la evaluación comparativa que no sólo se realiza entre estados, sino que también se lleva a cabo de forma más focalizada en regiones determinadas e incluso en municipios. Por tanto esto lleva a lo que se ha denominado en el sistema global, el **sistema glocal**<sup>11</sup> que consiste en hacer un seguimiento de las experimentaciones e innovaciones que se están realizando en muchos puntos del mundo por una comunidad local o regional y que su evaluación, si es positiva, sirve para que sea conocida y pueda ser expansionada por todo el mundo.

En la actualidad tenemos una conciencia, un conocimiento y unos instrumentos técnicos, como son las redes de la sociedad del conocimiento y los sistemas de evaluación que, en la medida que seamos conscientes de las ventajas que nos ofrecen, estos sistemas, aceleraremos el conocimiento de cómo se están desarrollando los derechos de las mujeres en otros lugares más avanzados o

---

<sup>9</sup> Manuel Castells, catedrático de Sociología y de Urbanismo en la Universidad de California, Berkeley, Director del Internet Interdisciplinary Institute en la Universitat Oberta de Catalunya. De él han dicho The Times (Londres) hablando de su obra “La era de la información” que era “Un análisis monumental y coherente de los cambios económicos, sociales, personales y culturales que están ocurriendo en el mundo en la era de la información o The Wall Street Journal (Nueva York) “Adam Smith explicó como funcionaba el capitalismo y Marx explicó por qué no funcionaba. Ahora las relaciones sociales y económicas de la era de la información han sido expuestas por Manuel Castells” .

<sup>10</sup> David Singh Grewal, Network Power. The social dynamic of globalization, Yale University, UP, 2008. Uno de los libros más interesantes sobre la globalización.

<sup>11</sup> Ver la obra del sociólogo Robert Robertson, *Glocalización: tiempo-espacio y homogeneidad-heterogeneidad», en Cansancio del Levantán : problemas políticos de la mundialización, Trotta, Madrid, 2003.*

menos avanzados y, por tanto, podremos llevar a cabo acciones de emulación o imitación de aquellas acciones que nos parecen positivas e innovadoras. La emulación como sistema para recoger las más efectiva e innovadoras practicas en los avances de la mujer son otro factor importante de la globalización. El conocimiento y evaluación son variables estratégicas que la globalización debe tener muy en cuenta si quiere tener éxito. De hecho las leyes de discriminación positiva aunque no estén reconocidas en todo el mundo sí son conocidas prácticamente en todo el mundo. Sin duda alguna contribuirá a avanzar de una manera más efectiva en el campo de la igualdad que, como hemos dicho anteriormente, se entiende ya como común y general a todo el ámbito global.

La sociedad del conocimiento no debería distinguir entre sexos pero, desgraciadamente, existen factores que frenan el acceso de la mujer a las redes de la sociedad del conocimiento, como pueden ser el diseño de las herramientas de acceso (páginas web, sitios web, etc), con la estructura de trabajo y mentalidad de los hombres; el acceso a la enseñanza orientada a la tecnología, la dificultad de acceso de las mujeres a la educación superior, la dificultad de acceso a los aparatos de telefonía, Internet, entre otros y las oportunidades que da para las mujeres el trabajo en red. Sin embargo en la sociedad del conocimiento, como en todos los demás ámbitos, también se discrimina más o menos a la mujer por las prácticas tradicionales generalizadas.

Internet puede convertirse en un instrumento importantísimo en todos los ámbitos, aunque quizá por ser la empresa el lugar dónde pasamos la mayor parte de nuestro tiempo, estos instrumentos son más impactantes. Así encontramos que empresas pioneras en este campo, ofrecen a los trabajadores, tanto mujeres como hombres, realizar parte de la jornada, e incluso su totalidad, en casa como medida para conciliar la vida laboral y familiar. La eficacia y la eficiencia del trabajo en la sociedad en red desde la oficina o desde el propio hogar está ya fuera de discusión.

La sociedad del conocimiento es innovación y la premisa para cualquier innovación es la experimentación y ensayo-error y el mayor instrumento de cambio para acabar con la discriminación de las mujeres es potenciar fórmulas innovadoras para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres. La sociedad del conocimiento en red puede acelerar los cambios la situación existente.

En este sentido es de destacar la Directiva Europea de 27 de noviembre de 2003<sup>12</sup> sobre la participación igualitaria de mujeres y hombres en la sociedad del conocimiento para el crecimiento y la innovación. En ella el Consejo de la Unión Europea *reconociendo*: “el importante papel que puede desempeñar la igualdad entre los sexos en el contexto de la estrategia de Lisboa para contribuir a que la Unión Europea se convierta en la economía basada en el conocimiento

---

<sup>12</sup> (2003/C 317/03), Resolución del Consejo de 27 de noviembre de 2003 sobre acceso y participación igualitarios de hombres y mujeres en la sociedad del conocimiento para el crecimiento y la innovación.



más dinámica y competitiva del mundo, capaz de un crecimiento económico sostenible, con más y mejores empleos y una mayor cohesión social, y el papel fundamental que pueden desempeñar los interlocutores sociales y las ONG y *considerando* la reducción de la desigualdad entre los sexos y de la brecha digital, destacando: la necesidad de fomentar una participación igualitaria de hombres y mujeres en la sociedad del conocimiento”.

## II. GLOBALIZACIÓN

La globalización y más en el aspecto que nos ocupa, la igualdad entre mujeres y hombres, no puede observarse como algo exclusivamente negativo entendido únicamente como la liberalización del comercio, la extensión de una perspectiva neoliberal y de sus aspectos puramente mercantiles. Hay otra globalización que, aunque sea globalización-americanización, ha significado un desarrollo de nuevos derechos sociales y civiles, entre los que se encuentra el derecho de igualdad entre mujeres y hombres. Estos se generaron en Estados Unidos, -como hemos indicado al comienzo de esta introducción y en el que tuvieron un papel muy importante las mujeres; y luego fueron extrapolados a través de la evaluación a Europa y, progresivamente, al resto del mundo. Ello ha generado instituciones y regulaciones que han consolidado estos nuevos derechos originados gracias a los movimientos de la comunidad<sup>13</sup>, pero que hoy ya forman parte del sistema de valores mundial, aunque desgraciadamente no se respeten en determinados países. Precisamente, su mayor o menor implantación, respeto y protección en el sistema legal de cada país (como resultado de las evaluaciones) es lo que determina su calidad democrática, social e institucional e, incluso, su grado de desarrollo económico. De esta manera, el grado de cumplimiento de estos valores y nuevos derechos se realiza a través de unas acciones progresistas para el derecho de igualdad de género como son los sistemas de evaluación y auditoria, realizadas por organismos públicos y privados, como las ONGs que lleva a determinar un ranking mundial no sólo en competitividad y desarrollo económico sino también en desarrollo humano y en desarrollo de los derechos de las mujeres.

Como indican los profesores Ballbé y Martínez “Concretamente, al analizar el sistema jurídico norteamericano comprobamos que ha sido pionero en los nuevos derechos conquistados durante las ultimas décadas: derechos civiles, derechos de la mujer, ambientales, laborales, sociales y de respeto y protección de las minorías, a la salud, a la seguridad alimentaria, a la seguridad vial, etc. Y es que la americanización y el derecho norteamericano no ha sido producto solo del enfoque neoliberal y neoconservador, sino que ha habido un trascendental activismo de los movimientos comunitarios, inigualable en Europa o en el resto del mundo”<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Ballbé, M., “Seguridad humana: del estado anómico al estado regulador”, Prólogo al libro de Christopher Hood *et al.*, *El gobierno del riesgo*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 11-12.

<sup>14</sup> Ballbé, M., “El futuro del Derecho Administrativo en la Globalización. Entre la americanización y la europeización”, *Revista de Administración Pública*, nº 74, Septiembre/diciembre de 2007 p. 217. Este artículo formará parte del libro de los profesores BALLBÉ y MARTÍNEZ, sobre Derecho



Como indicamos en la introducción, no toda globalización puede identificarse con liberalización y privatización; hay también una globalización social, medioambiental y de los derechos de las mujeres que no debe obedecer sólo a la liberalización y mercado privado, sino que debe garantizar los derechos de las mujeres a tener un derecho a la información veraz sobre lo que sucede en todos los ámbitos en relación a género. Si se mantiene una asimetría de la información en el ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres, se mantiene y consolida una desigualdad entre ambos, que no pueden obtener la misma información. Las técnicas de auditoría y evaluación tienen, por tanto, la misma finalidad que las técnicas de auditoría medioambiental y financiera, es decir, proporcionar la máxima información a las mujeres de todo el mundo y a la sociedad para asegurar el principio de igualdad informativa sobre los avances de los derechos de las mujeres<sup>15</sup>.

Podemos afirmar que la evaluación juega un papel muy importante en el desarrollo de los derechos humanos y de los derechos de la mujer que facilita una interacción y una información permanente entre todos los puntos del globo en la sociedad del conocimiento.

### III. DERECHO A LA INFORMACIÓN

El afloramiento de la información es un requisito indispensable para alcanzar mayores cuotas de igualdad entre mujeres y hombres. El último sentido de la evaluación<sup>16</sup> en materia de género no es otro que el de ofrecer información lo más detallada y objetiva posible, para que, a través de este proceso de transparencia y de facilidad de acceso a la información, se puedan tomar decisiones y atajar injusticias incluso a través de una presión exterior<sup>17</sup>.

El derecho de acceso a la información se ha convertido en uno de los derechos fundamentales y en un elemento esencial de diferentes derechos ya reconocidos. A modo de ejemplo vemos que el derecho a la vida es el derecho fundamental, pero tener derecho a la información de las causas que provocan el cáncer de mama, que afecta a un gran número de mujeres, se convierte en el derecho a la información y en el derecho a la vida. Este derecho se ha desarrollado fundamentalmente imbricado en todos los movimientos medioambientales, existiendo en la actualidad las leyes de acceso a la información medioambiental, uno de los orígenes de este derecho.

Otro de los orígenes de este nuevo derecho fundamental tiene

---

Constitucional y administrativo global.

<sup>15</sup> Ver en la obra de Stiglitz la teoría de la asimetría de la información que contribuyó a la obtención del Premio Nobel de Economía.

<sup>16</sup> Jiménez Tello, Pilar, Auditoría Universitaria y Calidad. La evaluación como conquista social ante la competencia universitaria global, VDM Verlag Dr Muller, Germany, 2009, pp. 381 y ss.

<sup>17</sup> Hay países donde aún su código penal castiga a las mujeres a la dilapidación por adulterio, mientras en el hombre se ve como práctica normal o miles de niñas son sometidas a la ablación del clítoris.

precisamente su raíz histórica en un hecho universitario. En una universidad norteamericana se produjo la violación de una estudiante. Los padres, después de una investigación minuciosa, obtuvieron la información de que, en ese mismo lugar, hubo varias violaciones que la universidad había ocultado por miedo a perder su prestigio. Tampoco había puesto mecanismos de más luz y mas vigilancia, así como carteles de aviso del peligro y, por supuesto, después de la violación de su hija tampoco rectificaron esa política de ocultamiento. Los padres sacaron a la luz el tema. Este hecho produjo un gran impacto en la opinión pública americana y como fruto se desarrolló este nuevo valor o idea fundamental de que hay un derecho humano, que es previo y absolutamente conexo al derecho preventivo a la vida, a la salud, al medio ambiente, etc. Por tanto, a raíz de esta nueva conciencia social se fue desarrollando lo que se denominó, incluso en una ley federal, la *Ley del derecho del ciudadano o de la comunidad a conocer* que ha implicado mecanismos de acción positiva por parte de las administraciones, como es la facilitación de información, la transparencia, la obligación de procedimientos administrativos que aseguren y faciliten la participación de los grupos, y mecanismos positivos de hacer llegar esa información a todos los ciudadanos e instituciones y mucho mas en la sociedad en red. Existen muchas leyes en la tradición administrativa americana de este tipo, pues al final se ha visto que es uno de los derechos nucleares fundamentales; así encontramos, leyes como la Sunshine Act (Ley de exponer a la luz del sol) y la Freedom of Information act (FOIA) (Ley de Libertad de Información). Estas leyes regulan la obligación de las administraciones de proporcionar a los ciudadanos y a la sociedad información. La FOIA obliga a las administraciones públicas a facilitar a cualquier ciudadano cualquier documento que esté en su posesión, este es el principio general. La Sunshine Act obliga a que la reuniones entre diferentes departamentos administrativos sean abiertas al público. La teoría de ambas leyes es que con la información pública mejorarán las tomas de decisiones de las administraciones y será un mecanismo de control sobre los intereses, sean corporativos o de algún sector económico o social poderoso bien organizado y que tienen influencia, muchas veces a través de los lobby.

Ahora, en la democracia contemporánea se percibe a la información pública como una virtud en sí misma al margen de los problemas que pueda ocasionar. Los poderosos intereses privados se basan esencialmente en la confidencialidad cuando captan a los políticos o funcionarios. Con estas leyes de información hay otro controlador, además de los grupos y de los ciudadanos, que son los tribunales, que tienen que juzgar si no se ha dado toda la información requerida o disponible, con lo que también se anulan muchas decisiones administrativas por haber ocultado información, por ejemplo. Las leyes están elaboradas con el fin de regular y conseguir una mayor transparencia.

La información juega un papel importantísimo en la evaluación de las políticas de género. El afloramiento de la información a través de la evaluación es la clave para poder emprender acciones de mejora en este campo. Así

como ofrecer a los poderes públicos e instituciones privadas datos objetivos y contrastados de la situación en que se encuentran dichos derechos.

Uno de los aspectos nucleares de la economía moderna son los estudios y análisis sobre el afloramiento de información y la simetría en la información, sobre la relevancia decisiva que adquiere la información para el funcionamiento de los mercados financieros o de cualquier tipo. Precisamente los trabajos de *Análisis del funcionamiento de los mercados* -que reconocen y premian con el Nobel de economía a Joseph Stiglitz-, se basaban en la asimetría de la información (cuando unas personas saben más que otras) en los mercados financieros.

No puede producirse un mercado real, fluido y seguro si no se consigue como premisa ineludible la existencia de una democracia informativa, de una información veraz, de unos procesos transparentes y de una seguridad sobre los datos estadísticos y de una igualdad entre los ciudadanos en la información; por eso la información se supone como base ineludible de la economía de mercado.

Precisamente la gran crisis del capitalismo moderno que supuso el crack de la bolsa de Nueva York en 1929, fue originada por la falta de transparencia de la información sobre datos de las empresas y el aprovechamiento particular por parte de los especuladores que tenían información privilegiada para invertir sin cumplir las mínimas reglas de juego limpio.

La reforma estructural del capitalismo después de la crisis del 29 se orientó precisamente hacia la resolución de este problema. La seguridad del mercado bursátil solo podía basarse en la obligación y responsabilidad de las empresas en el afloramiento de una información veraz y segura sobre los beneficios y pérdidas de las empresas; para ello se establecieron una serie de regulaciones, como son las leyes del mercado bursátil y se creó la Securities and Exchange Commission (Comisión Nacional del Mercado de Valores).

La primera política de las leyes federales de valores hoy se encamina a remediar las asimetrías de la información. Se aplica mediante un sistema obligatorio de declaraciones que obliga a las empresas a facilitar detallada y específica información cuando venden nuevos valores al público y, a la vez, les requiere informes periódicos y anuales conteniendo toda esa información económica y financiera de la empresa. La obligación de la auditoría financiera, hoy extendida en todo el mundo, fue una conquista social frente al secretismo en relación a los beneficios y pérdidas de las empresas. El sistema fue, en esencia, una respuesta a los fallos del mercado, de las empresas y de los gobiernos<sup>18</sup>.

Se dice que las técnicas de auditoría no son más que la extrapolación de las técnicas de la empresa privada, pero esto es hasta cierto punto, erróneo y distorsionado -proviene de las leyes del Presidente Franklin Roosevelt, que forman lo que se denomina "Welfare State" (el estado del bienestar)-. Las

---

<sup>18</sup> Seligman, J., "The Transformation of Wall Street" *A History of the Securities and Exchange Commission and Modern Corporate Finance*, 3ª ed., Aspen Publishers, 2003, pp. 604-605.

técnicas de auditoría y de afloramiento de información, aunque pudieran ser técnicas que realizaban algunas empresas los poderes públicos, las introdujeron en todas las empresas. En este sentido diríamos que es una herramienta que no responde a los valores genuinos del capitalismo liberal porque, precisamente, se basaba en técnicas introducidas por un nuevo estado regulador y social de derecho introducida en el mercado para corregir el mismo.

Por tanto, no hay una extrapolación de la empresa privada. La evaluación no es una técnica y valor genuinos de la empresa privada, sino que suponen la aplicación de unos valores democráticos progresistas y sociales característicos de las reformas del denominado estado del bienestar que se inició después del crack del 29. A partir de aquí se obligó a las empresas a modificar el valor genuino del mercado y de la libre empresa, el “laissez faire” por la imposición, a requerimiento del interés público, de técnicas y valores para aflorar información sobre los beneficios y pérdidas de las empresas, sobre la transparencia de sus actividades e, incluso, sobre el control de sus obligaciones en el ámbito económico, empresarial y financiero. Con ello se garantiza no sólo una democracia política sino una democracia económica y social, es decir, una igualdad en los derechos.

El afloramiento de la información es un requisito indispensable para conseguir la igualdad entre mujeres y hombres. El último sentido de la auditoría y la evaluación en materia de género no es otro que el de aflorar información lo más objetiva posible, para que, a través de este proceso de transparencia y de facilidad de acceso a la información, la sociedad y los responsables políticos conozcan la situación real de cómo se encuentran los derechos y puedan tomar decisiones. Pensamos que hemos avanzado en el tema de la igualdad entre mujeres y hombres, pero no sabemos, por ejemplo, el número de mujeres que están en los consejos de dirección de las empresas o las que ocupan altos cargos en las mismas o están en los puestos de dirección e, incluso, se da la paradoja de que en empresas donde sólo se producen productos para las mujeres, se encuentran en los puestos directivos mayoría de hombres o solo hombres.

No podemos pues olvidar que las grandes transformaciones sociales se iniciaron cuando la información y el conocimiento, lo que se ha llamado hoy la economía del conocimiento, empezaron a convertirse en el elemento central de la Economía.

Las redes de la sociedad del conocimiento o sociedad de la información nos podrían poner a disposición todos los datos e información sobre los derechos de las mujeres en cualquier parte del mundo, pero a pesar de los avances, aun no se ha articulado y materializado, con toda la efectividad que los medios técnicos e informáticos nos permiten, una documentación en este sentido. La información es uno de los mejores instrumentos para consolidar, avanzar y comparar la situación en que se encuentran los derechos de las mujeres y, a través de esta comparación y viendo las buenas prácticas en este ámbito, estimular a los países que se encuentran más atrasados. El afloramiento de todo tipo de información nos da noticias de aspectos positivos o negativos que nos hace tener conocimiento

y conciencia a nivel global de los hechos más conculcadores de los derechos de la mujer y en qué puntos determinados del planeta se esta produciendo está conculcación e, igualmente, en qué lugares se está produciendo un avance y qué técnicas se están experimentando e innovando que permite un avance positivo. Esta información que ahora se consigue a través de las redes de la sociedad del conocimiento hace que podamos intervenir de forma, incluso urgente, en casos concretos en que la mujer se encuentra en situaciones gravísimas. A modo de ejemplo podemos mostrar los casos de feminicidio<sup>19</sup> en México<sup>20</sup> que comenzaron en la Ciudad de Juárez en 1993 y dónde en el estado de Chiapas, entre 1994 y 2005, fueron asesinadas 612 mujeres, y en el Estado de México se registraron 500 homicidios y Guatemala<sup>21</sup> según los datos del Ministerio Fiscal de ese país en 2005 habían sido asesinadas 497 mujeres, pero lamentablemente, en otras partes del mundo, se producen los mismos hechos y, al no haber un activismo de la comunidad local e internacional, no han podido aflorar estos datos, así tenemos el caso de Sri Lanka<sup>22</sup>, entre otros. La situación que sufren las

---

<sup>19</sup> Entendiendo por feminicidio lo definido en el art. 1 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, celebrada en Belem do Pará en 1994 “ *se entiende como violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*”.

<sup>20</sup> La Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH) y sus organizaciones miembros en México (la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, Asociación Civil -CMDPH- y el Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos -CALDH-) realizaron una misión de investigación entre septiembre y octubre de 2005. La misión pudo constatar que el asesinato de mujeres continúa en aumento en México. En México no hay estadísticas globales de la situación, sino algunas en cada estado. Por ejemplo, en el estado de Chiapas entre 1994 y 2005 hay informaciones de 612 asesinatos a mujeres,; y en el Estado de México, primer estado en México en homicidios de mujeres, se reportaron cerca de 500 homicidios tan sólo en el 2004. Para la misión fue evidente que no hay reconocimiento ni normativo ni fáctico de parte de las autoridades de que la violencia contra las mujeres son violaciones de los derechos humanos. Igualmente es preocupante la negligencia y/o corrupción de los funcionarios públicos que trabajan en la administración de justicia, así como la falta de transparencia en la información de casos que se dan por resueltos, particularmente según lo observado por la misión en el estado de Chihuahua. [http://www.fidh.org/article.php3?id\\_article=3262](http://www.fidh.org/article.php3?id_article=3262)

<sup>21</sup> La Federación Internacional de los Derechos Humanos (FIDH) y sus organizaciones miembros en Guatemala (la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos de Guatemala -CDHG- y el Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos -CALDH-) realizaron una misión de investigación entre septiembre y octubre de 2005, ante la permanentes denuncias de asesinatos de mujeres en Guatemala. En Guatemala el Ministerio publico aporto un dato de que 497 mujeres habían sido asesinadas en 2005. La misión señaló que en Guatemala los feminicidios son la expresión de la discriminación de las mujeres en todos los ámbitos. La permanente ocurrencia de asesinatos contra las mujeres y la impunidad que rodea su investigación y sanción dan cuenta de la inexistencia de mínimas condiciones de seguridad que permitan a las mujeres una vida libre de violencia. Las políticas de prevención son escasas y no se encuentran articuladas a una política general de seguridad que de prioridad a la prevención. El ambiente generalizado de inseguridad y la impunidad inciden fundamentalmente en la situación de las mujeres: los agresores no están siendo castigados, no existen las condiciones que permitan un debido proceso garantista de los derechos de las víctimas y en muchos casos, estas son señaladas y tratadas como delincuentes y sus familias estigmatizadas. [http://www.fidh.org/article.php3?id\\_article=3262](http://www.fidh.org/article.php3?id_article=3262)

<sup>22</sup> En Sri Lanka, según un estudio reciente de Naciones Unidas, ocupa el segundo lugar de personas desaparecidas y dada la cultura de temor que siente la población en palabras de Sumila

mujeres en México esta descrita en las obras de la catedrática y antropóloga en la Universidad Nacional Autónoma de México Marcela Lagarde<sup>23</sup> donde refleja con todo detalle la situación que viven las mujeres, así como los problemas que subyacen y soluciones de esta gravísima situación de conculcación de derechos. La mejor forma de terminar con esta situación es sacando a la luz todos los datos. El afloramiento de esta información ha hecho que la Federación de los Derechos Humanos y sus organizaciones miembros en México la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, Asociación Civil (CMDPDH) y en Guatemala la Comisión de Derechos Humanos de Guatemala (CDHG) y el Centro para la Acción Legal en Derechos Humanos (CALDH) elaborará un informe. Dichas actuaciones han dado como fruto que Naciones Unidas nombrará un observador externo que se encuentra en Guatemala. Como vemos, ya se toman medidas desde fuera del país.

Igualmente a través de esta información se podría establecer un ranking mundial, al ejemplo del que se realiza por el suplemento educativo de The Times Higher, el elaborado por la Universidad Jiao Tong de Shangai (China) para las Instituciones de Educación Superior, el de Amnistía Internacional u otras organizaciones, entre otros con el objeto de hacer visible la situación en que se encuentran los diferentes países en relación a los derechos de las mujeres. Ello llevaría a los distintos países a establecer acciones encaminadas a obtener mejores posiciones en el ranking y, por tanto, se introduciría un factor importantísimo para la mejora, como es la competitividad en materia de protección a los derechos de la mujer. Acciones de este tipo nos llevarían, sin duda, a mejorar con respecto de estos derechos que, pese a que nos encontramos en el siglo XXI, aún quedan muchas cuotas por conquistar.

#### IV. EVALUACIÓN

Evaluar, según el diccionario de la Lengua Española de Real Academia Española es “estimar el valor de una cosa”.

---

Abeysekera, uan de las más valientes luchadoras por la conquista de los derechos humanos en ese país, nadie se atreve a denunciar. En una entrevista concedida al periodista del correo de la UNESCO ([unesco.org/courier](http://unesco.org/courier), consultada el 2 de junio de 2008)), Ethirajan Anbarasan, Sumila Abeysekera indicaba que “...las mujeres y los niños son las primeras víctimas de los conflictos... muchas mujeres desplazadas viven en condiciones deplorables en campos administrados por el gobierno. Dada la escasez de alimentos, de ropa y medicamentos, se ven obligadas a trabajar en otros sitios. Pero en sus lugares de trabajo no están seguras. Como consecuencia de la fuerte militarización de la sociedad, el grado de violencia en el norte y en el sur, en particular la de carácter sexual, ha aumentado de manera alarmante...”.

<sup>23</sup> Catedrática y antropóloga en la Universidad Nacional Autónoma de México, donde da clase en los Postgrados de Antropología y de Sociología y en el Diplomado en Género y Desarrollo. Presidenta de la Comisión Especial de Femicidio de México y recientemente ha sido nombrada diputada del parlamento mexicano, pero sobre todo podemos destacar de ella que a sido una gran luchadora en la conquista de los derechos de la mujer.

Según John Dewey<sup>24</sup> “...la evaluación es una valoración de las cosas con respecto a su utilidad o necesidades” y a continuación pone unos ejemplos muy gráficos, entre ellos “...es obvio que los tratamientos medicinales se evalúan con respecto al fin de lograr el establecimiento de la salud”, extrapolarlo esta teoría al tema que nos ocupa podemos decir que es obvio que la evaluación es el instrumento decisivo y fáctico para la consecución de los derechos de las mujeres.

La evaluación se define como “un proceso de recogida y tratamiento de informaciones pertinentes, válidas y fiables para permitir a los actores interesados tomar las decisiones que se impongan para mejorar las acciones y los resultados” (UNESCO, 1998).

En una definición más cercana al ámbito del Derecho Administrativo diremos que la evaluación es un sistema para implantar la justicia, reconocer los méritos y la capacidad que es un principio constitucional e, incluso, implantar el principio de igualdad que es el tratamiento desigual a los desiguales.

Como bien indica Adrian Wood<sup>25</sup> el sentido de la palabra evaluación ha sido objeto de un gran debate. Según Scriven<sup>26</sup> la palabra evaluación se toma de “proceso para determinar el mérito, rendimiento o valor de algo, o el producto de dicho proceso”. La actividad de evaluación, como actividad profesional, como ya hemos comentado con anterioridad, nació en EEUU en los años sesenta. A mediados de los setenta se constituyeron en EEUU dos asociaciones profesionales que en 1984 se fusionaron formando la extensa e influyente American Evaluation Association (Asociación Norteamericana de Evaluación)<sup>27</sup>.

La evaluación es una forma legítima y un requerimiento para que los organismos o instituciones, tanto públicos como privados, se impongan mecanismos de autorregulación. Esto no es nada irracional, la implantación de un sistema de evaluación obliga a las citadas instituciones a establecer sistemas de garantía de calidad internos y a preparar a las mismas para hacer frente a las evaluaciones externas. El mero hecho de tener que revelar una información sobre determinados aspectos de una empresa, ya sea de sus datos económicos, químicos contaminantes o datos sobre la posición y el peso de las mujeres en la misma, hace que la situación se modifique ya que se dan cuenta de la situación en que se encuentran y que esos datos no pueden salir a la luz tal como los tienen, con lo que se inicia una reforma para adaptarlos a los estándares establecidos. La evaluación es lo que hace cambiar y mejorar la protección de los derechos en las empresas, a la vez que sirve para acelerar las reformas dentro de las mismas.

---

<sup>24</sup> Dewey, J., *Teoría de la valoración*, traducción: María Luisa Balseiro, Siruela, Madrid, 2008, pp. 60-61.

<sup>25</sup> Adrian Word, experto en evaluación de ONGs y Derechos Humanos y autor de la citada obra, *Evaluar la acción humanitaria. Reflexiones sobre el terreno*, traducción: Lourdes Rey Marcos, Icaria, Barcelona, 2008.

<sup>26</sup> Scrivens, M., *Evaluation Thesaurus*, Newbury Park, CA: Sage, 4ª ed, 1991, p. 139.

<sup>27</sup> Wood, A. y otros, *Evaluar la acción humanitaria. Reflexiones sobre el terreno*, Traducción: Lourdes Rey Marcos, Icaria, Barcelona, 2008, p. 49.



La evaluación se aplica a casi todas las formas de actividad humana, sistemas sanitarios, métodos de enseñanza, contaminación atmosférica, seguridad ambiental, seguridad humana y un largo etc.

Las funciones que la evaluación puede aportar para alcanzar mayores cuotas y avances en la conquista del derecho de igualdad de género serían: en primer lugar, que se generen estrategias para avanzar en las políticas de igualdad; en segundo lugar, que se obligue a revelar información sobre la situación de las mujeres, y en tercer lugar que sirva como mecanismo de rendición de cuentas a los gobiernos, a la sociedad y los particulares que son los que financian las organizaciones públicas o privadas. A modo de ejemplo, las universidades están obligadas por ley<sup>28</sup> a tener una unidad de igualdad y poca son las que en la actualidad las han creado. Hoy con las redes de la sociedad del conocimiento no hay excusa. Toda la información se encuentra en la red y existen las herramientas necesarias para comunicarnos con cualquier parte del planeta.

Según el estudio de Wood: “La legislación de la Great Society de los años sesenta inyectó una cantidad enorme de fondos federales en programas contra la pobreza, contra la segregación racial, de vivienda, de bienestar social y de educación”<sup>29</sup>. Así mismo, indica que “La evaluación se ha convertido durante la pasada década en un instrumento clave, seguramente el instrumento clave que utilizan las organizaciones de donantes y las agencias humanitarias para revisar como se proporciona la ayuda humanitaria y que lecciones hay que aprender de la experiencia. Se ha llegado a una situación en la que las evaluaciones son casi de “rigueur” para las organizaciones respetables cuando concluyen operaciones humanitarias de gran escala”, indica Adrian Wood<sup>30</sup> refiriéndose a la evaluación humanitaria.

Algunos aún tienen la visión de que la auditoria y la evaluación son identificables a la privatización y provienen del liberalismo económico más puro, partidario de las reglas de autorregulación del mercado rechazando de plano cualquier tipo de intervencionismo público. Pues bien, esta creencia es totalmente equivocada, como ya hemos visto en el apartado de derecho a la información, el origen estaría en la crisis económica del 29, que conllevó que a partir de las leyes de 1933, que crearon, entre otras, la Comisión del Mercado de Valores (*Security Exchange Comisión -SEC-* que presidió el catedrático de Derecho Administrativo, Landis) diseñó este nuevo modelo regulador por el que se obligaba a las empresas a responsabilizarse de la transparencia de sus cuentas y del sometimiento a un auditor privado con una supervisión final de la Administración pública. Así pues, supuso una corrección estructural del capitalismo y de las reglas del libre mercado. Se desarrolló un nuevo sistema de técnicas, principios y valores que conforman hoy la calidad del dinámico

<sup>28</sup> Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (BOE de 13 de abril de 2007).

<sup>29</sup> Wood, A. y otros, *Evaluar la acción humanitaria...*, *op.cit.*, p. 49.

<sup>30</sup> Wood, A. y otros, *Evaluar la acción humanitaria...*, *op.cit.*, p. 35-36.



sistema empresarial y financiero, gracias a la implantación de los sistemas de Garantía de Calidad: auditoria, evaluación, acreditación y certificación.

Dichos sistemas no están relacionados con los principios del neoliberalismo económico, sino con los movimientos denominados progresistas (reformas administrativistas que comenzó Wilson y que continuó Roosevelt). Efectivamente, fueron las administraciones más progresistas las que obligaron a implantar en todo el sistema económico-empresarial y en las reglas del mercado, este nuevo sistema de auditoria y evaluación que no puede ser identificado precisamente con un modelo no intervencionista clásico.

En los años 60 se desarrolló la llamada *Corporate responsibility*, es decir, la responsabilidad de la empresa en implantar, desarrollar y evaluar la implementación de los estándares y las políticas reguladoras y autorreguladoras en el ámbito financiero, de seguridad laboral, de derecho ambiental, de antidiscriminación y de responsabilidad social.

En este sentido, no deben identificarse las técnicas y la cultura de auditoria y evaluación con la privatización y con las técnicas de mercado propias e inherentes al sistema neoliberal de mercado.

Este sistema se extendió en la siguiente gran reforma política y social de los años 70 con la presidencia de Kennedy y Johnson; y con las leyes ambientales Environmental Protection y de salud laboral y seguridad en el trabajo (EPA Y OSHA) por las que se obliga a las empresas a implantar nuevos sistemas de evaluación, ahora de riesgos laborales y seguridad ambiental, con la obligación adicional de crear un departamento de riesgos ambientales, nombrar un delegado de prevención de riesgos laborales y, en el caso norteamericano y alemán, también un *environmental officer*<sup>31</sup>.

Asimismo, la obligación de someterse a una auditoria y evaluación de riesgos laborales y riesgos ambientales que en España aún son voluntarias, pero que muchas empresas las llevan a cabo porque saben que con ello quedan identificadas como empresa de calidad.

Por tanto, el eje de las importantísimas reformas del derecho ambiental y de los riesgos laborales, vuelve a ser la implantación del sistema y los valores de la auditoria y evaluación, ahora de riesgos laborales o ambientales, que son precisamente las reformas más progresistas y modernas y que no pueden identificarse con los sistemas clásicos de libre mercado y libre empresa sino al sometimiento del mercado y la empresa a una nueva regulación basada en estas técnicas.

En los EE.UU., las técnicas de auditoria y evaluación también fueron el instrumento decisivo para implantar los *civil rights* y los sistemas de discriminación positiva en las empresas. Este sistema se extendió a los derechos

---

<sup>31</sup> Martínez Quirante, R., *El Delegado de Prevención de Riesgos Ambientales*, trabajo de investigación inédito presentado en las oposiciones a profesor titular en la UAB, 2001.

de las mujeres y a los sistemas de paridad, reconocidos en nuestro país en Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres 32 donde se introducen las técnicas de que hablamos.

## V. PROCESO DE EVALUACIÓN

El proceso de evaluación, en el tema que nos ocupa, la igualdad entre mujeres y hombres, tiene como objetivo conseguir la eficacia y la eficiencia de los recursos invertidos en las acciones de promoción de los derechos de la mujer, cumplir con los estándares de calidad marcados en los diferentes programas y responder a la demanda de los colectivos y de la sociedad afectada por estas acciones.

Según Requena<sup>33</sup> la finalidad de la evaluación es rendir cuentas (accountability), comparar instituciones (assessment), monitorizar el proceso (evaluación formativa) y medir resultados (evaluación sumativa).

El resultado del proceso de evaluación es la emisión de un juicio de valor de expertos sobre los objetivos marcados por las instituciones, el grado en que los mismos se han cumplido y la forma en que han sido alcanzados.

Las bases en que se asientan los juicios de valor y los métodos utilizados varían, pero generalmente podemos establecer, las siguientes fases:

**Autoevaluación:** describe y valora su situación de la organización respecto a los criterios establecidos, identificando inicialmente aquellas propuestas de mejora a partir de las cuales se elaborarán los planes de actuación que deberán ponerse en marcha una vez concluido todo el proceso. El resultado de esta fase del Proceso es el "Informe de Autoevaluación".

**Evaluación externa:** un grupo de evaluadores externos bajo las directrices y supervisión de la institución a evaluar, analiza el Informe de Autoevaluación, tanto a través de un estudio documental, como por medio de una visita a la unidad evaluada, emite sus recomendaciones y propone mejoras. El resultado de esta fase es el "Informe de Evaluación Externa".

**Evaluación Final:** se recogen los principales resultados del proceso de evaluación. Del mismo modo, se identifican los indicadores de seguimiento de las acciones detectadas así como los beneficios esperados de las mismas.

**Elaboración del Plan de Mejoras** y establecimiento de indicadores de seguimiento del mismo.

Hasta ahora la evaluación externa se estaba realizando por evaluadores

---

<sup>32</sup> Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo de 2007).

<sup>33</sup> Medina Iglesias, M., *La evaluación institucional de la calidad de las Universidades: Análisis y mejora del proceso de evaluación externa*, Tesis dirigida por Manuel Galán Vallejo y Gregorio Rodríguez Gómez, Defendida en la Universidad de Cádiz, noviembre de 2003, p. 99.

externos que una vez analizado el informe de autoevaluación realizaban una visita in situ con un programa establecido que se enviaba con anterioridad a la organización objeto de evaluación. En la actualidad con las redes que nos brinda la sociedad del conocimiento no es necesario realizar las visitas in situ, estas se pueden realizar a través de la web, así hay instituciones que ya utilizan estas herramientas como medio para realizar las evaluaciones. Ejemplo ANECA, que ha elaborado un protocolo para la revisión de la página web del seguimiento de mención de calidad de los doctorados.

Ahora no tenemos que acudir a una hemeroteca para obtener datos o para analizar la evolución de la violencia de género y su tratamiento, simplemente con acudir a la red podemos evaluar la evolución de la protección o en la vulneración del derecho a la dignidad de la mujer.

En el campo de la medicina, tenemos otro ejemplo claro de evaluación a través de las nuevas tecnologías, se puede realizar la evaluación de un proceso de cirugía, desde cualquier parte del mundo, simplemente con la retransmisión de la misma a través de satélite. Con lo que los evaluadores están observando en tiempo real el proceso.

Provenientes de Organismos Internacionales, en este caso de Naciones Unidas, tenemos un procedimiento de evaluación "El Examen Periódico Universal" (EPU), aprobado por Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos de 18 de junio de 2007. Este procedimiento, de carácter universal, de evaluación sobre el nivel de cumplimiento de las obligaciones y compromisos de los Estados que conforman las Naciones Unidas en materia de protección y respeto derechos humanos que garantiza que cada cuatro años serán examinados los países que componen la organización por el Consejo de Derechos Humanos y que introduce en el mismo la perspectiva de género. Este reciente procedimiento, que tiene prevista una revisión periódica, debería introducir en alguna de sus fases la utilización de nuevas tecnologías con el fin de hacer más eficaz y ágil el mismo.

Las organizaciones no gubernamentales (ONGs), entre las que podemos destacar Amnistía Internacional, ONG que elabora con carácter anual un informe sobre "El estado de los derechos humanos en el mundo" en el que se establece una evaluación de los diferentes derechos humanos por países. La evaluación de la situación en que se encuentran los distintos países con respecto a materia de género aparecen reflejados especialmente en los apartados "derechos de las mujeres", "Discriminación", "violencia de género", "Trata de personas", "Tortura y malos tratos policiales", entre otros. Los resultados que se ofrecen en el informe son fruto de la evaluación que las delegaciones de Amnistía Internacional han realizado in situ en los diferentes países, pero que en el futuro deberá incorporar las nuevas tecnologías para la evaluación. Es a través de esta evaluación cuando sale a la luz la información de la situación en que se encuentran los diferentes países, con relación a los derechos humanos<sup>34</sup>.

---

<sup>34</sup> Se puede acceder a él a través de su página web. [www.amnesty.org](http://www.amnesty.org)

Es también conocido todo el sistema anticorrupción que se está implantando mundialmente y que proviene de la extrapolación de estas mismas técnicas para evaluar la corrupción por países (a través del organismo prestigioso denominado Transparencia Internacional, que establece un ranking anual por niveles de corrupción)<sup>35</sup>. La sociedad actual calificada como sociedad del riesgo precisamente tiene esta denominación porque actualmente se evalúan los costes y beneficios y se evalúan los mayores o menores riesgos en todos los campos. Eso ha llevado a otras denominaciones como la de “Estado evaluativo” y la de “audit society”. Incluso se ha hablado de la “litigation through evaluation” es decir que, sólo auditar y evaluar es ya un sistema de ordenación y regulación de las empresas.

La innovación dentro de los sistemas de evaluación debe ser continua para adaptarse a las transformaciones que sufre la sociedad e incorporar en estos procesos las nuevas tecnologías que aportan agilidad a los mismos. El evaluador no debe ser un aplicador automático de los parámetros dogmáticos en vigor, sino que uno de los retos de los evaluadores debe ser detectar algo singular, incluso aunque no lo identifiquen bien, porque reflejar eso que les ha llamado la atención puede ser un elemento que nos lleve a la identificación de nuevos valores que se pueden incorporar al proceso.

Así pues, el instrumento de cambio o innovación para la protección de los derechos humanos, entre los que se encuentra el derecho de igualdad entre mujeres y hombres es la evaluación.

Cuidado con dogmatizar en el terreno de la evaluación. Entre otras cosas la evaluación es inherente al sistema político federal, abierto, público o privado, con pluralidad de dogmas; no podemos desnaturalizarlos, es decir, tomar este concepto y vaciarlo de su sentido. Estamos copiando el sistema, pero no el contenido y el sentido o finalidad que lo vivifica.

Deberíamos copiar los valores de la evaluación americana, lo que no debemos es pervertir los valores, los principios y las técnicas de calidad que no son más que valores de apoyo y reconocimiento.

Para concluir diremos que la evaluación se está convirtiendo y va a ser el instrumento central de la regulación para la implantación real de la igualdad entre mujeres y hombres. La sociedad del conocimiento es una plataforma global para una mayor expansión de los derechos de las mujeres.

---

<sup>35</sup> Según este organismo, España está en el número 23 sobre 163 países evaluados, con una nota de 6'8 sobre 10; Brasil está en el número 70 y tiene una nota de 3'3 sobre 10.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

BALLBÉ Mallol, M. "El futuro del Derecho Administrativo en la Globalización. Entre la americanización y la europeización", **Revista de Administración Pública**, nº 74, Septiembre/diciembre de 2007 p. 217. Este artículo formará parte del libro de los profesores BALLBÉ y MARTÍNEZ, sobre Derecho Constitucional y administrativo global.

\_\_\_\_\_. "Seguridad humana: del estado anómico al estado regulador", Prólogo al libro de Christopher Hood *et al.*. **El gobierno del riesgo**. Ariel, Barcelona, 2006.

\_\_\_\_\_. *Estado competitivo y armonización europea*, Ariel, 2000.

BARRÈRE Unzueta, M<sup>a</sup> A. **Discriminación. Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres**. Madrid: Cívitas, 1997.

CASTELLS, M. **La era de la información: Economía, Sociedad y Cultura**. Barcelona: Alianza Editorial, 2005.

GIMÉNEZ Gluck, D. **Una manifestación polémica del principio de igualdad: Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversas**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

JIMÉNEZ, Tello Pilar. **Auditoria Universitaria y Calidad. La evaluación como conquista social ante la competencia universitaria global**. Germany : VDM Verlag Dr Muller, 2009.

MARTÍNEZ Quirante, R. **El Delegado de Prevención de Riesgos Ambientales**. trabajo de investigación inédito presentado en las oposiciones a profesor titular en la UAB, 2001.

MILIAN, A. **Derechos lingüísticos y derecho fundamental a la educación**. Madrid: Civitas-EAPC, 1994.

NUSSBAUM, Martha C. **Las mujeres y el desarrollo humano**. Barcelona: Herder, 2002.

Rivero Ortega, R., "Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la Sentencia "Kalanke" del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 90, 1996.

SCRIVENS, M. *Evaluation Thesaurus*, Newbury Park, CA: Sage, 4<sup>a</sup> ed, 1991.

SINGH, D. **The social dynamic of globalization**. Yale University, 2008.

WOOD, A. y otros. **Evaluar la acción humanitaria. Reflexiones sobre el terreno**, Traducción: Lourdes Rey Marcos. Barcelona: Icaria, 2008.



**Gráfica e Editora LCR Ltda**  
Rua Israel Bezerra, 633 - Fone: (85)3272-7844  
Bairro: Dionísio Torres  
Fortaleza - Ceará