

FABRÍCIO VEIGA COSTA
HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO
DEILTON RIBEIRO BRASIL

ESTUDOS AVANÇADOS DE DIREITOS HUMANOS, TEORIA DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

IDM
EDITORA



UNIPTAN





Fabrcio Veiga Costa
Heron José de Santana Gordilho
Deilton Ribeiro Brasil
(Organizadores)

**ESTUDOS AVANÇADOS DE DIREITOS HUMANOS,
TEORIA DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL**

PRIMEIRA EDIÇÃO

IDM
EDITORA

MARINGÁ – PR
2018

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

E79

Estudos avançados de direitos humanos, teoria do direito e desenvolvimento sustentável. / organizadores, Fabrício Veiga Costa, Heron José de Santana Gordilho, Deilton Ribeiro Brasil. - 1. ed. e-book - Maringá, Pr: IDDM, 2018.
416 p.

Modo de Acesso: World Wide Web:
<<http://www.uit.br/mestrado/publicacoes.html>
ISBN: 978-85-66789-53-9

1. Crimes ambientais. 2. Meio ambiente. 3. Direito animal. 4. Democracia. 5. Teoria Constitucional contemporânea. I. Título.

CDD 22.ed. 344.046

Rosimarizy Linaris Montanhano Astolphi – Bibliotecária CRB/9-1610

Todos os Direitos Reservados à



Rua Joubert de Carvalho, 623 – Sala 804
CEP 87013-200 – Maringá – PR
www.iddmeducacional.com.br
iddmeditora@gmail.com

AGRADECIMENTOS

Agradecimento à Instituição de Fomento à Pesquisa Científica, FAPEMIG, em especial aos Programas de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade de Itaúna-UIT, Universidade FUMEC, Escola Superior Dom Helder Câmara-ESDHC, Universidade Federal da Bahia-UFBA, Centro Universitário do Pará-CESUPA, Universidade de Coimbra-UC, Centro Universitário do Distrito Federal-UDF, Pontifícia Universidade do Rio de Janeiro-PUCRio, Universidade Federal do Rio de Janeiro-UFRJ e Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves-UNIPTAN.



Fundação de Amparo à Pesquisa do
Estado de Minas Gerais

Copright 2018 by IDDM Editora Educacional Ltda.

CONSELHO EDITORIAL:

Prof. Dr. Alessandro Severino Valler Zenni, Professor da
Universidade Estadual de Maringá (UEM).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5969499799398310>

Prof. Dr. Alexandre Kehrig Veronese Aguiar, Professor Faculdade
de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2645812441653704>

Prof. Dr. José Francisco Dias, Professor da Universidade Estadual
do Oeste do Paraná, Campus Toledo.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9950007997056231>

Profª Drª Sônia Mari Shima Barroco, Professora da Universidade
Estadual de Maringá (UEM).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0910185283511592>

Profª Drª Viviane Coelho de Sellos-Knoerr, Coordenadora do
Programa de Mestrado em Direito da Unicuritiba.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4609374374280294>

Profº Drº Fabrício Veiga Costa, Pós-Doutor em Educação.
Professor de Direito da PUC-MG

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7152642230889744>

PREFÁCIO

É uma honra prefaciara obra **Estudos avançados de direitos humanos, teoria do direito e desenvolvimento sustentável**, coletânea de artigos organizada pelos Professores Fabrício Veiga Costa, Heron José de Santana Gordilho e Deilton Ribeiro Brasil, todos vinculados à pós-graduação stricto sensu, composta por 11 artigos científicos de docentes e discentes da graduação e da pós-graduação.

A temática da obra é de extrema importância, haja vista a necessidade constante de diálogos sérios sobre questões relacionadas ao desenvolvimento sustentável, aos direitos humanos e à Teoria do Direito. O presente livro é um exemplo desse diálogo necessário!

O apoio diretamente realizado pela **FAPEMIG** – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais decorre das pesquisas desenvolvidas pelo Professor Doutor Sérgio Henrique Zandona Freitas, integrante do Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC, com pesquisas em andamento com os mestrandos em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna.

O primeiro trabalho, intitulado **A preservação do meio ambiente e o desenvolvimento econômico: uma análise constitucional**, de autoria de Talita Justi de Souza e do Prof. Dr. Sérgio Henrique Zandona Freitas (do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da FUMEC) tem por objetivo pesquisar a preservação do meio ambiente e o desenvolvimento

econômico, através de análise constitucional referente ao meio ambiente, adentrando, assim, a um tema de muita importância para o Direito universal.

Posteriormente, o mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Itaúna (UIT), Leonardo Alexandre Tadeu Constant de Oliveira, juntamente com o Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa, docente no referido Programa, fazem um estudo da sustentabilidade ambiental a partir das convenções da Organização das Nações Unidas, com o artigo ***Uma análise da sustentabilidade a partir das Convenções da ONU***. Trata-se de outro estudo relacionado à temática ambiental, reforçando a temática da coletânea.

O Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu, docente e Pró-Reitor do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), juntamente com o discente Thiago Loures Machado Moura Monteiro, discutem a utilização da biodiversidade amazônica sob a ótica da soberania e da globalização. Neste sentido, por intermédio do estudo ***Vegetação da Amazônia: tensão entre soberania nacional e globalização***, os autores constataam a necessidade de se confirmar a soberania nacional da vegetação amazônica.

O estudo seguinte, de Raphael Leal Roldão Lima e do Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho, ambos da Boa Terra de Jorge Amado, do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da UFBA tem o título: ***A superação da teoria da dupla imputação no direito penal ambiental***. Trata-se de pesquisa versando a polêmica possibilidade do cometimento de crimes por

peças jurídicas, questão que incomoda a Teoria do Crime. Deste modo, através de uma análise doutrinária, jurisprudencial e normativa, é discutida a responsabilidade penal ambiental das peças jurídicas, também denominadas de “entes morais”, debruçando-se em normas constitucionais e infraconstitucionais que regulam e dispõem acerca dos delitos ambientais.

A Profa. Dra. Loiane Prado Verbicaro e Maria Luiza Favacho Furlan, ambas vinculadas ao Centro Universitário do Pará, a primeira como docente na graduação e no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da UNICESUPA, e a segunda como discente na graduação, apresentam interessante pesquisa sobre terrorismo, democracia e direitos humanos, perpassando as temáticas da democracia associativa e tolerância. Assim, o estudo intitulado **Direitos humanos, dignidade e terrorismo: um ensaio sobre democracia associativa e tolerância**, propõe, a partir da ideia de democracia associativa de Ronald Dworkin e por intermédio de pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa, analisar os limites do combate ao terrorismo em democracias que pretendam respeitar a dignidade humana, para que se possa refutar discursos excludentes ratificadores do maniqueísmo “nós” x “eles”, baseado no fortalecimento de políticas discriminatórias e violadoras dos direitos humanos.

Em sequência, o Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil, do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Itaúna (UIT), juntamente com a mestranda Liliana Maria Gomes,

também do programa da Terra das Alterosas, analisam o direito dos animais na realização de testes de medicamentos e cosméticos, tendo como sustentação a necessidade ética na pesquisa. Destarte, por intermédio do estudo **Reflexões sobre o direito dos animais na realização de testes de medicamentos e cosméticos: alternativas sustentáveis**, os autores buscam problematizar o uso prejudicial de animais enquanto objetos de estudo em instituições de ensino superior e em pesquisas científicas, bem como suas consequências.

As discentes do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Itaúna (UIT), Grazielle Mendes Martins e Márcia Pelissari Gomes, juntamente com o autor deste prefácio, se dispuseram a abordar os efeitos deletérios do consumo extremado e sua necessidade de harmonização com os princípios da precaução e do desenvolvimento sustentável, por intermédio do estudo **Os princípios da precaução e do desenvolvimento sustentável frente ao crescimento do consumismo exacerbado**. É cediço que o ser humano possui necessidades de consumo, porém deve-se harmonizar essa necessidade com a preservação ambiental. Para isso, deve o poder público desenvolver mecanismos legais e fiscalizatórios no intuito de efetivar a harmonização, especialmente por intermédio de medidas que cientifiquem o consumidor dos efeitos gerados por suas escolhas, viabilizando, o chamado “consumo consciente”.

Karina Cordeiro Teixeira, Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Coimbra, Portugal, apresenta o estudo **A responsabilidade extracontratual do Estado-legislador por violação do direito da União Europeia**,

por intermédio do qual analisa, sob a ótica do direito português, a responsabilização do Estado por ato legislativo que, ao violar o Direito da União Europeia, cause danos a terceiros.

Logo em seguida, o Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago, Professor do PPGD - Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), passa a analisar a face conservadora do liberalismo norte-americano, se propondo a recuperar os fundamentos conceituais presentes no período de formação dos Estados Unidos e os debates travados naquele momento a fim de demonstrar que não existia uma vontade única, tampouco um conjunto tão claro de convicções a orientar o pensamento constitucional de 1787. O interessante e robusto artigo recebeu o título **A face conservadora do liberalismo norte-americano: um estudo sobre a gênese da Constituição dos Estados Unidos.**

A centralidade do constitucionalismo americano na teoria constitucional contemporânea é o tema do artigo do Prof. Dr. José Ribas Vieira, Professor do PPGD - Mestrado e Doutorado da Pontifícia Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) e do PPGD - Mestrado e Doutorado da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Trata-se de um estudo aprofundado sobre a questão que tem sido marcada por novos segmentos no âmbito do constitucionalismo anglossaxão os quais foram mapeados na recente obra de Stephen Gardbaum podendo-se destacar a reforma institucional inglesa, que criou a Corte Suprema, e o debate dialógico canadense, com seus reflexos na Nova Zelândia e

na Austrália. Têm se destacado no debate constitucional americano as tensões geradas pelas crescentes demandas de controle social, como as políticas estatais de combate ao terrorismo. O competente Prof. Dr. José Ribas Vieira nomeou o estudo com o seguinte título: **A centralidade do constitucionalismo americano na teoria constitucional contemporânea.**

A Mestre Elke Mara Resende Netto Armando, Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves (UNIPTAN), conclui a coletânea com o artigo **A contribuição de Ronald Dworkin para a teoria do direito a partir do paradigma da integridade.** Trata-se de estudo que discute algumas contribuições do pensamento de Ronald Dworkin para a Teoria do Direito, notadamente o Direito como Integridade. Deste modo, o artigo examina em que medida a filosofia dworkiniana responde a indagações dirigidas à epistemologia do Direito hodierna.

Sem sombra de dúvidas, os trabalhos contribuem para o pensamento jurídico brasileiro, que, tem apresentado caminhos para o Poder Público, que, muitas vezes são ignorados pelos governantes. Muito se fala, de maneira acéfala e sem conhecimento de causa, sobre a inutilidade dos estudos acadêmicos na seara jurídica.

A presente coletânea prova o contrário ao apresentar pesquisa densa e fundamentada.

Enfim, parabênizo todos os autores e demais envolvidos na obra.

Boa leitura!

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais

Doutor em Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da Graduação e da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Proteção em Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna e da Graduação da Faculdade de Pará de Minas (FAPAM) - CV: <http://lattes.cnpq.br/4987303044300524>

SUMÁRIO

A preservação do meio ambiente e o desenvolvimento econômico: uma análise constitucional 14

Talita Justi de Souza

Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Uma análise da sustentabilidade a partir das Convenções da ONU 46

Leonardo Alexandre Tadeu Constant de Oliveira

Fabício Costa Veiga

Vegetação da Amazônia: tensão entre soberania nacional e globalização 70

Thiago Loures Machado Moura Monteiro

Sébastien Kiwonghi Bizawu

A superação da teoria da dupla imputação no direito penal ambiental 112

Raphael Leal Roldão Lima

Heron José de Santana Gordilho

Direitos humanos, dignidade e terrorismo: um ensaio sobre democracia associativa e tolerância 150

Loiane Prado Verbicaro

Maria Luiza Favacho Furlan

Reflexões sobre o direito dos animais na realização de testes de medicamentos e cosméticos: alternativas sustentáveis 180

Liliana Maria Gomes

Deilton Ribeiro Brasil

**Os princípios da precaução e do desenvolvimento sustentável
frente ao crescimento do consumismo exacerbado** 209

Grazielle Mendes Martins

Márcia Pelissari Gomes

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais

**A responsabilidade extracontratual do Estado-Legislador por
violação do Direito da União Europeia** 237

Karina Cordeiro Teixeira

**A face conservadora do liberalismo norte-americano. Um
estudo sobre a gênese da Constituição dos Estados Unidos** 288

Marcus Firmino Santiago

**A centralidade do constitucionalismo americano na teoria
constitucional contemporânea** 341

José Ribas Vieira

**A contribuição de Ronald Dworkin para a teoria do direito a
partir do paradigma da integridade** 374

Elke Mara Resende Netto Armando

**A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE E O
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: UMA ANÁLISE
CONSTITUCIONAL**

**THE PRESERVATION OF THE ENVIRONMENT AND
ECONOMIC DEVELOPMENT: A CONSTITUTIONAL
ANALYSIS**

Talita Justi de Souza¹

Sérgio Henriques Zandoná Freitas²

RESUMO: O presente estudo científico propõe pesquisar a preservação do meio ambiente e o desenvolvimento econômico, através da análise constitucional dos preceitos ambientais democráticos atinentes à temática. Investigar-se-á daí a possibilidade de evolução econômica, com o crescimento das indústrias, sem infringir as normas de preservação do meio

¹ Bacharela em Direito pela Universidade FUMEC. Articulista. Pesquisadora ProPic FUMEC. E-mail: talitajusti@yahoo.com.br Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4537769151803232>.

² Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS. Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC MINAS. Professor do PPGD – Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia da Universidade FUMEC. E-mail: sergiohzf@fumec.br Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>. Pesquisa desenvolvida como resultado do ProPic 2016-2017 na Universidade FUMEC, com apoio da FAPEMIG, tendo como coordenador o co-autor

ambiente. Utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, por meio do método hipotético-dedutivo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental; Meio Ambiente; Desenvolvimento Econômico; Preservação.

ABSTRACT: The present scientific study proposes to research the preservation of the environment and economic development, through the constitutional analysis of democratic environmental precepts related to the theme. It will be investigated the possibility of economic evolution, with the growth of industries, without violating the norms of preservation of the environment. The bibliographic research will be used, through the hypothetical-deductive legal method.

KEYWORDS: Environmental Law; Environment; Economic development; Preservation.

1 INTRODUÇÃO

O estudo científico propõe a pesquisa de meios de crescimento econômico consciente, considerando os princípios descritos na Constituição de 1988.

A sociedade cada dia mais tem a pretensão de crescimento da riqueza e de investimentos, mas por outro lado é importante a proteção do meio ambiente, pois há exigências impostas pelas normas ambientais e seu cumprimento designado pelas agências ambientais.

Busca-se encontrar um meio termo que permita a evolução econômica, com o crescimento das indústrias, sem infringir as normas de preservação do meio ambiente.

A segunda parte do trabalho foi exposto com a interação do Direito ambiental com as demais fontes do direito e ciências atinentes.

A terceira parte descreve as formas como a evolução econômica e a preservação do meio ambiente podem interagir sem que o prejuízo entre elas se consolide.

As formas de como o Estado deve agir e de como a população pode ajudar para que o desenvolvimento ocorra está esclarecido na quarta parte.

Já a quinta parte interage a aplicabilidade das normas ambientais com a evolução da economia perante a Constituição.

A principal fonte para a pesquisa partiu dos conceitos teóricos propostos na obra de Édis Milaré, o qual aborda de forma ampla os preceitos ambientais, relacionando com as demais áreas jurídicas, sociais e científicas, representando o marco teórico do presente trabalho.

O desenvolvimento foi possível através de pesquisas realizadas em livros, leis, conceitos e dados que consistiram na construção de características dispostas no presente trabalho científico.

2 A BASE CONSTITUCIONAL DA PROTEÇÃO AMBIENTAL

As Constituições anteriores a de 1988, não tratavam da proteção ambiental, especificavam apenas sobre a proteção à saúde e sobre a competência da União de legislar sobre a água, pesca, floresta e caça.

A Constituição de 1988 foi a primeira a tratar especificamente sobre o meio ambiente, em que se encontra em vários dispositivos a tutela do ambiente, juntamente com as Leis Orgânicas e Constituições Estaduais/Municipais, trazem a melhor legislação ambiental existente.

A legislação vigente abrange todos os ramos para que o meio ambiente seja protegido, mas não basta apenas existir a norma, esta precisa que as pessoas e as autoridades responsáveis apliquem a lei, pois o maior problema é o desrespeito, a falta da punibilidade.

3 MEIO AMBIENTE BEM JURÍDICO

A proteção do meio ambiente não era tratada de forma expressa nas Constituições do mundo, mas existiam leis e regulamentos de proteção do ambiente, pois o objetivo do legislador era utilizar o conceito geral de proteção à saúde humana.

Na Constituição de 1988, o meio ambiente ganha mais autonomia e valor, sendo tratada como princípio fundamental, abordada em vários artigos de forma explícita e implícita, onde descrevem o que a população, União, Estados, Distrito Federal e Municípios devem e podem proteger o meio ambiente. Tem-se como exemplo a proposição da ação popular que vise anular ato lesivo ao meio ambiente.

A legislação ambiental começou a aparecer na época em que o regime político era fechado e o ambientalismo apenas estava começando. A Lei nº 6.938/1981 criou um instrumento inovador e descentralizador para a política pública. Esta lei pode ser dividida em três partes, o qual aborda: princípio e objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente; Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama); e instrumentos de política ambiental.

A Política Nacional, tratada no artigo 2º da lei, aborda vários princípios sendo um deles: “a ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser protegido, tendo em vista o uso coletivo”, sendo um precursor do art. 225, caput, da CR/88, ou seja, que define o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Os outros princípios combinados encaixam no estudo do desenvolvimento sustentável.

O artigo 4º descreve nos objetivos da Política Nacional, a compatibilização do desenvolvimento socioeconômico com a preservação do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, com vista à utilização racional e disponibilidade permanente.

Neste dispositivo aborda o princípio do poluidor-pagador, o qual elenca que o usuário para fins econômicos deve contribuir para utiliza os recursos ambientais, ou seja, o empreendedor no estudo de impacto, se causar danos ao meio ambiente, deverá pagar os prejuízos causados.

A Lei nº 6.938/81 estabelece qual parte do governo deveria trabalhar de forma integrada na proteção e melhoria do meio ambiente. O SISNAMA é composto por todos os órgãos federais, estaduais e municipais que atuam no setor, em especial o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que dá suporte as políticas governamentais para o meio ambiente e também é um poder normativo em relação aos critérios e padrões para o controle e manutenção do meio ambiente.

O CONAMA originalmente presente na Lei nº 6.938/81, hoje regulamentado pelo Decreto nº 99.274/1990, é um órgão colegiado, com representantes dos diferentes ministérios, sociedade civil e do setor produtivo. O CONAMA é responsável por uma extensa produção normativa, que complementam as leis ambientais de aplicação nacional.

4 A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE COMO PRINCÍPIO DA ORDEM ECONÔMICA

Sendo um Estado capitalista, em que é garantido ao mercado seu funcionamento sem intervenções desnecessárias do Poder Público, sua interação com os aspectos ambientais e como o

setor econômico é necessário para o combate práticas inadequadas de comercialização.

Com a não tributação, em alguns casos, para que empresas possam comercializar a proteção ao meio ambiente acaba ficando de lado, mas todos esquecem que para que ocorra o desenvolvimento da sociedade é necessário a análise e planejamento dos riscos e danos que podem ocorrer.

Para um bom planejamento as empresas, o mercado e o Estado precisam agir juntos, em que cada um desempenha uma função garantindo a circulação de dinheiro e a proteção dos recursos ambientais. Por tanto por mais que haja por parte do Estado a garantia de não intervenções, este sempre ira agir quando se tratar âmbitos que sejam abrangidos pelo Direito Ambiental.

Muitas empresas que adotam a política ambiental passam a lucrar, tornando a política indispensável para o bom funcionamento e qualidade do comercio.

5 IMPOSIÇÃO DE ESTUDO PRÉVIO DE IMPACTO AMBIENTAL

Inspirado no Direito americano, a avaliação de impacto ambiental foi introduzida pelo Direito brasileiro, na forma da Lei nº 6.803/1980, que “dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição” (BRASIL, 1980).

Mais à frente o estudo de impacto ambiental, foi estabelecido pela Lei nº 6.938/81 e pela Resolução do Conama nº 001/86, em que contém suas definições, as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e aplicação.

O estudo de impacto ambiental tem por objetivo evitar que um projeto, que atenda o interesse econômico ou social, revele-se posteriormente prejudicial ou fatal para o meio ambiente. Utiliza-se então o caráter preventivo do Direito Ambiental, é melhor prevenir que remediar.

O amparo constitucional está no art. 225, §1º, IV, da CR/88, onde obriga o Poder Público exigí-lo nas hipóteses de instalação de obras ou atividade que possa degradar o meio ambiente.

Estudo de Impacto Ambiental é um instrumento da política de defesa da qualidade ambiental, realiza-se por um procedimento de Direito Público, e sua elaboração deve atender as diretrizes listadas na legislação ou estabelecidas pela autoridade competente.

Compete aos Estados e Municípios complementar as normas ditadas pela Constituição. Por isso as constituições estaduais costumam ser mais amplas. A legislação federal reconhece a competência, pois no art. 2º, da Resolução Conama nº 001/1986, aponta que cabe ao órgão estadual competente a aprovação do Estudo de Impacto Ambiental. Já os Municípios cabem a eles determinar a execução do Estudo de Impacto Ambiental, §§ dos arts. 5º e 6º, Resolução Conama nº001/86.

6 CONTROLE DE PRODUÇÃO, COMERCIALIZAÇÃO E OUTROS

A intervenção do Poder Público nas atividades econômicas de domínio privado impede práticas danosas ao meio ambiente e à saúde da população. Os objetos controlados pelo Poder Público, definidos pela Constituição, são substâncias nocivas, técnicas e métodos a qualidade do meio ambiente, ou seja, tecnologias e processos produtivos inadequados, antigos ou impróprios, que agredam a saúde humana e à ambiental, não podem ser comercializados, produzidos ou utilizados.

Para manter o equilíbrio do meio ambiente é preciso que tenha a fiscalização, assim como controlar as técnicas utilizadas, a manipulação de substâncias na fabricação de produtos.

O controle público é amparado pela Lei nº 7.802/1989, alterada pela Lei 9.974/2000 e regulamentada pelo Decreto nº 4.074/2002 que dispõe sobre pesquisas, experimentação, produção, embalagem e rotulagem, transporte, armazenamento, comercialização, propaganda comercial, importação, entre outros elementos.

Os riscos ao meio ambiente contêm várias formas, como se presencia no cotidiano, grandes partes deste risco foram desencadeadas pelo homem. A origem se dá na modernidade, com a criação da sociedade industrial que priorizou o desenvolvimento e crescimento econômico acelerado.

7 MEIO AMBIENTE E MINERAÇÃO

A mineração representa o ramo industrial mais perverso, em que agride diretamente à natureza. Mas é uma fonte de geração de empregos e riquezas, não podendo ser simplesmente descartada, impõe-se para a diminuição dos estragos, a adoção de tecnologias de aproveitamento adequadas.

Estabelecida no artigo 225, §2º, da CR/88 e anteriormente na Lei nº 6.938/81, em seu artigo 2º, VIII, o legislador estabelece que o minerador tenha a responsabilidade de recuperar o meio ambiente degradado, após ter atingido o interesse público existente na extração de jazidas minerais. Portanto o minerador devera restaurar a parte danificada de acordo com as decisões técnicas, já que a mineração extrai bens não renováveis.

A recuperação, como consta no Manual de Recuperação de Áreas Degradadas pela Mineração, do IBAMA,

significa que o sitio degradado será retornado a uma forma de utilização de acordo com o plano preestabelecido para o uso do solo. Implica em que uma condição estável será obtida em conformidade com os valores ambientais, estéticos e sociais da circunvizinhança. Significa, também, que o sitio degradado terá condições mínimas de estabelecer um novo equilíbrio dinâmico,

desenvolvendo um novo solo e uma nova paisagem (ANTUNES, 2000, p. 247).

Não é condicionada, a obrigação de recuperar o ambiente degradado mediante apuração da culpa, já que todos reconhecem que a mineração provoca degradação ambiental, e sim recuperar objetivando a recomposição topográfica do terreno, controle de erosão, reestruturação de propriedades físicas e químicas do solo, entre outros.

8 SUSTENTABILIDADE

A sustentabilidade não tem um conceito definido, sabemos intuitivamente o que é sustentável e o que agride o meio ambiente. O conceito de sustentabilidade, assim como o conceito de justiça, possui uma grande amplitude, por isso é difícil uniformizar uma definição.

Os conceitos de justiça e sustentabilidade estão entrelaçados, pois para que tenha uma sociedade civilizada a visão é de uma sociedade justa e sustentável, não deveria ser um sonho distante, afinal a sustentabilidade vem sendo discutida a muito tempo, mas ultimamente tem sido discutida de forma diferente.

Sustentabilidade hoje não é apenas um conceito, mas para as sociedades é difícil ser desenvolvido, pois grande parte do mundo está enraizada no conceito de consumismo e desperdício exacerbado. As pessoas em sua grande maioria não se importam

em como suas atitudes podem agredir o meio ambiente, então para que as mudanças climáticas não afetem mais o mundo, as mudanças serão necessárias, pois este já não está assim tão grande como havia se pensado.

A política e o direito ambiental são formados por princípios que surgiram no âmbito interdisciplinar que se transformaram em princípios jurídicos que apresentam características relevantes e executáveis, mas não da mesma forma e importância. Esses princípios são o do poluidor-pagador, precaução, cooperação, transparência, dentre outros.

A sustentabilidade é classificada como um princípio jurídico que tem em sua essência o dever de proteger e restaurar a integridade dos sistemas ecológicos. Mas não há uma forma única que estabeleça os direitos e deveres dos Estados em relação ao direito ambiental, ou seja, as obrigações e os direitos não são codificados, há várias normas isoladas, vários tratados, o que de certa forma até contribui para a proteção global do ambiente, mas com as colisões nas normas, causam também muitos problemas.

Os tratados são submetidos a avaliação dos Estados, e são classificados como regras e princípios, então na sua aplicação, na falta de alguma obrigação pré-definida, os tribunais precisam ter bom senso e que a sociedade leve a sério o que é definido pelas autoridades.

A preocupação com a ecologia da Terra está descrita no princípio da sustentabilidade, em que quem se preocupa com ela percebem sua fundamentalidade, ou seja, a sustentabilidade tem o

objetivo de preservar a integridade dos ecossistemas, para que todos os seres possam sobreviver reproduzir e viver, isso incluídos os seres humanos pois muitas pessoas esquecem que os humanos também fazem parte do ecossistema.

9 DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Urbanização é uma tendência mundial, pois a vida nas cidades proporciona maior facilidade de acesso a serviços públicos, trabalho e comunicação, mas que ocasiona por muitas vezes o crescimento desordenado, que causa sérios danos ao ambiente e a economia. Pois com a concentração da população causa ausência de empregos, mau uso do solo e concentração da economia, além de injustiça social, violência. E em relação ao ecossistema os danos podem ser ainda mais irreparáveis, por causarem alteração na biodiversidade, onde ocorrem erosões, poluição hídrica, degradação do solo, dentre outros.

A arte é manter o desenvolvimento e o meio ambiente em uma balança equilibrada, ou que os dois possam ser pensados de forma separada, em que se adota o modelo americano de consumismo exacerbado, sem se preocupar com o que pode ser causado ao ambiente, ou por outro lado estagna-se o desenvolvimento para que o ambiente seja recuperado, esses extremos poderiam até atender as necessidades humanas, mas estas não seriam de longo prazo.

Desastres naturais ocorrem, pois, a população desmata e ocupa áreas de risco, para que as cidades possam crescer sem se preocupar tanto com esses desastres é necessário a criação de áreas verdes, para que tenha uma permeabilidade do solo, assim tanto a população quanto o ambiente podem se recuperar rapidamente, caso ocorra algum evento natural.

Um bom controle de uso, parcelamento e ocupação do solo e estímulos de construções sustentáveis, pode contribuir para diminuir os impactos ambientais e sociais, além garantir o bem-estar da população.

Os conceitos de desenvolvimento econômico e o meio ambiente são indissociáveis, não podem ser pensados ou tratados de forma isolada para que se tenha o desenvolvimento sustentável, a sociedade tem que agir de forma que suas necessidades e as capacidades do meio ambiente sejam atendidas.

A melhor forma de se visualizar essa interação são os planos diretores que os entes federados têm, pois estes descrevem como as cidades devem ser regidas, os limites que as construções devem respeitar o interesse urbano, entre outros, mas ele por si só não é capaz assegurar a boa gestão do solo urbano e controle da ocupação desordenada, é necessário que a população colabore com o poder público na implementação e apontando os defeitos para que esses possam ser corrigidos.

Como a legislação ambiental e urbana são bem flexíveis estas devem ser vistas com cautela, esta flexibilidade pode causar impactos econômicos e sociais sérios. Por tanto os municípios não

podem ficar argumentando sobre a fragilidade da gestão ambiental, para eliminar ou reduzir áreas que são importantes a ocupação do território.

Para que tenha um enfrentamento ecológico mais seguro é necessário que os órgãos sejam fortalecidos com políticas urbanísticas e habitacionais à gestão ambiental. Além de ter que integrar ao planejamento e a gestão do solo considerações sobre as bacias hidrográficas, políticas de saneamento básico e o controle do desmatamento.

A população precisa ser educada para utilizar os mecanismos de participação social, pois as cidades são ambientes complexos, sujeitos a muitos interesses conflitantes, ou seja, a sociedade precisa participar do planejamento previsto nas leis e auxiliar o poder público para que se tenha um desenvolvimento sustentável.

10 SOCIEDADE SUSTENTÁVEL

A produção de bens é planejada de acordo com o número de consumidores em potencial, analisando o aumento da qualidade de vida, que se relaciona ao aumento do consumo que acaba sendo necessário o investimento em bens e serviços para que ocorra o desenvolvimento humano. O problema é o excesso de consumo, em que a população compra o que não necessita e acaba descartando em lugares inadequados o que não lhes serve mais.

O consumo é essencial para o desenvolvimento da sociedade, o que falta é a conscientização da população sobre o consumo, pois estes fazem com que seja possível alcançar o progresso.

Perigo está na população do consumismo, que tem sido cada vez maior, os quais sacrificam bens e valores essenciais para alcançar algo e nunca estão satisfeitos com o que conseguem.

A sociedade vem sofrendo com o consumismo desenfreado o que torna as diferenças sociais e econômicas ainda maiores, o que preocupa a todos e vem sido discutido incansavelmente na Agenda 21, Declaração do Rio e outras comissões para tentar alcançar uma forma de mudança nos padrões de consumo.

11 PRODUÇÃO SUSTENTÁVEL

As necessidades humanas não podem ser separadas das necessidades ecossistema, pois para que se possam atender as necessidades da sociedade deve-se analisar os recursos naturais que muitas vezes não são retornáveis, e muitas vezes esquecidos como fonte da sobrevivência humana.

Produção é o processo de extrair do mundo natural, através de técnicas e métodos adequados, bens de consumo direto e matéria-prima a ser elaborada ou transformada com vista à fabricação de

outros bens, por procedimentos quer artesanais, que industriais. À produção de bens acrescentem-se a produção ou a oferta de serviços que demanda o concurso de energia e outros recursos naturais. (MILARÉ, 2011, p. 94).

Para alcançar um desenvolvimento sustentável é necessário mudar o processo produtivo, analisando as verdadeiras necessidades da população e do ecossistema, considerando que os recursos naturais podem acabar e se a mentalidade da sociedade continuar da forma que está de querer cada vez mais e se sacrificar sempre que achar que algo é necessário, não terá como produzir mais nada.

O caminho para resolver tal impasse seria o uso racional e conservação dos recursos naturais dentro que é essencial ao meio ambiente. Para haver produção precisa-se dos recursos, que vem do meio ambiente e para que o ciclo não se encerre, é necessária a conscientização da sociedade e mudança na forma de produção e divulgação dos produtos.

Uma forma de normatizar a produção é através da ISO 14.001 e ISO 9.001, que apesar de não terem força de lei, são normas amplamente respeitadas e aplicadas pelos Estados, devido sua qualidade técnica científica. No Brasil são consideradas “instrumentos paralegais ou assumem força parajurídica” (MILARÉ, 2011, p. 96). A vantagem de possuir essas normas é que

no caso real, contribuiria para a melhor decisão na aplicabilidade das regras.

12 PRINCÍPIOS DA POLÍTICA NACIONAL

O legislador quando descreve o artigo 2º da Lei nº 6.938/1981, além de estabelecer o objetivo geral, define os princípios norteadores, os quais foram criados por falta de uma assessoria especializada, ou porque o assunto a ser tratado era novidade para a sociedade, mas também resultou uma leitura ambígua, já que muitos dos princípios estabelecem metas, programas ou modalidades de ações.

Os princípios são:

1. Ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo.

De acordo com o artigo 225 da Constituição, o Poder Público é incumbido de várias ações e responsabilidades em relação ao meio ambiente, por se tratar de patrimônio coletivo e interesse social. O Poder Público deve zelar tutelar e fomentar o meio ambiente, pois este é um bem que não pode ser dilapidado, depreciado, dentre outros. Para haver o uso correto do meio ambiente deve-se alcançar o direito da coletividade.

A ação do governo deve ser levada em conta sempre, porque ela é responsável por aquilo que opera diretamente, quanto por aquilo que concede ou delega.

2. Racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar. Esses recursos naturais são constitutivos físico-químicos, o qual sua apropriação por particulares não é permitida por lei, salvo no caso do solo. O uso ou racionalização dos recursos é exaustivamente tratado nas legislações brasileiras, e para a administração pode ser de fácil critério, mas para a gestão ambiental e Política Nacional do Meio Ambiente, é de muita importância, pois esses recursos tem um impacto grande na ordem econômica e social, além do equilíbrio nas funções vitais e no meio físico.

3. Planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais. O equilíbrio ecológico e a qualidade de vida vêm dos recursos ambientais. Mas o conceito de recursos ambientais, com a evolução e ampliação da gestão ambiental, passou-se a envolver outros bens, que não são naturais, um exemplo são os bens culturais. Este princípio é uma continuação da Racionalização do uso do solo, do subsolo, da água e do ar.

4. Proteção dos ecossistemas, com a preservação de áreas representativas. A Lei nº 9.985/2000 estabeleceu o objetivo das Unidades de Conservação da Natureza, dando mais ênfase na preservação das áreas representativas do ambiente, particularmente as que contém grande bioma. Sua gestão é

estabelecida pelos fundamentos da Política Nacional de Meio de Ambiente, em que terão cuidados e proteção especiais.

5. Controle e zoneamento das atividades potencial ou efetivamente poluidoras. O controle das atividades potencialmente ou efetivamente poluidoras se dá pela legislação especial de uso e ocupação do solo planejamento ambiental, além de obedecer a zoneamentos específicos. A preocupação governamental com as atividades potencialmente e efetivamente poluidoras começou nos anos 60, intensificando nos anos 70 e 80, até se tornar rotineira nos anos 90, com as experiências de outros Estados, o controle das atividades poluidoras tornou-se mais técnico e a legislação mais eficaz.

6. Incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais. As pesquisas tecnológicas são incentivadas pelo Poder Público para que tenha os desenvolvimentos econômico-sociais apropriados para as condições do ecossistema, não sendo possível a aplicação da tecnologia ambiental fora do contexto do desenvolvimento do País. A partir da Lei nº 6.938/81, houve a intensificação da pesquisa e o desenvolvimento de tecnologias apropriadas a gestão ambiental, o qual controla a poluição e preservação do patrimônio econômico.

7. Acompanhamento do estado da qualidade ambiental. Para que tenha condições favoráveis à vida e ao patrimônio ambiental são necessários a estabilização das condições positivas do ambiente, em que o monitoramento das atividades humanas

que resultam em intervenção no meio ambiente se faz essencial para o estabelecimento de ações preventivas e corretivas, resultando em relatórios de qualidade ambiental que será inscrito nos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente.

8. Recuperação de áreas degradadas. A recuperação das áreas degradadas é incalculável, para se ter uma noção são necessários alguns estudos, mas nem sempre estes conseguem aferir com exatidão a extensão dos estragos. As áreas degradadas requerem para a reparação dos danos uma responsabilidade objetiva.

9. Proteção de áreas ameaçadas de degradação. Diferenciam-se do princípio da Recuperação de áreas degradadas na questão de preconizar as ações preventivas, alcançados pelos estudos ambientais estabelecidos pelas Resoluções CONAMA nº 001/1986 e nº 237/1997, além de outros instrumentos previstos na Lei nº 9.985/2000.

10. Educação ambiental a todos os níveis do ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para participação ativa na defesa do meio ambiente. Esse princípio é assegurado pelo artigo 225, §1º, VI, da Constituição de 1988, que descreve que a educação e a capacitação ambiental deverem iniciando em todos os níveis de ensino para haja a participação ativa da comunidade, na implementação de planos, programas e projetos da política pública do meio ambiente.

13 GESTÃO PÚBLICA

O meio ambiente sendo um patrimônio social, deve ser administrado e preservado, para isso é necessário ter instrumentos adequados e métodos adequados para se preencher os objetivos sociais. O conjunto de ações praticadas nomeia-se como Gestão Ambiental, pois gerir não se trata apenas de condução dos negócios, leva em consideração também os fatores racionais, científico e outros, o que para o meio ambiente é muito importante.

Para ter uma boa gestão ambiental o planejamento é indispensável, pois uma vez iniciado, os participantes terão que atualizá-los e empregar em grande escala, quando necessário, mas tirando essas poucas intervenções dos gestores o plano torna-se um processo contínuo e progressivo.

14 ATIVIDADE ECONÔMICA

A atividade econômica é uma ciência social, que se adapta com o crescimento populacional sem perder sua essência e finalidade.

Ter-se que para uma empresa se encaixar no mercado, esta deve se preocupar com os aspectos sociais, uma proposta vinda da iniciativa privada com a vigência da ISO 14000, o qual descreve a importância das empresas em gerir seus negócios com

a produção e venda dos seus produtos, mas sempre preocupando com a proteção legal do meio ambiente. Se estas não preocuparem em cumprir a função social não serão caracterizadas pelo ordenamento jurídico não podendo por tanto realizar suas atividades.

A preocupação com a organização econômica nasceu na Antiguidade à Renascença, o qual a discussão sobre o sistema de tributos, emprego de moedas, posse, entre outros, começo a ser mais relevante. Evoluindo na pós-Renascença com o surgimento dos novos Estados e a descoberta da América período o qual foi desenvolvido estudos sobre administração de bens e rendas do Estado. No Iluminismo os pensadores reformularam os princípios, definindo três grandes grupos: formação, distribuição e consumo das riquezas, em que o Estado deveria organizar como a riqueza se formava como seria consumida e de que forma seria distribuída, entre as atividades estatais.

Com a escassez dos recursos e a necessidade de propiciar o bem-estar da sociedade o Estado teve que mudar o modo de pensar e agir, substituindo os princípios estipulados no Iluminismo. Com toda a evolução econômica o Estado ainda tem alguns pontos para ajustar, e as experiências histórias mostram isso. O crescimento ideal seria uma forma de transformação de recursos que atendessem as necessidades da sociedade, mas que por sua vez a transformação desses recursos possam se sujeitar a novas transformações, pois as necessidades humanas são ilimitadas, mas os recursos naturais são limitados, de uma forma

que esse crescimento gerasse lucro e trabalho, além de haver a gestão ambiental.

Não se deve abrir mão dos bens indisponíveis, pois a partir deles que a justiça encaminha no caso de morte de alguém ou acidentes ecológicos por negligência, imperícia ou imprudência. O desenvolvimento econômico deve garantir a evolução social, priorizando a prevenção dos danos e observando a utilização do princípio do poluidor-pagador, o qual não quer dizer que dá as empresas o direito de poluir, mas é sim uma reparação civil.

15 ASPECTOS ECONÔMICOS E AMBIENTAIS DA CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS

As grandes empresas geram bastante lucro para os países, assim ajudam no desenvolvimento da população, elevando o padrão de vida, mas ao mesmo tempo tem uma grande parcela de culpa nos danos ambientais e na sociedade de risco.

O consumo leva a integração da sociedade na globalização, representando o crescimento econômico, renda e emprego nos países em desenvolvimento, mas se os países que não contém uma estrutura para receber essas grandes empresas resultando no colapso ambiental e social.

Para que haja evolução econômica nos países em desenvolvimento, é necessário que o Estado contenha a regularização de até onde a empresa pode interagir com o meio

ambiente, de forma a minimizar os danos e perigos causados antes que esses aconteçam, ou que tenham uma estrutura para reparar os acidentes causados pela intervenção das empresas.

16 LEI E O MEIO AMBIENTE

Aplicação das leis para a preservação do meio ambiente, não podem ser deforma demasiada, deve-se analisar os fatos que levaram o Estado a formular tais normas. O Direito ambiental é um ramo complexo que engloba várias áreas jurídicas, científicas, sociais, dentre outros. Por tanto não pode distanciar da realidade fática, para que as regras se aproximem da realidade é necessária à gestão ambiental, o qual aplica normas técnicas em cada caso.

Por abranger várias áreas, o Direito Ambiental, não tem sua aplicação ampla por falta de elementos essenciais, perdendo assim sua eficácia, buscando assim consistência objetiva e legítima em face do bem comum e da coisa pública.

A gestão ambiental não está acima da lei e a lei não está acima da gestão ambiental, uma complementa a outra, em caso de conflito a lei prevalece, mas de forma que não tenha duplo entendimento ou que seja aplicada de forma diferente do que realmente deveria.

O escopo da lei é ordenar um aspecto ou um setor da sociedade, garantindo-lhe o bem-estar constitucional. O escopo da gestão é proporcionar a essa mesma sociedade

elementos para constituir o seu bem-estar, mediante o exercício dos seus direitos e deveres, o usufruto ou fruição dos bens e benefícios que a natureza e a lei lhe proporcionam, são o equilíbrio ecológico, a sadia qualidade ambiental, o desfrute dos recursos naturais necessários aos seus objetivos sociais e econômicos. (MILARÉ, 2011, p. 1039).

A falta de aplicabilidade das normas ambientais pode ser relacionada a fragilidade da consciência ambiental, ausência da vontade política, além de uma implementação adequada das normas existentes, até porque muitas das normas que tratam do Meio Ambiente são anteriores a Constituição, dificultando sua aplicação, necessitando de outras normas para que essas sigam vigentes.

As normas de Direito Ambiental precisam se tornar fácil e acessível, o que ajudaria sua aplicação não deixando que os defensores desse ramo inseguros e as demandas possivelmente se tornariam menos morosa.

De acordo com a Constituição de 1988, tanto a sociedade como o Poder Público são responsáveis pela gestão ambiental, cabendo a estes a implementação das leis de forma a não preocupar somente com a reparação dos danos ou condutas irregulares, tem que antecipar os fatos, ter um estudo para evitar que o dano aconteça e se por acaso acontecer não seja em grandes

proporções. As normas ambientais existentes no Brasil são boas, o que falta é interesse na aplicação adequadas dessas.

17 CONSIDERAÇÃO DA VARIÁVEL AMBIENTAL NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO

Ecossistema engloba todos os seres vivos e não vivos, portanto os seres humanos, por mais que não percebam isso, precisam cuidar do sistema ao seu redor, o que vinha sendo feito desde o século VI A.C., a união natural dos humanos com os meios naturais era visível até que a civilização industrial acabou com essa união, o que causou o desequilíbrio do ecossistema, trazendo mudanças no clima, entre outros danos.

O desenvolvimento sustentável por muitas vezes é lembrado, mas defendido de forma demasiada, sem sustentação legal ou por pessoas que contenham experiência ou instrução sobre o assunto. Para haver a eficácia do desenvolvimento sustentável necessário se faz a conscientização e mobilização da Gestão Ambiental, além de uma boa condução e planejamento.

18 PRINCÍPIO DO AMBIENTE E O DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA

Sendo uma ciência humana e social, o Direito necessita de princípios constitutivos, ou seja, mandamentos básicos para o

desenvolvimento da doutrina. Os princípios são a base da norma, é a partir deles que a regras e estudos iniciam.

Os direitos fundamentais estão regidos na Constituição de 1988 e não só no artigo 5º, e sim em toda a Constituição, então os direitos fundamentais e princípios ambientais se misturam.

O direito fundamental e o direito ambiental se complementam, pois se um tem sua natureza liberal o outro trata das responsabilidades legais, mas ainda existe uma distância entre o real impacto da população no meio ambiente, pois sendo o direito ambiental um ramo amplo e muitas vezes obscuro, dificultando a análise do verdadeiro prejuízo que o ser humano causa no meio ambiente.

Tendo direito a uma condição de vida adequada, o ser humano precisa ter consciência de que para que isso ocorra o planejamento de como suas ações vão afetar o ecossistema são necessários. Por tanto a sociedade tem direitos em relação ao meio ambiente, mas também tem que cumprir alguns deveres pra a proteção deste.

Analisando os princípios ambientais é de fácil entendimento que são de exclusividade do Direito do Ambiente, mas esse enfoque resulta no que é melhor pra coletividade não levando em consideração apenas as exigências de um indivíduo, mas sim o que melhor atende as necessidades deste de indivíduo perante a coletividade e ao meio ambiente.

O conceito de princípio fundamental não se confunde com a noção de causa nem com a

de elemento. Não é causa, porque aquilo que resulta do princípio não é seu efeito. Não é elemento, porque não funciona como parte na formação de um todo. É um pressuposto que se estabelece como fundamento e ponto de partida. (MILARÉ, 2011, p. 1083).

Direito ambiental tem sua base nos princípios estabelecidos pela Constituição, os quais são estudos e análises da sociedade e da ciência em geral, com o intuito de assegurar o bem comum e um ecossistema equilibrado, mas esses princípios podem e devem ser aperfeiçoados, podendo surgir novos princípios, pois assim garantimos que a sociedade, economia e o meio ambiente continuem desenvolvendo de forma harmoniosa.

19 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar a melhor forma de ter um crescimento populacional e econômico sem que infringisse as normas ambientais ou que não houvesse desrespeito ao meio ambiente em si.

Para que ocorra um desenvolvimento sustentável é necessário que o Estado aplique com maior rigor as normas ambientais e que as organize, pois estas costumam ser obscuras, lhes falta regulamentação para aplicabilidade ou existem várias normas tratando do mesmo tema ocorrendo a dúvida de qual

seria a melhor regra a ser aplicada. É possível um crescimento sustentável obtendo lucros para a economia do país, mas falta a eficiência e conscientização da população em relação ao que se pode ou não fazer e qual a melhor forma para isso, falta o planejamento adequado.

Com o mundo tão capitalista na busca incessante por uma felicidade através das compras, a dificuldade do Estado em regular o que é produzido fica cada vez mais difícil, mas a melhor forma de proteção ao meio ambiente com um crescimento consciente é que os governantes precisam regulamentar e modificar a forma de produção, tentar agir de onde surge o problema, para que assim possa alcançar um mundo em que se obtenha crescimento econômico, respeitando as normas, principalmente constitucionais e protegendo o meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Dano ambiental**: uma abordagem conceitual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BOSELDMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade**: transformando direito e governança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_ompilado.htm>. Acesso em: 10abr. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 4.074, de 04 de janeiro de 2002.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4074.htm>.

Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 99.274, de 06 de junho de 1990.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99274.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. **Legislação brasileira sobre meio ambiente.**

Organização: Roseli Senna Ganem. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. v. 1, 2, 6 e 7.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso

em: 10 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7802.htm>. Acesso

em: 10 abr. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.974, de 06 de julho de 2000.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9974.htm>. Acesso

em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Resolução CONAMA nº 01, de 23 de janeiro de 1986.
Disponível em:
<<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=23>>.
Acesso em: 10 abr. 2017.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Direito Ambiental Econômico e a Isso 14000**: Análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISO 14001. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: A Gestão Ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Direito Ambiental Empresarial**. São Paulo: Saraiva, 2010.

UMA ANÁLISE DA SUSTENTABILIDADE A PARTIR DAS CONVENÇÕES DA ONU

AN ANALYSIS OF SUSTAINABILITY FROM THE UN CONVENTIONS

*Leonardo Alexandre Tadeu Constant de Oliveira*¹

*Fabrcio Veiga Costa*²

RESUMO: A ONU assumiu o protagonismo da questão ambiental por suas Convenções a partir de Estocolmo em 1972 e desde então tem sido a principal fomentadora da sustentabilidade. A idealização da sustentabilidade foi o grande avanço que permitiu manter o desenvolvimento econômico como força motriz internacional. As condições políticas e econômicas determinam o posicionamento dos países nas decisões tomadas nas Convenções e através destas pode ser destacada a criação e concretização dos conceitos do próprio direito ambiental internacional, o reconhecimento da necessidade, os acordos e a protelação, com a posterior inserção de objetivos sociais a

¹ Mestrando no PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna – UIT. Especialista em Direito Tributário pela Universidade Gama Filho-RJ. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC-MG. Advogado.

² Pós-doutor em Educação pela UFMG. Doutor em Direito pela PUCMINAS. Professor do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT).

sustentabilidade. A metodologia utilizada foi a da pesquisa teórico-bibliográfica e documental.

PALAVRAS-CHAVE: ONU; Sustentabilidade; Convenção; Meio ambiente; Desenvolvimento.

ABSTRACT: The UN has taken the leading role of the environmental issue by its Conventions since Stockholm in 1972 and has since been the main driver of sustainability. The environmental convention on sustainability was a breakthrough that allowed economic development as an international driving force. The political and economic conditions determine the position of the countries in the decisions taken in the Conventions and through these can be highlighted the creation and concretization of the concepts of international environmental law itself, the recognition of the need, the agreements and the postponement, with the subsequent insertion of objectives Sustainability. The methodology used was that of theoretical-bibliographic and documentary research.

KEYWORDS: UN; Sustainability; Convention; Environment; Development.

1 INTRODUÇÃO

Após o reconhecimento pela comunidade internacional dos problemas relacionados ao desenvolvimento econômico e

degradação ambiental, notadamente a partir da década de 1970 culminando com a proposta de se suspender as atividades humanas, em sugestão do Clube de Roma. Surgiu o grande embate entre os países desenvolvidos e subdesenvolvidos sobre o desenvolvimento econômico, que redundou no reconhecimento do Direito ao Desenvolvimento e na expressão desenvolvimento sustentável estabelecida em 1987 a partir do Relatório Brundtland, idealizada antes, em 1972, na Convenção da ONU de Estocolmo.

Em todo este percalço e até a presente data, a Organização das Nações Unidas - ONU tem sido protagonista desta discussão, procurando estabelecer limites e propondo ações para que as Nações pudessem finalmente estabelecer um horizonte minimamente equilibrado ao mesmo tempo em que se garantisse um ambiente seguro e desenvolvido.

As Convenções sobre meio ambiente, a partir da Convenção de Estocolmo em 1972 demonstraram inicialmente a gradativa importância dada ao meio ambiente, espelhando a importância do tema, mas também demonstrando o caráter quase sempre dúbio do engajamento dos países na causa da preservação e da sustentabilidade.

A ONU como fomentadora da sustentabilidade atraiu para si um papel de protagonista na sua implantação e efetivação, de forma que a partir de seus eventos verifica-se a real posição por parte dos Estados conforme as determinações que são tomadas nestas convenções e suas propostas. As pautas, as discussões e principalmente os consensos sinalizam a importância dada em

cada época sobre o papel dos governos como atores principais das decisões.

Pode-se aferir a partir destas convenções quando e como a retórica atuou ou quando houve finalmente uma preocupação significativa com o meio ambiente ou com a reação da comunidade internacional. Estas percepções obtidas da importância dada aos eventos e da presença (ou não) de chefes de estado, bem como do impacto das discussões e consensos (ou não) sobre os temas fornecem importante subsídio sobre a efetividade da sustentabilidade.

O presente artigo buscou a partir da análise das convenções da ONU sobre meio ambiente se há uma tendência real em se procurar dar efetividade às decisões sobre sustentabilidade ou se há a sustentabilidade foi e continua sendo apenas um objetivo futuro de difícil consecução, mas nobre a ponto de ser discutido e protelado, como mero pano de fundo do desenvolvimento econômico, com destaque para a inserção de objetivos sociais, que talvez representem uma mudança de foco e também um retrocesso na sua efetivação.

2 METODOLOGIA UTILIZADA

O artigo se baseia em pesquisa teórico-bibliográfica e documental, com destaque para a análise doutrinária das principais Convenções da ONU e análise documental de seus

dispositivos, valendo-se do método dedutivo-indutivo de abordagem.

Assim parte-se de um levantamento a bibliográfico e da análise dos documentos que formaram o arcabouço legislativo internacional particularmente erigido no âmbito da ONU, sempre considerando os apontamentos doutrinários feitos a partir de cada uma das Convenções, no intuito de contextualizá-las historicamente ante aos momentos históricos em que ocorreram.

Este levantamento permitiu traçar um nível de percepção da problemática ambiental e o engajamento (ou não) dos representantes dos Estados e da própria ONU no sentido de ações firmes e efetivas no sentido de promover e efetivar proposições capazes de avançar na efetiva implantação da sustentabilidade.

Procurou-se caracterizar como se deu a inserção da sustentabilidade no desenvolvimento econômico e se a estrutura da ONU seria capaz de atuar em promover sua efetivação diante das próprias aspirações dos documentos produzidos neste sentido desde a Convenção de Estocolmo 1972, passando pela Convenção do Rio de Janeiro de 1992 e desembocando nas Convenções do Milênio até a Convenção Rio +20.

O artigo foi dividido em partes com introdução, metodologia e o desenvolvimento subdividido duas partes, uma dedicada a abordagem das convenções da ONU sobre meio ambiente e sustentabilidade, desde 1972 em Estocolmo até a Convenção do Rio de Janeiro de 1992, marcada pela discussão sobre a questão ambiental em meio à guerra fria e pela

concretização do direito internacional ambiental. Na segunda parte do desenvolvimento foram abordadas as Convenções posteriores a do Rio de Janeiro de 1992, destacando uma fase de discussões e rediscussões e incertezas sobre a protelação da efetividade da sustentabilidade.

Ao final foram apresentadas algumas considerações a respeito dos temas abordados, destacando a modificação do foco exclusivamente ambiental após o ano 2000, com a inserção de diversas questões de cunho social na questão antes puramente ambiental. Em que pese serem evidentemente necessários os objetivos sociais adicionados às medidas ambientais sustentáveis, a sua incorporação pode criar dificuldade de escolha de investimento, fomento em cooperação tradicional e desvio de foco na escolha sobre o atendimento das demandas. Pode enfim, acabar confundindo mais que esclarecendo o quão é importante e independente é a sustentabilidade e quão é necessária é sua efetiva implantação.

3 DO CETICISMO DA PREOCUPAÇÃO COM O MEIO AMBIENTE À IDEIA DE SUSTENTABILIDADE - A CONVENÇÃO DE ESTOCOLMO E A AFIRMAÇÃO DA QUESTÃO AMBIENTAL

A implicação do poder humano de interferência na natureza é de recente preocupação e ainda conta com ampla

relativização. Na verdade, somente nos anos de 1960 com estudos acadêmicos norte-americanos indicando uma possível relação entre o excesso de emissão de CO₂ e o aumento de temperatura global, que tiveram impacto no meio científico e obra de Rachel Carson “Primavera Silenciosa” publicada em 1962, começou um movimento de denunciar ao mundo os perigos da atuação do homem sobre o meio ambiente (BARROS, 2008).

Inicialmente os efeitos da questão ambiental ficaram restritos a comunidade acadêmica e intelectualizada, mas nos fins da década de 1960 e início da de 1970 já havia uma preocupação na sociedade em geral, evidenciada pela publicação do Relatório “limites do Crescimento” pelo Clube de Roma em 1968.

O conteúdo do relatório ia de encontro ao ideal de desenvolvimento econômico proposto pela própria ONU e a proposta do Clube de Roma era contrária aos interesses dos Países em desenvolvimento, vez que estavam a seguir a diretriz mundial que colocou o desenvolvimento como novo objetivo, ao invés da conquista de impérios territoriais que norteavam o mundo e que causaram as Guerras Mundiais.

A preocupação com a estabilidade mundial e a defesa do desenvolvimento econômico foram também motivos para a ONU promover a Conferência de Estocolmo de 1972. Neste sentido, o Relatório do Clube de Roma de 1968, que defendia o crescimento zero e a paralisia do desenvolvimento, especialmente do sul global, deveria ter uma resposta até pela pressão exercida pelos países em desenvolvimento. A convenção procurou rechaçar a ideia de

paralisação do crescimento econômico e defendeu como alternativa, que a solução não seria parar de desenvolver, mas desenvolver melhor (ou desenvolvimento sustentável).

A motivação para a Convenção não resumiu apenas a estes fatos, mas também pela intensa cooperação científica nos anos de 1960 na comunidade internacional, bem como pela publicidade dos temas ambientais e o crescimento econômico provocado pelo desenvolvimento dos países fomentado pela ONU, destaca LE PRESTRE, 2007, que cita ainda como motivação os diversos problemas de impacto ambiental que já eram preocupação dos governos internacionais.

As principais conquistas políticas daquela Convenção que são a convicção dos Estados participantes reconheceram a existência de um problema em comum: o meio ambiente do planeta e destes concordarem em passar a incentivar políticas de desenvolvimento menos degradantes, gerindo as suas riquezas com responsabilidade, preservando o meio ambiente nativo (ROCHA, 2006).

O mesmo autor assevera que por pressão dos países em desenvolvimento, ficou estipulado que o crescimento econômico, nesses países, seria a pré-condição para melhoria da qualidade de vida, e um remédio para a degradação do meio ambiente, sendo reafirmadas as soberanias dos estados na exploração de seus recursos naturais, porém, estes deveriam seguir normas acordadas

na política ambiental internacional. Tais assertivas coadunam com a tese de preservação do desenvolvimentismo econômico.

Destacando a importância da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, Mazzuoli (2004), assevera que seu texto serviu “como um paradigma e referencial ético para toda a comunidade internacional, no que tange à proteção internacional do meio ambiente como um direito humano fundamental de todos nós”.

De fato, a Declaração de Estocolmo produziu dois dos princípios basilares do Direito Internacional Ambiental, que seriam a liberdade de uso de recursos naturais e responsabilidade dos Estados sobre a exploração de seus recursos e o dever de precaução em relação aos demais e o dever de indenização, disposições que podem ser destacadas dos 26 princípios advindos daquela carta.

Mas a despeito dos princípios instituídos e da afirmação da necessidade de proteção ao meio ambiente, a reação dos países em desenvolvimento foi de resistência e mesmo de defesa do desenvolvimento em detrimento ao meio ambiente e a questão ambiental parecia um limite às pretensões dos países em desenvolvimento, como alegado por diversos de seus representantes.

Por outro lado, às posições para o meio ambiente implicavam em custos e também em transferência de tecnologia, bem como em limitação da atividade empresarial transnacional. Estes pontos, que ainda hoje persistem, já naquela época

impediram a convergência de interesses do plano internacional para o plano interno e também não permitiram que as forças políticas e econômicas se estruturassem para em equalizar as duas questões, ambiental e desenvolvimentista.

Desta forma, apesar de restar indiscutível que o desenvolvimento econômico estava desconsiderando o meio ambiente, a atuação da ONU mirou a via do consenso, que seria a sustentabilidade no desenvolvimento.

E para que fosse implementado, o desenvolvimento sustentável deveria ser promovido em nível internacional e sob esta premissa foi criado o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente - PNUMA naquele mesmo ano de 1972, advindo da Declaração da Convenção de Estocolmo, bem como houve a expressa previsão de um fundo comum para proteção ambiental.

Ao alçar o tema meio ambiente em âmbito global, a Convenção de Estocolmo pode iniciar a discussão mundial dos problemas causados ao meio ambiente e os temores ao futuro do planeta provocados pela industrialização. Mas desde 1972 até o início dos anos de 1980 a questão ambiental, apesar de cada vez mais patente, não foi devidamente incorporada ao desenvolvimento econômico.

São vários os exemplos de contrariedade entre as políticas interna e externa, sendo emblemática a posição dos Estados Unidos da América, que durante o Governo Nixon se comprometeu nos acordos advindos da Convenção e que foram

sumariamente descartados pelo Presidente Reagan, inclusive a contribuição americana ao PNUMA. Sua alegação seria de que o mercado seria a base do controle ambiental, numa tese voluntarista completamente descompromissada com a relevância do tema (ROCHA, 2006).

Efetivamente a Guerra Fria e as políticas desenvolvimentistas permeavam os países e apenas em momentos de desastres e acidentes ecológicos se discutia a questão ambiental, sendo considerada a prioridade do homem em detrimento ao ambiente. Somente no Relatório Brundtland já em 1987 se tornou consenso à necessidade de desenvolvimento de forma sustentável, ante a célebre afirmativa de que desenvolvimento sustentável é “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”.

A garantia do direito ao desenvolvimento como direito humano em 1986 pela Resolução 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas facilitou a aceitação do desenvolvimento sustentável que antes tinha a desconfiança dos países em desenvolvimento, pois representava um limitador de seus direitos, aliado ao Relatório Brundtland, indica a possibilidade de mudança.

Neste sentido alie-se a queda do muro de Berlim e o fim do comunismo, dos quais surge uma expectativa de nova era de paz, sem a preocupação geopolítica ou de uma catástrofe atômica. O final da guerra fria fez com que aparecesse o mundo verdadeiro

e não mais um mapa pintado com as cores dos aliados e dos inimigos e a existência de uma única superpotência deixou um vácuo de poder nas relações internacionais, que a ONU procurou ocupar imediatamente com a preocupação ambiental.

Imbuída neste espírito de dar um passo adiante nas relações internacionais ambientais, foi preparada em 1992, com a Convenção de Meio Ambiente do Rio de Janeiro. O evento das Nações Unidas contou com a presença de mais de uma centena de chefes de Estado, sendo neste sentido mais que uma Convenção, pois produziu documentos efetivos, como a Agenda 21, lançando as bases do desenvolvimento sustentável atrelado ao cooperativismo internacional para o desenvolvimento.

De outro lado a questão ambiental e a sustentabilidade, erigida em 1987 no Relatório Brundtland, experimenta uma verdadeira revolução em 1992, com a Convenção do Rio de Janeiro. Este evento contou com a presença de mais de uma centena de chefes de Estado, sendo mais que uma Convenção no dizer de SILVA, 2002, se caracterizou como “uma Conferência de primeira grandeza (Conferência Cúpula)” e produziu documentos efetivos, como a Agenda 21, lançando as bases do desenvolvimento sustentável atrelado ao cooperativismo internacional para o desenvolvimento.

Muito do que foi discutido no Rio de Janeiro naquele ano foi decorrente do Relatório Brundtland: “O documento dava o tom considerando a necessária união entre o desenvolvimento e

o meio ambiente” assevera Varella (2003). Prossegue o Autor afirmando que o Relatório: “contribuiu, assim, para a valorização da proteção ao meio ambiente e do desenvolvimento sustentável, no âmbito das Nações Unidas, e, sobretudo, juntamente às agências mais ligadas ao comércio, como o Banco Mundial, que criou posteriormente uma divisão encarregada de tratar especificamente do meio ambiente”.

Endossando o entendimento para o desenvolvimento sustentável, foram erigidos 27 princípios sobre desenvolvimento e meio ambiente, nos quais os Estados desenvolvidos reconhecem suas responsabilidades com o desenvolvimento de todos bem como os Estados menos desenvolvidos reconhecem a forma de desenvolver em respeito ao meio ambiente e do quais surge a cooperação.

A partir da Convenção do Rio de 1992 foram formuladas as diretrizes de toda a política ambiental mundial a começar pelas 2.500 recomendações que integravam a Agenda 21, um compromisso concreto de implementação do desenvolvimento sustentável, talvez o maior êxito da Rio-92.

Além da Agenda 21, foram concluídos acordos como a Convenção de Biodiversidade (visando a preservação das formas de vida e material genético), a Convenção do Clima (visando metas a interromper as alterações de emissões) e a Declaração de Princípios sobre Florestas (visando a preservação e regular exploração das florestas).

A grandiosidade dos acordos espanta e destes delineou-se a sustentabilidade através de documentos que envolveram representantes de 179 países na sua construção e aprovação, restando cristalizada a inserção da sustentabilidade a partir do conceito formulado no Relatório Brundtland de 1987.

4 DA CONCRETUDE DA SUSTENTABILIDADE AO IMPASSE ENTRE RIQUEZA E MEIO AMBIENTE

A Convenção do Rio de Janeiro de 1992 foi extremamente oportuna e após a sua realização os temas o direito internacional do meio ambiente restou mais forte e consolidado, haja vista que os princípios erigidos em Estocolmo 1972 foram concretizados e estruturados no Rio de Janeiro em 1992, conforme destaca WOLD, 2003, asseverando que “os princípios que emergiram da Declaração de Estocolmo, tornaram-se, a partir de 1992, muito mais concretos, estruturando-se em formulações mais precisas e detalhadas”.

Ocorre que o mundo experimentou um intenso crescimento econômico, impulsionado por circunstâncias políticas (o fim da Guerra Fria e a decisão da China de, progressivamente, integrar dimensões capitalistas ao seu modelo), por avanços tecnológicos (que permitiram grandes saltos setoriais, como nas comunicações) e pelo vertiginoso aumento do fluxo de transações comerciais e financeiras.

Este componente capitalista modificou os padrões mundiais de consumo, equivalendo-os aos padrões das nações desenvolvidas do ocidente, o que fez aflorar o capitalismo discriminatório, passando a afastar-se do desenvolvimento sustentável. "A globalização parece pender mais para o modelo de capitalismo selvagem do que para conceito mais humanista de desenvolvimento sustentável, negociado no âmbito da ONU"(SILVA, 2011). Completa com precisão o citado autor que apesar da globalização promover valores como a democracia ela é resultado de processos negociadores diferentes dirigidos pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), pelo Banco Mundial (BIRD) e pela Organização Mundial do Comércio (OMC).

Os efeitos da globalização econômica e a mudança de paradigma global começam a ser observados na Convenção da ONU "Rio+5", encontro realizado em 1997 para se avaliar os avanços das metas (e que redundou no Protocolo de Kyoto ainda no mesmo ano, sob o prisma de emissões), restando claro que os países (especialmente os desenvolvidos) não estavam politicamente engajados na implantação da Agenda 21, ao se analisar a cooperação internacional para o desenvolvimento, com o uso da cooperação sul-norte (SOUZA, 2014).

O desenvolvimento sustentável funda-se especificamente na Agenda 21, e como os Estados tinham dificuldade em aliar a agenda ao crescimento econômico, a ONU sentiu o engessamento ainda maior na Cúpula do Milênio em 2000, com os Estados tangenciando a Agenda 21 e mesmo admitindo a necessidade de

sua revisão. A cúpula passou a questões como erradicação da fome e pobreza e melhoria da saúde, objetivos louváveis, mas que indicam a tendência da cooperação norte-sul que é mais maleável aos interesses empresariais e negativa ao desenvolvimento sustentável.

Na verdade, desde a Cúpula do Milênio de 2000, a ONU tem visto seus esforços fracassarem em promover o desenvolvimento sustentável preconizado na Agenda 21, concebida num mundo ainda esperançoso e cujos ousados compromissos não saem dos planos.

E a reação à globalização da economia e dos valores ocidentais provou a reação dos nacionalismos extremados pela pobreza e a exploração, culminando com os atentados de 11 de setembro de 2001, modificando completamente as condições políticas para a próxima Convenção da ONU sobre desenvolvimento sustentável, em Johannesburgo 2002.

A Convenção de Johannesburgo de 2002 seria a aferição, 10 anos depois, do resultado do Rio-92 e tinha tudo para ser um sucesso, pois se imagina que as legislações dos países estivessem incrementadas na proteção ambiental e seguindo o impulso da Rio-92, mas o que se observou naquele período em decorrência dos acontecimentos globais foi um progresso lento na interiorização das legislações e um aprofundamento da crise ambiental.

De destacar que desde os preparativos desta Convenção o evento refletia o insucesso na efetivação do que fora acordado há 10 anos no Rio de Janeiro: "O processo preparatório da Cúpula de Johannesburgo foi, desde o início, menos ambicioso que o do Rio: não havia processos de negociação para Convenções a serem assinadas na Conferência" (SILVA, 2011).

Desta forma, para evitar à consolidação de um fracasso, os representantes do país sede, a África do Sul, destinou a atenção da Convenção a temas sociais, como o combate à pobreza, no que se revelou uma manobra hábil, modificando o foco e atendendo aos anseios dos países desenvolvidos em satisfazer a opinião pública e aos subdesenvolvidos em discutir os seus problemas numa convenção global.

O objetivo principal da Convenção de Johannesburgo de 2002 era avaliar as dificuldades de implantação da Agenda 21 e o que se seguiu foi à adoção de medidas obscuras e protelatórias por parte da diplomacia, especialmente dos EUA, sob os diversos pontos de dificuldade discutidos, ou, a convenção estava preparada contando com a oposição dos EUA desde antes de seu início, como a de diversos outros países (BAPTISTA, 2002).

Interessante destacar que a mudança de paradigma realizada em 2002 em Johannesburgo foi que além de introduzir questões sociais no desenvolvimento sustentável, proporcionou o formal reconhecimento da incapacidade do sistema público internacional de viabilizar os seus projetos, com a ampla aceitação e fomento das Organizações Não Governamentais como agentes

ágeis e engajados no projeto de sustentabilidade e também de melhoria das condições sociais (LAGO, 2007).

Nos vinte anos que se sucederam a Convenção de 1992 o Rio de Janeiro recebia representantes de 193 países para a chamada “Rio+20”, a Convenção das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável. Diferentemente do que se deseja, mas dentro do que se esperava, foi um encontro grandioso, porém de efeito também protelatório, com avivamento de questões superadas e desvio dos objetivos.

Sobre a Cúpula de 2012, a Rio+20, inclusive, a própria imprensa, mesmo antes da Declaração, temia pelo fracasso, em parte reconhecido pelas partes, conforme Antunes e Angelo (2012). Esta convenção deveria receber chefes de Estado de primeiro escalão, porém não recebeu os chefes de Estados das duas maiores potências (EUA e Alemanha) e as delegações apesar de numerosas foram esvaziadas de poder e a própria ONU lhe deu cunho de Convenção de Revisão, numa nítida diminuição de status (GUIMARÃES; FONTOURA, 2012).

A posição dos Estados Unidos da América desde 2002 era conhecida e seu Congresso talvez seja a maior barreira à sustentabilidade mundial ao lado da China totalitária, de forma que o esvaziamento da Convenção não conseguiu ser salvo nem com a remodelação dos Objetivos do Milênio (ODM) sendo substituídos pelos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), sendo clara a aceitação da mitigação da questão da

sustentabilidade ambiental em detrimento da justiça social, afastando-se do objetivo original de 1972 e 1992.

Tanto a organização da Convenção Rio +10 como a da Rio +10 optaram por se reinventar como Convenção com objetivos novos e louváveis, mas diversos da sustentabilidade preconizada no Rio de Janeiro em 1992, a ter de tornar pública a priorização da economia em relação ao desenvolvimento.

Restou claro que a confiança das Nações num caminho comum traçado na Rio 1992 se esvaiu em poucos anos e que o se revelou foi a força das empresas transnacionais e do capital, dos interesses oligárquicos representados pelas forças que movem a política, mas que se baseiam na economia tradicional e desenvolvimentista, tal qual preconizado pela ONU em 1945, mais de duas décadas antes da Convenção de Estocolmo de 1972.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Partindo-se da desconfiança gerada pela existência de uma questão ambiental, motivo de discussão e tensão entre cientistas e políticos na Convenção de Estocolmo até a ratificação dos princípios e da certeza de ofensa ao meio ambiente pelas ações dos humanos, a evolução da discussão sobre a sustentabilidade é notável, mas insuficiente para os objetivos necessários para a sustentabilidade efetiva.

Desta forma, ao se analisar as Convenções sobre meio ambiente e sustentabilidade se tem uma notável evolução na

compreensão e aceitação da questão bem como no assentamento e na consolidação dos conceitos do próprio direito ambiental internacional, porém o movimento de crescimento parte de 1972 é segue até a Convenção do Rio de Janeiro de 1992.

Ao que parece, a sustentabilidade chegou ao limite teórico já na Convenção do Rio de Janeiro de 1992, mas este limite foi muito além da disposição econômica e política dos países. A partir desta Convenção, o sistema econômico moderno, representado pela globalização impôs uma estagnação aos conceitos de sustentabilidade e posteriormente passou a tratá-la, de forma explícita como uma das questões de melhoria social.

Assim, apesar de sua extrema necessidade, há que se discutir se a inserção dos objetivos sociais ao lado dos objetivos de meio ambiente e sustentabilidade não servem mais para confundir e tornar mais intangíveis os objetivos da sustentabilidade, que tem importância elevada para ter sua autonomia preservada ante aos nobres objetivos sócias.

A discrepância entre os níveis de desenvolvimento dos países envolvidos e os efeitos deste desenvolvimento ou não no meio ambiente das pessoas, a tecnologia disponível para a melhoria dos níveis tem permeado as discussões modernas, de forma que a inclusão de objetivos sociais na discussão ambiental trouxe mais confusão que efetividade a causa, que demorou tanto tempo a ser aclarada e reconhecida.

A política de certos países, como a China e sua totalitária economia de mercado e principalmente os Estados Unidos e seu caráter dúbio, fomentam discussões e elevam os conceitos de soberania a extremos que impedem o desenvolvimento da discussão, por se tratar de atores nitidamente superiores em termos de recursos e de poluição.

Neste caso resta clara a força econômica das corporações e sua influência sobre os governos, que se comportam como marionetes de um sistema, muitas vezes com retórica e ideologia ultrapassadas ou mesmo de nacionalismo. O que se avizinha é, talvez, o fomento do retrocesso no campo da preservação ambiental e da sustentabilidade em favor do capital.

De fato, a economia de mercado tem poderes cada vez menos velados e cada vez maiores nas estruturas de poder Estatal e na própria ONU. Este poder impede a aplicação de medidas efetivas pela sustentabilidade e preservação do meio ambiente, fazendo com que se reabra uma discussão superada em detrimento das ações em prol da sustentabilidade.

O papel da ONU como grande ator mundial e caminho natural para a governança global, que apesar dos recentes insucessos, tem conseguido evoluir nos conceitos e dar alguma esperança de rumo minimamente sustentável ao mundo, mas que também merece críticas pela sua estrutura organizacional ultrapassada, na qual as ações financeiras e desenvolvimentistas não são efetivamente comprometidas com a sustentabilidade.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, C.; ANGELO, C. **Texto da Rio+20 será 'equilíbrio de descontentamentos', diz negociador**. Folha de São Paulo. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/1106400-texto-da-rio20-sera-equilibrio-de-descontentamentos-diz-negociador.shtml>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BAPTISTA, Zulmira M. de Castro. **O novo Direito Internacional Público e suas consequências**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

BARROS, Wellington Pacheco. **Curso de direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 06.

GUIMARÃES, Roberto Pereira e FONTOURA, Yuna Souza dos Reis da. **Rio+20 ou rio-20? Crônica de um fracasso anunciado**. São Paulo: Ambiente & Sociedade, 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>>. Acesso em: 14 set. 2016.

LAGO, A. A. C. do. **Estocolmo, Rio, Johannesburgo – O Brasil e as Três Conferências Ambientais das Nações Unidas**. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, 276p.

LE PRESTRE, Philippe. **Ecopolítica Internacional**. Tradução Jacob Goreneder. 2. ed. São Paulo: SENAC, 2005. p. 174-175

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente.** Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 9, n. 34, p. 97-123, abr./jun. 2004. p. 105

ROCHA, Jefferson Marçal da. Política internacional para o meio ambiente: avanços e entraves pós-conferência de Estocolmo. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes e PAVIANI, Jayme (Orgs.). **Direito ambiental: um olhar para a cidadania e sustentabilidade planetária.** Caxias do Sul: Educus, 2006. p. 135.

SILVA, Carlos Henrique Rubens Tomé. **Estocolmo'72, Rio de Janeiro'92 e Joanesburgo'02: as três grandes conferências ambientais internacionais.** (2011). obtido em <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/boletim-no-6-de-2011-estocolmo72-rio-de-janeiro92-e-joanesburgo02-as-tres-grandes-conferencias-ambientais-internacionais>> Acesso em: 10 jan. 2017.

SILVA, Roberto Luiz. **Direito Internacional Público.**3.. Belo Horizonte. Del Rey. 2008.

SOUZA, André de Mello e. **Repensando a cooperação internacional para o desenvolvimento.** Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada IPEA, 2014.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito Internacional Econômico Ambiental.** MG, Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

WOLD, Chris. A emergência de um conjunto de princípios destinados à proteção internacional do meio ambiente. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio (Orgs.). **Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 8.

VEGETAÇÃO DA AMAZÔNIA: TENSÃO ENTRE SOBERANIA NACIONAL E GLOBALIZAÇÃO

VEGETACIÓN DE LA AMAZONÍA: TENSION ENTRE LA SOBERANÍA NACIONAL Y GLOBALIZACIÓN

*Thiago Loures Machado Moura Monteiro*¹

*Sébastien Kiwonghi Bizawu*²

RESUMO: O tema do presente artigo é a discussão sobre como utilizar a biodiversidade da Amazônia, em especial sobre a vegetação da mesma, na discussão se a mesma é um patrimônio nacional brasileiro, ou um patrimônio universal, e se conseqüentemente deve ser trata sob a diretriz da soberania

¹ Mestrando em Direito Ambiental na Escola Superior Dom Helder Câmara, Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, e Direito Previdenciário na Universidade FUMEC. Advogado. E-mail: thiagoloures.adv@gmail.com.

² Doutor e Mestre em Direito Internacional, Professor de Direito Internacional Público e Privado na Escola Superior Dom Helder Câmara, Pró-Reitor do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Líder do Grupo de Pesquisa “Direitos dos Animais, Economia, Cultura, Sustentabilidade e Proteção Internacional” e da Iniciação Científica “Direitos das Minorias no Estado democrático de direito: efetividade jurisdicional dos direitos humanos” e membro do Grupo de Pesquisa Estratégica sobre a Pan-Amazônia da Escola Superior Dom Helder Câmara. kiwonghi@domhelder.edu.br

nacional, ou internacionalizada pela globalização. A metodologia do presente artigo é bibliográfica de cunho qualitativo. E para um estudo qualitativo sobre a legislação brasileira e doutrina, a cerca de como tratar a biodiversidade amazônica, adentra-se ao marco teórico da pesquisa, nas lições interpretativas de Ronald Dworkin. Sendo que na legislação específica são analisados os avanços legislativos sobre a proteção do patrimônio genético brasileiro, bem como as normas internacionais sobre a vegetação da Amazônia, e que foram ratificados pelo Brasil. Os resultados apontam a necessidade de se confirmar a soberania nacional da vegetação amazônica, mas que a mesma deve ser exercida dentro dos princípios do direito ambiental, como o Princípio da Livre Pesquisa e do Desenvolvimento Sustentável. As conclusões alcançadas por esta pesquisa podem ajudar operadores do direito, tanto em discussões internacionais, como em como efetivar uma adequada soberania nacional, sobre a vegetação da Amazônia.

PALAVRAS CHAVE: Amazônia; Soberania Nacional; Biodiversidade; Globalização.

RESUMEN: El tema de este artículo es la discusión de cómo utilizar la biodiversidad de la Amazonía, especialmente en la vegetación de la misma en la discusión si se trata de un patrimonio nacional de Brasil, o de un patrimonio universal, y por lo tanto debe ser discutido si debe ser seguida la directriz de soberanía nacional, o internacionalizado por la globalización. La metodología de este artículo es la literatura de naturaleza cualitativa. Y para un estudio cualitativo de la ley y la doctrina

brasileña, acerca de cómo tratar la biodiversidad amazónica, se introduce al marco teórico de la investigación, las lecciones de interpretación de Ronald Dworkin. Siendo que en la legislación se analizan las novedades legislativas específicas sobre la protección del patrimonio genético brasileño, así como las normas internacionales sobre la vegetación de la Amazonía, que fueron ratificados por Brasil. Los resultados indican la necesidad de confirmar la soberanía nacional de la vegetación amazónica, sino que deben ejercerse dentro de los principios del derecho ambiental, como el Principio de Investigación Libre y el Desarrollo Sostenible. Las conclusiones de esta investigación pueden ayudar a juristas, tanto en los debates internacionales, tales como la forma de efectuar una soberanía nacional adecuada, sobre la vegetación de la Amazonía.

PALABRAS-CLAVE: Amazonía; Soberanía Nacional; Biodiversidad; Globalización.

1 INTRODUÇÃO

Com o avanço da ciência e da tecnologia, as distâncias do conhecimento foram encurtadas, por instrumentos como a internet, que permitem a reprodução e divulgação imediata de uma descoberta ou de um fato, para todo o mundo. Tornando populações distantes mais interligadas, e com cada vez mais influência internacional, seja por meio de encontros como os da Organização das Nações Unidas, mas também por meio de tratados internacionais e contratos internacionais. Neste diapasão

os países percebem uma interdependência política, não tendo mais sua soberania clássica, tendo de respeitar direitos fundamentais da humanidade, quando seu país ratificou um tratado neste sentido.

Contudo antes da constatada interdependência política por tal globalização, o meio ambiente natural já apresentava uma interdependência ecológica desde sua constituição. Posto que uma ação de poluição acarreta efeitos em cadeia ao meio ambiente, que não conhece as fictícias fronteiras criadas pela civilização humana.

Sendo que no Brasil, ao mesmo tempo em que o país é inserido de modo atuante em uma dinâmica internacional, tendo ratificado diversos tratados internacionais, conferindo inclusive status de emenda constitucional, para tratados sobre direitos humanos com uma aprovação legislativa diferenciada, ao mesmo tempo garante como fundamento da república federativa do Brasil, a manutenção de sua soberania.

Desse modo, a tensão entre globalização e soberania é evidente, em especial pela existência de uma linha tênue entre até que ponto a vegetação da Amazônia deve ser considerada patrimônio planetário, passível de utilização sustentável por todos habitantes do planeta, bem como de exploração científica do conteúdo medicinal de sua vegetação, por qualquer país que se dispor a fazê-lo, ou lado outro, se a Amazônia deve ser entendida como patrimônio brasileiro, protegido por sua soberania, com manejo exclusivo aos brasileiros.

Para discutir os limites entre globalização e soberania, a respeito da vegetação da Amazônia, será abordado qual método interpretativo do direito será seguido na presente pesquisa, e este método é justamente o marco teórico do artigo, que é o método interpretativo de Ronald Dworkin.

Após o esclarecimento de conceitos básicos do método de Dworkin, como o que são e como lidar com os princípios do direito, serão analisados alguns dos principais princípios do direito ambiental, são eles: desenvolvimento sustentável, prevenção, precaução, livre pesquisa e vedação ao retrocesso socioambiental.

Tendo sido apresentada a estrutura do direito ambiental brasileiro, por meio de seus princípios, passará a ser objeto de análise, as legislações nacionais sobre a vegetação da Amazônia.

Diante da compreensão do direito brasileiro acerca da vegetação da Amazônia, será abordado a atual crise de efetividade do direito brasileiro, demonstrando como, muitas vezes de forma ilegal, as riquezas naturais da vegetação amazônica vêm sendo extraídas, juntamente com culturas tradicionais, sendo inclusive objeto de patente em outros países.

Sobre a tensão entre globalização e soberania a respeito da vegetação amazônica, na metodologia bibliográfica pela lógica dedutiva, serão apresentados argumentos primeiramente favoráveis aos ideais de globalização, e em segundo momento, favoráveis a manutenção plena da soberania brasileira sobre o tema.

No intuito de dialogar com tais argumentos, os mesmos serão confrontados com base no marco teórico do presente artigo, que é o método interpretativo de Ronald Dworkin.

Assim, o presente artigo se justifica para fomentar a reflexão sobre tema importante não apenas aos brasileiros, mas sim para toda a humanidade, que mesmo indiretamente, usufrui dos benefícios da manutenção da vegetação da Amazônia.

2 MÉTODO INTERPRETATIVO DE DWORKIN

Ao tratar sobre a vegetação da Amazônia, é necessário analisar o ordenamento jurídico brasileiro, não apenas do ponto de vista positivista, de se analisar as leis postas sobre a matéria, mas também em compreender os Princípios aplicáveis em direito ambiental.

E simplesmente conceituar tais leis e princípios não é suficiente para viabilizar uma aplicação adequada da interpretação do direito. Para tanto, neste primeiro capítulo será analisado o método de interpretação desenvolvido por Ronald Dworkin.

O posicionamento de compreender que apenas se existir uma lei específica, com uma regra clara se aplicando diretamente ao caso concreto, é possível que a tutela da biodiversidade tenha exigibilidade, é o mesmo que ignorar a existência dos princípios, em uma herança positivista, duramente criticada por Ronald Myles Dworkin (2002).

Dworkin explica a diferença entre regras e princípios, partindo de diferenciar quanto à natureza jurídica, indicando primeiro o que seria a natureza das regras:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. (Dworkin, 2002, p.39).

Por outro lado ao explicar a natureza dos princípios, Dworkinse distancia da ideia do tudo ou nada, transcrito acima para as regras, reconhecendo que deve-se compreender o princípio de maneira especial: “Tudo o que podemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção.” (Dworkin, 2002, p. 42)

Em outras palavras, para Dworkin o princípio é como uma diretriz que tem força legal no direito, mesmo sem ser uma regra propriamente dita. Sendo tal diretriz um mecanismo para a aplicação adequada do direito, pois ignorar os princípios como parte do Direito, seria como uma análise incompleta e insuficiente do mesmo.

Neste sentido o direito à preservação da vegetação amazônica, enquadrada como patrimônio nacional pelo artigo 225 § 4º da Constituição Federal, deve ser entendido como regra ou como princípio? Dworkin reconhece que em alguns casos, é uma difícil tarefa elucidar tal distinção, trazendo à baila, a análise primeira emenda da Constituição norte americana:

[...] A primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos contém uma disposição determinando que o Congresso não pode cercear a liberdade de expressão. Será esta uma regra, de modo que se alguma lei específica cercear a liberdade da palavra, se poderá concluir que se trata de uma lei inconstitucional? Os que afirmam que a primeira emenda é “um absoluto” dizem que ela deve ser vista dessa maneira, isto é, como uma regra. Ou ela meramente enuncia um princípio, de modo que, se um cerceamento da liberdade de expressão for descoberto, ele

será inconstitucional a menos que seu contexto revele a existência de uma outra política ou princípio que, nas circunstâncias, tenha força suficiente para permitir esse cerceamento?[...] (Dworkin, 2002, p. 44).

Pelo grau de generalidade contido na previsão constitucional, em relação a inclusão da floresta amazônica como patrimônio nacional, apresenta com características mais próximas ao conceito de princípio de Dworkin, sendo verdadeiras diretrizes para a análise de um caso concreto.

Inclusive no sentido de busca por um direito mais igualitário, a análise caso a caso para construção e reconstrução do direito, é possibilitada segundo Dworkin, graças a utilização dos princípios, como explicam Bruna e Verônica, ao descrevem tal objetivo do direito para Dworkin:

O ativismo público do citado autor era coerente com a visão de que o direito não se reduz a um conjunto de normas codificadas ou a decisões de juízes, mas é um conjunto de práticas sociais constitutivas de uma comunidade de princípios. Para Dworkin, se o direito desempenha função social, em geral, de fundamento da obediência política, e o que fundamenta a obediência não deve ser a reverência cega à autoridade, mas a avaliação de que só deve obedecer a uma estrutura de

decisões fundada sobre princípios, o direito deve ser continuamente reconstruído, em cada decisão, em cada caso, para que se torne cada vez mais igualitário. (FRANÇA;VILELA, 2014, p. 125).

E quanto ao choque de regras, no entendimento de Dworkin, aplica-se uma em detrimento de outra, o chamado método tudo ou nada. Já em colisão de princípios, Dworkin vai além da noção de peso, e partindo de uma análise de coexistência harmônica, como explica Beatriz Souza Costa: “Dworkin não entende os princípios como dimensão de ‘peso’, mas como um critério de prevalência do bom senso. Portanto, não existe colisão de princípios, como preceituado por Alexy, mas sim uma concorrência que deve ser dosada.”. (COSTA, 2010, p.33).

No contexto atual da modernidade, o papel do juiz escravo da lei ficou absolutamente ultrapassado, devendo sim buscar manter o direito vivo, para acompanhar a dinâmica da sociedade, sob pena de ficar obsoleto. De modo que em alguns casos, como em questões transgeracionais, o juiz não pode nem mesmo ficar preso a dimensão do tempo presente, como explica Dempsey:

Este juiz deve ser antes de tudo um cidadão livre, e não um escravo da lei como

postulavam os juristas de Napoleão. Quer dizer, não deve ser um escravo do projeto monoteísta que só conhece uma solução única para os problemas plurais da sociedade complexa e contemporânea. O juiz intergeracional é alguém capaz de abrir a própria mente e reconstruir a racionalidade do conhecimento jurídico que adquiriu nos tempos de sua formação universitária. (RAMOS, 2014, p. 307).

Logo, as valiosas lições de Dworkin devem ser utilizadas para concretizar uma efetividade ao direito, respeitando-se tanto a importância das regras, quanto a importância dos princípios, e buscando a compatibilização dos princípios, para uma efetividade com segurança jurídica e coerência.

Logo, com base na interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, antes de adentrar nas legislações específicas sobre vegetação da Amazônia, serão apresentados os Princípios básicos do Direito Ambiental, já compreendendo sua importância enquanto diretrizes do direito ambiental.

3 PRINCÍPIOS DO DIREITO AMBIENTAL

Não existe um número fechado de Princípios em direito ambiental, sendo importante ressaltar previamente, o comando preciso do artigo 225 da Constituição, de que é dever de todos a

preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, para as presentes e futuras gerações, e a previsão do artigo 170 ainda no texto constitucional, em listar a proteção do meio ambiente como um dos pilares da ordem econômica. No presente artigo adotaremos os seguintes princípios: desenvolvimento Sustentável, precaução e prevenção, liberdade de pesquisa, e vedação ao retrocesso socioambiental.

3.1. Princípio do desenvolvimento sustentável

O desenvolvimento sustentável está amparado de forma Constitucional, quando no artigo 170, a Carta Magna determina que a ordem econômica, observará os Princípios da Propriedade Privada e da Livre Concorrência e ainda garante o direito à Livre Iniciativa, e no mesmo artigo prevê que deverá observar a defesa do Meio Ambiente.

Logo, a forma de se promover a ordem econômica, preservando a propriedade privada, a livre iniciativa, a livre concorrência, e ao mesmo tempo garantir a defesa do meio ambiente, é por meio do desenvolvimento sustentável.

Neste sentido, Jose Adércio Leite Sampaio (2003, p. 47), indica o Princípio do Desenvolvimento Sustentável, como o *prima principium* ambiental, ou seja, a base para qualquer análise sobre a tutela ambiental.

Romeu Thomé aponta sobre o reconhecimento do Princípio do Desenvolvimento Sustentável, frente a redação do artigo 170 da Constituição Federal de 1988:

Relevante realçar, desde logo, a defesa do meio ambiente (inciso VI do artigo 170 da Constituição de 1988) como princípio da ordem econômica, clara indicação constitucional da necessidade de harmonização entre atividade econômica e preservação ambiental (THOMÉ, 2014, p. 149).

Por tanto o Princípio do desenvolvimento sustentável, não exclui a possibilidade de exploração econômica, a não ser se a mesma não conseguir ser sustentável, ou seja, colaborar para a manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

3.2. Princípio da precaução e prevenção

Estes princípios são comumente confundidos, contudo apesar de terem aplicação com objetivos entrelaçados, são distintos. Ambos visam manter o meio ambiente preservado, por isto tem amparo Constitucional do artigo 225.

O princípio da precaução aplica-se quando não existe uma certeza científica do dano, mas apenas um razoável, indício de possibilidade de impacto, devidamente fundamentado

(BECHARA, 2009, p. 31). Já o Princípio da Prevenção, aplica-se quando se tem certeza científica do dano (COELHO, 2014, p. 62).

Com o avanço da tecnologia e da ciência, é comum a descoberta de graves riscos e danos ambientais, em atividades que se desconheciam este dano. Sendo importante destacar que o fato de uma determinada atividade, ser autorizada, em dada época, por não apresentar indício razoável ou provável de dano, não impede que se aplique o Princípio da Prevenção, a partir do momento em que se tem certeza científica do dano.

Salientando que se houver um indício razoável ou ainda uma certeza científica do dano ambiental de determinada atividade, isto não significa dizer que impreterivelmente ela será uma atividade proibida. Isto porque toda atividade gera um impacto, e algumas chegam a causar dano ambiental, como efeito inevitável, e nestes casos, a administração Pública irá analisar se são danos toleráveis, mediante procedimentos de preservação ou compensação, ou se são danos intoleráveis (BECHARA, 2009, p.32).

3.3. Princípio da liberdade de pesquisa

A Constituição Federal de 1988 apregoa no artigo 5º inciso IX, dentre outras liberdades a liberdade de pesquisa, ao afirmar que é livre a atividade intelectual e científica. Considerando o caráter genérico da disposição constitucional, é

evidente que se trata de uma diretriz constitucional para aplicação do direito, ou seja, um princípio. (Dworkin, 2002).

Entretanto, sobre a vegetação da Amazônia, não é correto concluir que todo o tipo de pesquisa, incluindo a pesquisa exploratória, esteja amplamente e de forma irrestrita, sempre autorizada.

Posto que para Dworkin os princípios devem ser trabalhados não na ótica do tudo ou nada, escolhendo um e abrindo mão de outro, mas na ótica na coexistência harmônica dos mesmos. (COSTA, 2010).

Neste sentido Bruno Torquato de Oliveira Naves e Carlos Frederico Saraiva de Vasconcelos, esclarecem os limites do princípio da liberdade de pesquisa:

A liberdade de pesquisa encontra limites na dignidade da vida, na defesa do meio ambiente, na função social da propriedade, na livre concorrência e vários outros mecanismos de proteção do ser humano, dos organismos vivos e do ecossistema, natural ou artificial. (NAVES; VASCONCELOS, 2015, p.176).

Importante destacar que ao afirmar que o princípio da liberdade de pesquisa possui limites, não significa dizer que está hierarquicamente abaixo de outros princípios, como o a precaução, mas sim que deve ser entendido e aplicado em

sintonia, de modo coexistente aos demais princípios do direito ambiental.

3.4. Princípio da vedação ao retrocesso socioambiental

De suma importância para discussões envolvendo reflexos de tratados internacionais ratificados, e novas legislações específicas, é o princípio da vedação ao retrocesso socioambiental. Segundo tal princípio se a norma nova, mesmo proveniente de um tratado internacional, vier a reduzir o nível de proteção socioambiental antes estabelecida, a nova norma deve ser anulada em prol do meio ambiente.

Romeu Thomé explica a importância deste princípio, a partir do princípio da precaução:

A cláusula da vedação de retrocesso socioambiental afigura-se, portanto, na modernidade reflexiva, como ferramenta indispensável para obstar a vigência de normas e atos estatais elaborados aodadadamente, a partir de dados científicos inexatos ou controversos, capazes de influenciar negativamente o equilíbrio ecológico. Sob a luz do princípio da precaução, necessário que haja um período de tempo suficiente para o amadurecimento

do conhecimento científico, o que pode ocorrer tanto por meio de debates envolvendo a comunidade científica especialista, quanto por intermédio da participação popular. (THOMÉ, 2014, p. 204).

Sendo que tal anulação não se opera de forma automática, momento em que a importância do judiciário, para aplicar e concretizar o Princípio da Vedação ao Retrocesso Socioambiental se faz necessário:

Caso o legislador e o administrador público desrespeitem o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a partir de atos e iniciativas que promovam ou que sejam passíveis de promover o recuo nos níveis de proteção ambiental já sedimentados, caberá ao Poder Judiciário o relevante papel de controle desses atos aplicando, para tanto, o princípio da proibição de retrocesso socioambiental, indispensável para a efetiva transição para uma nova modernidade. (THOMÉ, 2014, p. 204).

Desse modo, já é importante compreender que por tal Princípio, uma futura redução da proteção da vegetação

amazônica em prol, por exemplo, do crescimento econômico, não seria permitida, mesmo sendo aprovada em lei, ou ato do poder executivo, como assinar um tratado internacional.

4 LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA SOBRE VEGETAÇÃO DA AMAZÔNIA

Em nível internacional, em 1978, foi assinado o Tratado de Cooperação Amazônica (TCA), tendo como signatários os seguintes países: Brasil, Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela. O referido tratado se baseia em um tripé de soberania, desenvolvimento sustentável e cooperação regional. (SILVEIRA, 2012).

Tendo como um relevante avanço jurídico, além do conteúdo do tripé acima citado, em prol do desenvolvimento sustentável, definido o foro competente para dirimir eventuais conflitos de tal cooperação regional, o que é bastante razoável, como menciona Edson Damas da Silveira:

Não seria, então, desarrazoado que os Estados que compõem a grande Bacia Amazônica, de forma legítima e justa fundassem *sponte própria* mecanismos normativos eficazes para a proteção dos seus conhecimentos tradicionais associados,

emergindo o Pacto firmado em 1978 como o fórum natural apropriado para tal desiderato, bastando uma revisão nos escritos originais. (SILVEIRA, 2012, p.55).

Para reafirmar os pilares do TCA, em 1998, foi aprovada uma emenda ao tratado, para criar a Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA), atribuindo personalidade jurídica própria a OTCA, possibilitando acordos internacionais, para garantir o desenvolvimento sustentável da biodiversidade amazônica. Contudo, geralmente tais acordos acarretam participação de países como os EUA, o que dificulta sua assinatura, pelo receio de se vender a soberania nacional, como pondera Danilo Lovisaro do Nascimento:

Convém notar, no entanto, que a cooperação entre a própria OTCA e as Partes Contratantes, que deveria ser primeiramente estimulada, parece ser mais difícil de implementar, pois é ressaltada a obtenção de cooperação dos Estados Unidos da América para uma gestão conjunta da biodiversidade, o que, certamente, mesmo com uma aparência de gratuidade, pode conflitar com os interesses regionais, tendo em vista o objeto do acordo e a forma de fiscalização e

gestão deste acordo (NASCIMENTO, 2012, p. 134).

Ainda em nível internacional, o Brasil é um dos 160 países signatários da Convenção sobre Diversidade Biológica, que é um tratado da ONU, estabelecido na ECO-92, evento realizado na cidade do Rio de Janeiro.

Tal Convenção busca fornecer diretrizes para as legislações internas, a fim de promover a conservação da diversidade biológica e do próprio desenvolvimento sustentável, sendo que quando se refere a biodiversidade, prevê isto em três níveis: espécies, recursos genéticos, e ecossistemas, portanto contemplando a preservação da vegetação, como parte da biodiversidade.

Constitucionalmente, o artigo 225, § 4º da Constituição brasileira de 1988, prevê que a mata atlântica e a floresta amazônica brasileira, são patrimônios nacionais.

Na legislação específica, a lei 11.428/2006, dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata Atlântica, conceituando e regulando elementos como exploração sustentável e enriquecimento ecológico.

A exploração sustentável representa a ideia do Princípio do Desenvolvimento Sustentável, pois de acordo com a lei 11.428/2006, é a exploração socialmente justa e economicamente viável. Já o enriquecimento ecológico é o uso de tecnologia para restauração e conservação da mata atlântica.

Sendo que o artigo 32 da lei 11.428/2006 condiciona para atividade minerária que realize supressão da vegetação, a concessão de licenciamento ambiental com o cumprimento das medidas compensatórias, de promover a recuperação de área equivalente à área do empreendimento, com as mesmas características ecológicas, na mesma bacia hidrográfica e ainda sempre que possível na mesma microbacia hidrográfica, independentemente do disposto na lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação.

O código florestal, lei n. 12.651/2012, confere uma proteção diferenciada para a região amazônica, prevendo que a reserva legal, área ambientalmente que deve necessariamente ser preservada da propriedade rural, que como regra geral corresponde a 20% da propriedade, tem alcance de proteção maior da Amazônia Legal, dependendo do tipo de vegetação.

De acordo com o artigo 12 do código florestal, se o imóvel rural estiver localizado em área de floresta, deverá ter 80% do mesmo preservado como reserva legal, sendo que se for ainda na Amazônia legal e situado em área de cerrado, deverá manter 35 % da área como reserva legal. Já para área de campos gerais e demais regiões do país, a reserva legal corresponde a 20% do imóvel rural.

Ressaltando que quando a área é qualificada como reserva legal, tal parte da propriedade rural deve manter-se com cobertura de vegetação nativa, preservando assim, o equilíbrio ecológico.

Sendo que por Amazônia Legal, o artigo 3º inciso I da lei 12.651/2012 define como sendo as seguintes regiões: “I - Amazônia Legal: os Estados do Acre, Pará, Amazonas, Roraima, Rondônia, Amapá e Mato Grosso e as regiões situadas ao norte do paralelo 13° S, dos Estados de Tocantins e Goiás, e ao oeste do meridiano de 44° W, do Estado do Maranhão;” (BRASIL, 2012, sp)

No intuito de regular a proteção à biodiversidade, também merece destaque a lei 13.123/2015, que dentre outras providências, dispõe sobre a remessa do patrimônio genético ao exterior, que por definição do artigo 2º inciso I, corresponde as também as espécies vegetais, onde se lê: “I - patrimônio genético - informação de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza, incluindo substâncias oriundas do metabolismo destes seres vivos;” (BRASIL, 2015).

Sendo importante destacar que a supressão da vegetação primária ou secundária, em estágio avançado ou médio de regeneração, do Bioma Mata Atlântica, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção, é tipificado como crime ambiental, com pena de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente, conforme disposto no artigo 38-A da lei 9.605/98.

5 EXEMPLOS DE BIOPIRATARIA

Desde a época da colonização portuguesa, o Brasil teve levado de seus domínios, inúmeras riquezas naturais, como o ouro e o pau brasil. E atualmente com o avanço da ciência, uma das maiores riquezas brasileiras, é a biodiversidade amazônica, com utilidades das mais diversas, passando de mercados tidos como essenciais como o farmacêutico, ante as inúmeras possibilidades medicinais da mata atlântica aliada aos conhecimentos dos povos tradicionais que lá vivem, para até a descoberta de novos alimentos, fragrâncias, e especiarias dos tempos modernos.

Sobre tal exploração se destacam dois exemplos: o caso Novartis x BioAmazônia e a atuação da empresa *Shaman Pharmaceuticales*, no mercado internacional.

O caso Novartis x Bioamazônia, foi um um acordo de cooperação celebrado no ano 2000, entre a Bioamazônia, que é uma associação brasileira para o uso sustentável da biodiversidade amazônica, que tinha um convenio com o Ministério do Meio Ambiente para implementação de um programa do governo brasileiro, de uso sustentável da biodiversidade amazônica, e uma multinacional farmacêutica com sede na Suíça, chamada Novartis Pharma AG. (NAVES; VASCONCELOS, 2015)

Tal acordo permitia que a multinacional pudesse fazer coleta, isolamento e identificação, de cerca de dez mil microrganismos da Amazônia, levando as coletas para análise na sede da multinacional, na Suíça, investindo cerca de 4 milhões de

dólares na associação, e garantindo apenas 1 % dos royalties sobre os novos compostos, para a empresa brasileira. (TOLEDO, 2012).

Sendo que o acordo não foi assinado, pois foi denunciado por alguns componentes da própria associação, em razão de flagrante violação da soberania nacional, já que a BioAmazônia não tinha competência para assinar um acordo que pudesse comprometer um direito nacional, sobre a vegetação da Amazônia, como prevê o artigo 225, § 4º da Constituição Federal de 1988. (TOLEDO, 2012).

André de Paiva Toledo ressalta o que representaria tal acordo assinado, considerando o desvio de finalidade, pois uma empresa com apoio do ministério do meio ambiente brasileiro, iria negociar exportar a parte da biodiversidade amazônica, sem autorização do governo brasileiro:

[...]Certamente, esse acordo se constituiria em mais um exemplo de biopirataria camuflada com uma roupagem formal, se alguns membros do Conselho de Administração e do Conselho Técnico-Científico da BioAmazônia não tivessem feito à denúncia. Foi preciso que alguém inserido na dinâmica fraudatária alertasse para o desvio de finalidade que estava sendo armado pela associação das pessoas jurídicas. (TOLEDO, 2012, p. 397).

Este caso serviu de forte estímulo para a edição da lei 13.123/2015, que regula a remessa de parte do patrimônio genético brasileiro para fora do país. (NAVES; VASCONCELOS, 2015).

E sobre a estratégia das empresas que visam a biopirataria, se mostra comum e necessário o auxílio por um participante do próprio país detentor da biodiversidade vislumbrada. Como explica André de Paiva Toledo:

[...]Realmente, uma das estratégias mais populares entre os agentes do contrabando internacional de componentes da diversidade biológica é justamente interpor uma pessoa nacional entre o objeto de acesso e o seu destino para evitar que o Estado de origem possa questionar os verdadeiros propósitos da utilização de seu patrimônio. (TOLEDO, 2012, p. 397)

E está pessoa nacional, para empresas como a *Shaman Pharmaceuticales*, outra multinacional do ramo farmacêutico, remontando o início do chamado “descobrimento das Américas”, são populações indígenas. A sua estratégia de mercado é negociar diretamente com populações indígenas, ignorando os Estados em que elas estão inseridas, levando além de amostras e dados vegetação e biodiversidade, o próprio conhecimento tradicional

indígena, de como utilizar cada planta levada, por exemplo (TOLEDO, 2012).

Sobre tal estratégia para a biopirataria, André de Paiva Toledo comenta:

Antes de a *Shaman Pharmaceuticales* iniciar no país de origem qualquer ato de consecução do projeto de coleta de amostras, um representante estrangeiro é enviado ao local para negociar com uma importante comunidade aborígine as bases em que será firmado o contrato de parceria para o acesso. Nesse primeiro momento, a empresa já disponibiliza aos indígenas daquela comunidade uma quantia inicial baseada nas necessidades imediatas do grupo nativo. Na maioria dos casos, a comunidade indígena aceita as condições impostas pela companhia estrangeira, comprometendo-se a auxiliar a coleta de componentes biogenéticos. (TOLEDO, 2012, p. 389).

Sendo que realmente fazer o contato direto com a população indígena, é uma brecha jurídica, ante a autonomia que vários países concedem para os indígenas, que muitas vezes não se sujeitam as regras comuns da soberania nacional.

A Constituição brasileira de 1988 prevê no artigo 49, inciso XVI, que é de competência exclusiva do Congresso Nacional, autorizar o aproveitamento dos recursos hídricos, e a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas, que de acordo com o artigo 176 § 1º, tem que ser autorizada/concedida pela União, e apenas por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País.

Mas a Constituição de vários países como a Bolívia, a Colômbia, o México e o Paraguai conferem enorme autonomia gerencial as populações indígenas, o que dificulta a fiscalização quanto a prática de biopirataria. (SILVEIRA, 2012). Mas tanto estas constituições como a brasileira, mantém a soberania plena a cargo do Estado, mas sem a possibilidade de fiscalização, virão alvos fáceis da biopirataria.

6 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS A GLOBALIZAÇÃO

Como ponto de partida dos argumentos favoráveis à globalização e internacionalização da Amazônia brasileira, reside a própria estrutura interligada do meio ambiente, sendo interesse global não apenas a preservação de uma região como a Amazônia, mas também, por exemplo, as inúmeras possibilidades de novas descobertas no ramo medicinal, em um contexto em que o governo brasileiro não dispõe de infra-estrutura e aparato tecnológico adequado.

E além do argumento ecológico, temos a interligação filosófica, enquanto humanidade, como ressalta o Papa Francisco na Encíclica sobre o meio ambiente, chamada de estudo sobre a casa comum, ou seja, casa comum de toda humanidade, necessitando de um esforço em conjunto para cuidar da mesma, com responsabilidade universal e solidariedade planetária. (PAPA FRANCISCO, 2015).

A respeito de tal responsabilidade universal e solidariedade planetária, trabalhada na encíclica do meio ambiente, KiwonghiBizawu e Émilien Vilas Boas Reis afirmam:

Diante dos danos ambientais e da realidade das mudanças climáticas - cientificamente comprovadas, não há mais como os governos ficarem indiferentes ao perigo que vem das ações humanas irresponsáveis e destruidoras da biodiversidade do planeta. Salvar a humanidade é um dever de todos os povos, e não apenas dos católicos, pois a Encíclica Laudato Si é um grito profético, que aborda a questão ambiental com mais firmeza e convicção para despertar a responsabilidade universal e a solidariedade planetária como valores a serem resgatados em um mundo em transformação e em crise ecológica. (BIZAWU; REIS, 2015, p.63).

Extraindo de tal raciocínio, a compreensão de planeta como um todo, de responsabilidade de toda a humanidade, os argumentos favoráveis a internacionalização da vegetação da Amazônia ganha força, pois proteger a biodiversidade é investir em ciência e tecnologia para conhecer ela melhor, e não manter a mesma preservada e distante do conhecimento humano. (NASCIMENTO, 2012).

Danilo Lovisaro do Nascimento defende que ao mesmo tempo em que deve se criminalizar a biopirataria devem ser estruturadas ações de cooperação internacional, para o desenvolvimento sustentável da biodiversidade:

Dessa forma, mesmo diante da convicção de que a criminalização da biopirataria no plano interno é um passo importante para a defesa de um interesse nacional e sub-regional, o que decorre da pesquisa é que a cooperação internacional se apresenta como um instrumento formidável para alavancar, tanto a promoção e proteção da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados, quanto para potencializar de modo sustentado e dinâmico o desenvolvimento regional (NASCIMENTO, 2012, p. 131).

Para chegar na conclusão acima transcrita, Danilo Lovisaro do Nascimento promove uma releitura da expressão desenvolvimento, em seu viés complexo:

Desta maneira, o conceito de desenvolvimento visado para a Amazônia deve ser multidimensional e complexo, exigindo uma intercomunicação ente todos os seus elementos, de forma a se assegurar um desenvolvimento sustentável cada vez mais ampliado. (NASCIMENTO, 2012, p. 139).

E sobre tal desenvolvimento sustentável, Edson Damas da Silveira, também ressalta a importância de uma releitura da expressão, para ser aplicada na Amazônia, posto que não se trata de um desenvolvimento industrial:

Destarte, não se sustenta na Amazônia o desenvolvimento industrial desordenado e que não respeitas vocações naturais da região. O desenvolvimento sustentável que se apregoa para a hileia é aquele que prima pela qualidade de vida dos seus habitantes, em harmonia com o meio ambiente e promovido com o auxílio de todos aqueles que se beneficiaram com a preservação da floresta. (SILVEIRA, 2012, p. 112-113).

Desse modo fica evidente que dentre os princípios analisados no presente artigo, o *prima principium* do direito ambiental (SAMPAIO, 2003), o Princípio do Desenvolvimento Sustentável, se mostra como principal argumento de validade desta corrente, aliado ao princípio da livre pesquisa.

7 ARGUMENTOS FAVORAVEIS A MANUTENÇÃO DA SOBERANIA

Lado outro, o próprio Danilo Lovisaro do Nascimento, que defende a cooperação internacional para gerir a biodiversidade amazônica, aponta ser praticamente impossível identificar os reais objetivos de outros países, que se dispõe a prestar ajuda/cooperação aparentemente gratuita:

O problema está em saber como reconhecer a ajuda estrangeira bem-intencionada, que possa cooperar com o desenvolvimento regional e aquela que busca apenas o lucro e somente servirá para alimentar o processo de dominação dos países desenvolvidos sobre os países em desenvolvimento. (NASCIMENTO, 2012, p. 64).

Sendo que o referido autor esclarece, que apesar de entender ser necessária a cooperação internacional, não é

contrário as regulamentações para proteção do que se reconhece como patrimônio nacional:

Assim sendo, fica a impressão de que certamente os governos dos países desenvolvidos sabem mais sobre a biodiversidade dos países detentores dos recursos genéticos do que esses próprios países. Tudo isso faz com que se concorde com a afirmação de que, realmente, é possível que seja um pouco tarde para criminalizar a biopirataria, mas não é por isso que se deva deixar de criar os mecanismos de proteção ao que se considera um patrimônio nacional e que não pode ser entregue gratuitamente, repetindo-se a história de exploração. (NASCIMENTO, 2012, p.58).

Contudo, por tal raciocínio, o Princípio da Precaução ficaria prejudicado, pois não seria possível proteger os elementos com propriedades ainda desconhecidas, e que por isto ainda não tivessem sido incorporados como patrimônio nacional. Posto que relativizar a soberania de um país sobre sua biodiversidade, não é algo recomendado.

Para esclarecer a importância de se manter a soberania plena de uma nação, André de Paiva Toledo parte dos conceitos de soberania e internacionalização, por soberania o autor esclarece que: “No âmbito do Direito Internacional, o instituto da soberania nacional, isto é, o poder a partir do qual um Estado-nação é constituído num determinado território, possui a característica de ser a última instancia político-jurídica” (TOLEDO, 2012, p.447).

E ainda aponta algumas de suas principais características que refletem a importância deste instituto:

A soberania nacional também significa igualdade, uma vez que cada nação detém a autoridade suprema no interior do respectivo território e, conseqüentemente, não existe possibilidade de ela vir a ser rivalizada ou até mesmo subordinada a qualquer outro poder soberano nacional. (TOLEDO, 2012, p. 448).

Logo, o conceito remete a própria identidade da nação, sendo que suprimir isto, em um país como o Brasil, que historicamente já foi diversas vezes explorado por outras nações, constitui uma ação extremamente delicada, e com automática reprovação da população. Afinal de contas, um povo que teve de lutar pela sua própria soberania, tem por esta, um apreço inigualável.

Já sobre internacionalização, o referido autor explica:

Logo, a soberania nacional se extingue no momento em que é submetida à outra ou quando uma fonte de poder supremo diversa passa a concorrer com a original, incidindo sobre um mesmo objeto. Essa perda de soberania é o que se denominou de internacionalização neste trabalho (TOLEDO, 2012, p. 448).

Assim, para esta corrente não é possível compreender a coexistência de duas soberanias ao mesmo tempo, uma nacional e outra internacional, devendo ser respeitada a soberania nacional, sob pena de organizações internacionais e o próprio direito internacional, ser usado de instrumento de dominação de países com maior poder econômico-político, representando um gigantesco retrocesso socioambiental, o que fere o Princípio da Vedação ao Retrocesso Socioambiental.

Sendo que sobre a prática da biopirataria na Amazônia, André de Paiva Toledo lamenta o apoio encontrado por alguns órgãos internacionais, para a prática de tais atos que segundo o autor, retiram a soberania nacional do Brasil sobre a Amazônia:

A biodiversidade da Amazônia, formada por animais, vegetais, microorganismos, componentes intrínsecos (substâncias

naturais, propriedade bioquímicas, sequências genéticas), componentes intangíveis (conhecimento tradicional associados a recursos biogenéticos), produtos derivados (organismos geneticamente modificados, mescla de moléculas, recombinação de compostos naturais), e processos biológicos e microbiológicos, está sendo internacionalizada no Norte sob as bênçãos da Organização Mundial do Comércio(TOLEDO, 2012, p. 451).

Uma vez analisados os argumentos favoráveis e contrários à globalização da vegetação da Amazônia, restou evidente uma aparente colisão entre alguns princípios do direito ambiental, de um lado os princípios da livre pesquisa e do desenvolvimento sustentável, e de outro os princípios da precaução e da vedação ao retrocesso ambiental. Essa aparente colisão será objeto de análise pelo método interpretativo de Dworkin, no próximo capítulo.

8 MÉTODO INTERPRETATIVO PARA A TENSÃO GLOBALIZAÇÃO *VERSUS* SOBERANIA

Primeiramente é importante esclarecer que pelo método de Dworkin, não existe colisão ou hierarquia entre princípios, mas

sim a compreensão dos mesmos como coexistentes de forma harmônica na aplicação do Direito. (COSTA, 2010).

Dessa forma, como dito no capítulo anterior trata-se apenas de uma aparente colisão, entre os princípios da liberdade de pesquisa e do desenvolvimento sustentável, em relação aos princípios da precaução e do desenvolvimento sustentável.

Contudo como seguira exposto, a partir da compreensão de Dworkin, não houve colisão real, mas apenas aspectos diferentes do mesmo direito ambiental aplicado ao se falar de vegetação da Amazônia.

Quanto ao princípio da livre pesquisa, ele como todo princípio para Dworkin, não pode ser entendido em caráter absoluto (FRANÇA; VILELA, 2014), sendo a iniciativa para pesquisa livre, respeitando o Princípio de Prevenção e Precaução, pois caso contrário chegaríamos a exemplos absurdos, como ser devida fazer a pesquisa de um bebê com parada cardíaca, para desenvolver um remédio mais eficiente para aquela faixa etária, e como o direito a pesquisa seria livre e de forma absoluta, cientistas poderiam induzir um bebê à um ataque cardíaco, para o desenvolvimento da pesquisa. É evidente que tal hipótese não seria permitida no ordenamento jurídico brasileiro, porque o princípio da liberdade de pesquisa encontra limites em direitos como a vida, e a proteção do meio ambiente.

Logo, a pesquisa da vegetação amazônica tem que respeitar as normas de proteção ambiental, não se tratando de que

o princípio da precaução esteja hierarquicamente superior ao da livre pesquisa, mas sim que o direito de pesquisar tem em si, uma função socioambiental que precisa ser respeitada, para que ele realmente seja aplicado. Enquanto que o Princípio do Desenvolvimento Sustentável, não pode ser entendido como simplesmente crescimento econômico, e para ser verdadeiramente sustentável precisa progredir em matéria de proteção ambiental, já que lhe dá com bens finitos, e que a cada dia estão mais pertos do fim, precisando de um nível de proteção cada vez maior, o que justifica o Princípio da Vedação ao Retrocesso Socioambiental.

Lado outro, não se pode concluir que pelo Princípio da Vedação ao Retrocesso Socioambiental aliado ao Princípio da Precaução, nada deva ser autorizado em relação à vegetação amazônica. Mas tais autorizações devem ocorrer em um contexto de coerência com todo o ordenamento jurídico, incluindo os aspectos da liberdade de pesquisa e do objetivo maior ao desenvolvimento sustentável, tido como prima princípio do direito ambiental (SAMPAIO, 2003).

Assim, uma vez apresentado o arcabouço normativo sobre a vegetação da Amazônia, com os argumentos favoráveis e contrários à internacionalização da mesma, frente a soberania nacional brasileira, e compreendendo o funcionamento dos princípios básicos do direito ambiental, a pesquisa apontará no próximo tópico suas considerações finais.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Negar o progresso é fechar os olhos para a realidade, desse modo se o Brasil simplesmente se negar a realizar a pesquisa científica e tecnológica de sua biodiversidade, sem ainda investir em fiscalização contra a biopirataria, estará promovendo apenas uma proibição formal à biopirataria, mas autorizando na prática, sua aplicação.

Quanto aos acordos de cooperação internacional, restou evidente que considerar a Amazônia um patrimônio global, apesar do belo significado simbólico, significará retirar a soberania brasileira sobre seu território, o que é um verdadeiro contrassenso histórico, em um país que já se viu explorado em grande escala, como na época da colonização portuguesa.

Considerando os princípios de direito ambiental, é possível afirmar que a vegetação da Amazônia precisa de um desenvolvimento sustentável adequado para sua realidade, sem implicar em enorme degradação ambiental, e povoamento populacional elevado, com industrialização da área. Mas sim investimentos em tecnologias para pesquisa e utilização dos recursos naturais, com precaução, e prevenindo do desequilíbrio ao meio ambiente.

Tais pesquisas não devem representar retrocesso da proteção socioambiental, sob pena, de colocar em risco o direito de futuras gerações ao meio ambiente equilibrado.

Sendo que se for possível chegar a um meio termo, de conciliar ajuda internacional, mas preservando integralmente a soberania nacional, podem ser ajustados acordos de cooperação. Mas caso a soberania nacional sobre a vegetação da Amazônia, seja relativizada o Brasil não deve concordar. Pois se concordar, estará abrindo mão da soberania, que como indicado pela pesquisa não pode coexistir com uma soberania internacional. (TOLEDO, 2012).

REFERÊNCIAS

BECHARA, Érica. **Licenciamento e compensação ambiental na lei do sistema nacional das unidades de conservação**. São Paulo: Atlas, 2009.

BIZAWU, Kiwonghi; REIS, Émilien Vilas Boas. A encíclica *laudato si* à luz do direito internacional do meio ambiente. In: **Revista Veredas do Direito: direito ambiental e desenvolvimento sustentável**. Belo Horizonte: Arraes Editores, v.12 n.23 p.29-65 Janeiro/Junho de 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. Lei n. 11.428 de 22 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do Bioma Mata

Atlântica, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 dez. 2006.

BRASIL. Lei n. 12.651 de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

Diário Oficial da União, Brasília, 25 mai. 2012.

BRASIL. Lei n. 13.123 de 20 de maio de 2015. Regulamenta o inciso II do § 1º e o § 4º do artigo 225 da Constituição Federal, o Artigo 1, a alínea j do Artigo 8, a alínea c do Artigo 10, o Artigo 15 e os §§ 3º e 4º do Artigo 16 da Convenção sobre Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto no 2.519, de 16 de março de 1998 e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 mai. 2015.

BRASIL. Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

Diário Oficial da União, Brasília, 12 fev. 1998.

COELHO, Helena Carvalho. Do Direito Constitucional ao meio ambiente e desdobramentos principiológicos à hermenêutica

(ambiental?). In: **Revista Veredas do Direito: direito ambiental e desenvolvimento Sustentável**. Belo Horizonte: Arraes Editores, v. 11, n.21, p.53-73, jan./jun. 2014.

COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida: Brasil, Portugal, Espanha**. Belo Horizonte: O Lutador, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FRANÇA, Verônica Maria Ramos do Nascimento; VILELA, Bruna Luísa Capellini. Os métodos interpretativos de Ronald Dworkin para solução de conflitos ambientais no ordenamento jurídico brasileiro. In: REIS, Émilien Villas Boas (organizador). **Entre a filosofia e o Ambiente: bases filosóficas para o Direito Ambiental**. Belo Horizonte: 3i editora, 2014. Cap. 6, p- 117-132.

FRANCISCO, Sumo Pontífice. **Laudato Si' - sobre o cuidado da casa comum**. São Paulo: Paulus, 2015.

NASCIMENTO, Danilo Lovisaro do. **Biopirataria na Amazônia**. Curitiba: Juruá, 2012.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; VASCONCELOS, Carlos Frederico Saraiva de. Liberdade de pesquisa e proteção da propriedade intelectual: Biodireito e Bioética ambiental como formas de tutela do patrimônio genético nacional. In: NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; OLIVEIRA, Camila Martins de;

RAMOS, Ana Virgínia Gabrich Fonseca Freire (organizadores). **Bioética Ambiental e Direito**. Belo Horizonte: Arraes, V.2, 2015. Cap. 11, p-175-190.

RAMOS, Dempsey. O Futuro como fundamento gnoseológico de validade do direito ambiental. **Revista Veredas do Direito: direito ambiental e desenvolvimento sustentável**. Belo Horizonte: Arraes Editores, v. 11, n.21, p.281-315, jan./jun. 2014.

SAMPAIO, J. Adércio L.. A Constitucionalização dos Princípios de Direito Ambiental. In: SAMPAIO, J. Adércio L.; WOLD, Cris; NARDY, Afrânio (Org.). **Princípios de direito ambiental: na dimensão internacional e comparada**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, Cap. II, p. 45-85.

SILVEIRA, Edson Damas. **Socioambientalismo amazônico**. Curitiba: Juruá, 2012.

THOMÉ, Romeu. **O princípio da vedação de retrocesso socioambiental**. Salvador: Jus Podivm, 2014.

TOLEDO, André de Paiva. **Amazônia: soberania ou internacionalização**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

A SUPERAÇÃO DA TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO NO DIREITO PENAL AMBIENTAL

THE OVERCOMING THEORY OF DOUBLE IMPUTATION IN THE ENVIRONMENTAL CRIMINAL LAW

Raphael Leal Roldão Lima¹

Heron José de Santana Gordilho²

RESUMO: A possibilidade do cometimento de crimes por pessoas jurídicas, assim como a sua consequente responsabilização penal, representa duradoura controvérsia na Doutrina e Jurisprudência, abarcando notáveis discussões sobre possíveis conflitos entre princípios do Direito Penal e do Direito Ambiental. O presente estudo, através de uma análise doutrinária, jurisprudencial e normativa, discute a responsabilidade penal ambiental das pessoas jurídicas, também denominados de “entes morais”, debruçando-se em normas constitucionais e infraconstitucionais que regulam e dispõem acerca dos delitos ambientais. Como abordagens primordiais, também são debatidas nesse trabalho a construção, consolidação e superação

¹ Especialista em Direito Processual Civil (UNIFACS). Graduado em Direito (UNEB). Professor de Direito Ambiental. Membro da Comissão de Defesa do Meio Ambiente da OAB/BA. Advogado.

² Pós-doutor pela Pace University Law School, New York. Doutor em Direito pela UFPE. Professor e coordenador do PPGD/UFBA.

jurisprudencial da Teoria da Dupla Imputação, notadamente a partir da mudança de entendimento adotada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal – STF, com o julgamento, depois de reconhecida a Repercussão Geral, do Recurso Extraordinário n. 548.181/PR. Esse importante precedente acarretou a adequação do posicionamento dos demais Tribunais pátrios, mormente o Superior Tribunal de Justiça, ao teor vinculante do seu dispositivo, consolidando uma nova postura judicante no que se refere a responsabilização penal ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de crimes ambientais; Dupla imputação; Supremo Tribunal Federal; Efeito Vinculante

ABSTRACT: The possibility of the Commission of crimes by legal entities, as well as its consequent penal responsibility, represent a lasting controversy in the doctrine and case law, covering notable discussions about possible conflicts between principles of Criminal Law and Environmental Law. The present study, through a doctrinal analysis, of case law and legislation, discusses environmental criminal responsibility of legal persons, also called "moral ones" humpin in constitutional rules and governing infra-constitutional and feature about the environmental crimes. As primary approaches, are also discussed in this work the construction, consolidation and overcoming jurisprudential Theory of the Double Imputation, notably from the change of understanding adopted by the full Supreme Court-STF, with the trial, after the recognition of the General Impact, the Extraordinary Appeal n. 548,181/PR. This important precedent

led to the adequacy of the position of Brazilian Courts, especially the Superior Court of Justice, the binding content of your device, consolidating a new judicial stance with regard to criminal environmental responsibility.

KEYWORDS: Law of environmental crimes; Double imputation; Supreme Court of Brazil; Binding Effect.

1 INTRODUÇÃO

Uma das grandes controvérsias travadas na seara doutrinária e jurisprudencial, das ciências jurídicas penais e ambientais, se refere à aceitação da prática de crimes contra o meio ambiente por entes coletivos e a possibilidade de responsabilização criminal dessas entidades, sem a simultânea imputação da pessoa física que a representa. Esse debate tem origens internacionais e ganhou adeptos de renome no cenário jurídico nacional.

Com efeito, é cediço que – com o crescimento e expansão das atividades econômicas – uma volumosa parcela dos delitos penais ambientais é praticada por pessoas jurídicas, sejam comandadas por um único representante, sejam por grandes conselhos ou diretorias.

Contudo, tal circunstância acaba por prejudicar a própria identificação das pessoas físicas diretamente responsáveis pelos danos causados com os ilícitos ambientais, o que levaria –

no entendimento de uma parte da doutrina – à obstrução ou inutilização do direito penal.

Aliado a esse fato, deve-se recordar que, atualmente, os ordenamentos jurídicos de quase a totalidade dos países impõem como imperiosa e imprescindível a proteção do meio ambiente, por ser este um bem jurídico universal e intergeracional. Entende-se, destarte, que a aludida “proteção” abrangeria tanto a preservação (precaução e prevenção) quanto a repressão ou penalização das condutas lesivas.

Nessa esteira, o presente estudo tem por objetivo – através de uma análise doutrinária, jurisprudencial e normativa – abordar essa discussão sobre a responsabilização das pessoas jurídicas por crimes ambientais e a superação da teoria da dupla imputação. Como se observa, este trabalho se utiliza de fundamentos tanto do Direito Penal, como do Direito Ambiental, traçando uma análise interdisciplinar da referida controvérsia, à luz de princípios de ambas as matérias.

Com isso, optou-se por trazer, inicialmente, uma análise histórica das ideias de responsabilidade penal da pessoa jurídica, assim como os fundamentos que impulsionaram a construção, os conflitos doutrinários e a consolidação desse entendimento no cenário nacional e supranacional.

Em seguida, serão expostos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que regem a matéria, além da proposta legislativa para o Novo Código Penal, fomentando a

discussão acerca do respaldo normativo para responsabilização penal-ambiental da pessoa jurídica no Brasil. No mesmo contexto, é trazida uma análise sobre o dever constitucional de proteção ambiental, perante a atual Carta Magna, assim como uma discussão sobre as penas previstas em nosso ordenamento, em caso de crimes ambientais praticados por pessoas jurídicas.

Ao final, optou-se pelo debate em relação a própria Teoria da Dupla Imputação, abordando-se sua origem, fundamentos, consolidação perante a Jurisprudência, críticas e superação através da Suprema Corte brasileira.

2 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA: ANÁLISE HISTÓRICA E FUNDAMENTOS

A possibilidade do cometimento de um delito penal por uma pessoa jurídica, bem como a sua consequente responsabilização perante a seara criminal, sempre foi bastante controversa na Doutrina penal ao longo da história. É cediço que no Direito Romano prevalecia o entendimento de que sociedades, ou entidades coletivas, não poderiam cometer crimes, tendo essa concepção consolidado o prestigiado brocardo latino *societas delinquere non potest* (Sociedade não pode delinquir)¹.

¹ CENTRAL JURÍDICA. **Dicionário de latim forense online**. Disponível em:

<http://www.centraljuridica.com/dicionario/g/2/l/s/dicionario_de_latim_forense/dicionario_de_latim_forense.html>. Acesso em: 22 fev. 2017.

Segundo o alemão Friedrich Karl von Savigny, citado por Affonso Arinos de Mello Franco², a responsabilização de sociedades – especificamente de associações ou corporações da época romana – se restringia à esfera cível, não possuindo qualquer cunho criminal, e reservando apenas às pessoas físicas a possibilidade do enquadramento na prática de ilícitos penais.

Apoiado no supracitado entendimento romano, Savigny – juntamente com Paul Johann Anselm Feuerbach – defendeu, no Século XVIII, a “Teoria da Ficção Legal”, pela qual a pessoa jurídica é concebida como uma mera criação fictícia da norma legal, não possuindo vontade e, portanto, não podendo ser sujeito responsável por crimes, notadamente por inexistir capacidade de ação e de culpabilidade.

Em contraposição direta à teoria da ficção, deve-se mencionar a “Teoria Organicista”, ou “da realidade”, defendida pelo alemão Otto von Gierke, pela qual se admite a existência de vontade própria da pessoa jurídica – encarada como ente autônomo – além do entendimento de que estas detêm finalidade e natureza jurídica diferentes daquelas possuídas pelos seus membros.

² FRANCO. Affonso Arinos de Mello. **Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas**. Rio de Janeiro: Gráfica Ypiranga, 1930, p. 26.

Conforme leciona Gianpaolo Poggio Smanio³os doutrinadores favoráveis a teoria da ficção legal, desdobraram os seus argumentos essenciais para sustentar os princípios: “da personalidade das penas”, pelo qual apenas deve ser punível aquele que praticou materialmente delito; ou “da individualidade da responsabilidade criminal”, segundo o qual a responsabilização penal atinge de modo exclusivo e individua os autores dos ilícitos; ou, ainda, “da intransmissibilidade da pena e da culpa”, através do qual as penas não podem ultrapassar a pessoa que praticou a conduta.

Decerto que posicionamento doutrinário da “ficção” vigorou como dominante por séculos, mormente nos países influenciados pelo sistema jurídico Romano-Germânico, também denominado de *Civil Law*, representando, no entanto, uma “visão antropocêntrica e pouco pragmática do universo”⁴.

Segundo preceitua o autor civilista Washington de Barros Monteiro, “a pessoa jurídica tem assim realidade, não a realidade física (peculiar às ciências naturais), mas a realidade jurídica, ideal, a realidade das instituições jurídicas”⁵.

³ SMANIO, Gianpaolo Poggio. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista Magister de Direito Ambiental**, v. 05, p. 48-58, Porto Alegre, 2006, p. 48.

⁴ DINO NETO, Nicolao; FILHO, Ney Bello; DINO, Flávio. **Crimes e infrações administrativas ambientais**. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 28.

⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**– Parte Geral, vol. I, 32.ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 100.

Com efeito, merece destaque a crítica de Juarez Cirino dos Santos⁶, ao sustentar - especificamente no que tange à função da sanção penal – que esta não poderia ser aplicada às pessoas jurídicas, uma vez que tem por objetivo a “retribuição da culpabilidade” e “a prevenção da criminalidade”, atuando sobre o “complexo de afetos, emoções ou sentimentos da psique humana”, tais como arrependimento e intimidação o que, para o autor, seria impossível em relação aos entes coletivos.

Por seu turno, Walter Claudius Rothenburg ensina que tanto o Direito Penal em sua generalidade, quanto o próprio conceito de “vontade criminoso”, foram consolidados em exclusiva razão da pessoa física, o que se aquilata pela própria referência a aspectos subjetivos, como o “dogma da culpabilidade”, e que acarreta uma clara “implicação antropomórfica” para essa esfera. Porém, para o referido autor: “[...] mister se faz ‘adaptar’ essas noções a realidade dos entes coletivos, para se poder trabalhar a ‘imputabilidade’ da pessoa jurídica com o instrumental teórico sugerido pela Dogmática tradicional”⁷.

Nessa esteira, tem-se como incontestado que a grande maioria das atividades econômicas – mormente a partir da

⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p.456.

⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminoso**. Curitiba: Juruá, 1997, p. 31-32.

Revolução Industrial – é realizada por pessoas jurídicas, as quais sempre acabaram por figurar dentre as maiores praticantes de crimes ambientais, tributários e econômicos da contemporaneidade, não podendo, portanto, ser imunizadas sob o argumento de que “não poderiam delinquir”.

Essa percepção foi vislumbrada de maneira abrangente no cenário jurídico internacional, acarretando a alteração das legislações penais de países como Inglaterra, França, Estados Unidos, Holanda, Dinamarca e Portugal, a fim de possibilitar a responsabilização penal de entes morais⁸.

Para Édis Milaré e Paulo José da Costa Júnior:

A responsabilidade penal da pessoa jurídica nos tempos hodiernos, especialmente no âmbito do direito privado, no qual estão presentes grandes conglomerados, empresas multinacionais, grupos econômicos, é uma necessidade para fazer frente à criminalidade tributária, econômica, financeira e ecológica⁹.

⁸ ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. Peculiaridades do Direito Penal Ambiental. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, v. 24, n. 26, p. 328-357, 2014, p. 352.

⁹ MILARÉ, Édis; COSTA JÚNIOR, Paulo Ricardo da. **Direito penal ambiental**: comentários à Lei 9.605/1998. Campinas: Millennium, 2002, p. 19.

Com igual sentido, são as lições de Machado¹⁰, ao sustentar que: “conservar-se só a responsabilidade da pessoa física frente aos crimes ambientais é aceitar a imprestabilidade ou a inutilidade do Direito Penal para colaborar na melhoria e recuperação do meio ambiente”.

Deste modo, a partir do Século XX – notadamente em razão de Conferências internacionais sobre questões ambientais – foi reconhecido o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, pelo passou a exigir do Estado uma postura ativa na proteção dos recursos ambientais, acarretando o próprio fortalecimento das ideias de responsabilização penal das pessoas jurídicas pelo cometimento de crimes ambientais, em contraposição a postura defendida pelos adeptos do aludido brocardo *societas non potestas delinquere*.

Com efeito, no ano de 1994, foi realizado no Rio de Janeiro o XV Congresso Internacional de Direito Penal, onde restaram aprovadas, por ampla maioria dos votos, diversas recomendações específicas acerca da criminalização de condutas de pessoas jurídicas que causem danos ao meio ambiente, bem como a sua responsabilização.

Dentre as disposições aprovadas, merece destaque o item 3, do Enunciado III, que prevê expressamente que: “a persecução

¹⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 23. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 840.

de entidades jurídicas privadas por delitos contra o meio ambiente deve ser possível, ainda que a responsabilidade pelo crime de que se trate não possa ser diretamente imputada a um elemento humano dessa entidade”¹¹.

Vale aduzir que a doutrina penal, malgrado não seja unânime, tem se posicionado de forma prevalente no sentido de reconhecer a possibilidade da responsabilização penal das pessoas jurídicas, ou entes coletivos, mormente para reprimir a prática de crimes contra o meio ambiente.

Essa prevalência pode ser justificada pela própria razão de existir da teoria da responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica, com objetivo de tornar efetiva a penalização dos delitos, bem como inibir as suas práticas. Nos dizeres de Dino Neto *et al* “a responsabilidade criminal do ente moral surgiu exatamente para atalhar a dificuldade e, até mesmo, a impossibilidade, de comprovar que a ordem criminosa partiu do dirigente da pessoa jurídica”¹².

Os referidos autores ainda arrematam que ao precisar-se de tal comprovação para a responsabilização da pessoa jurídica

¹¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: RT, 1998, p. 43.

¹² DINO NETO, Nicolao; FILHO, Ney Bello; DINO, Flávio. **Crimes e infrações administrativas ambientais**. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 49.

“estar-se-ia criando instituto inaplicável, que esbarraria nas mesmas dificuldades que ensejaram sua criação”¹³.

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, A LEI DE CRIMES AMBIENTAIS E O PLS 232/2012: RESPALDO NORMATIVO PARA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL-AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA NO BRASIL

3.1. Dever constitucional de proteção ambiental

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, segundo Paulo Affonso Leme Machado, “é a primeira Constituição Brasileira em que a expressão ‘meio ambiente’ é mencionada”¹⁴. Antes da Carta Magna brasileira, outros países já haviam previsto a proteção ecológica em seu conteúdo, tais como: a da Suíça, em 1974; de El Salvador, 1983; da Guatemala, 1985; e a do México, em 1987¹⁵.

¹³ DINO NETO, Nicolao; FILHO, Ney Bello; DINO, Flávio. **Crimes e infrações administrativas ambientais**. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 49.

¹⁴ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 23. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 146.

¹⁵ LANFREDI, Geraldo Ferreira; LANFREDI, Luís Geraldo Sant’Ana; LANFREDI, Cristian Sant’Ana; LANFREDI, Cristiano Sant’Ana. **Direito Penal na área ambiental**: os aspectos inovadores do estatuto dos crimes ambientais e a importância da ação preventiva em face desses delitos:

Nossa Carta Magna, em seu art. 225, *caput*¹⁶, é expressa ao prever, indistintamente, o direito de todos a um meio ambiente equilibrado e o especial dever da coletividade, e principalmente do Estado, em defendê-lo e preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações.

No parágrafo 1º do mencionado artigo, o constituinte elencou algumas obrigações do Poder Público para garantir a concretização do dever geral de preservação do meio ambiente, instaurando uma diversidade de instrumentos com os quais o Estado passou a poder se utilizar para cumprir sua obrigação ambiental, dentre eles: a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais; a definição de espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos; a exigência de prévio estudo de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente degradante do meio ambiente, entre outros.

O dever estatal é tido como diferenciado, exatamente por ser o Estado o principal responsável pelo atendimento das necessidades gerais da sociedade, em busca do bem comum, devendo atuar de modo ativo na proteção ambiental, penalizando os responsáveis por danos ambientais, prezando o

doutrina legislação, jurisprudência, documentários. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 10.

¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

desenvolvimento sustentável, além de fornecer meios e instrumentos idôneos para que a coletividade também tenha a capacidade de exercer sua concorrente obrigação constitucional.

Cumprido ressaltar que os legisladores constituintes, em virtude de haverem utilizado o termo “Poder Público” no artigo supracitado, não fizeram qualquer distinção à atuação e responsabilidade conjunta dos três Poderes da República, sendo, deste modo, todos eles igualmente obrigados a atuar na preservação e defesa do meio ambiente, agindo de modo independente e harmônico entre si.

Nesse sentido, Machado¹⁷ nos ensina que não entende como emblema retórico essa generalização de todo o Poder Público nas questões ambientais, visto que o legislador infraconstitucional tem editado normas legais para reprimir e penalizar a omissão dos integrantes do Poder Público, tanto no campo civil como criminal.

Por sua vez, faz-se imperioso salientar que o artigo 170, inciso VI¹⁸, da Lei Maior também estabelece o dever estatal protetivo, por meio de sua Ordem Econômica, elencando tal

¹⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 23. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 153.

¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

obrigação ambiental, inclusive, como um princípio constitucional a ser obrigatoriamente observado para o cumprimento do encargo maior de assegurar a toda a coletividade uma existência digna.

Com isso, a obrigação do Estado de preservar o meio ambiente é explicitamente prevista na CRFB, não havendo qualquer possibilidade da eximção de tal encargo, devendo o Poder Público, por conseguinte, levar em conta o meio ambiente em toda política e ação que desenvolva, protegendo-o de forma positiva, direta e indiretamente, atuando sempre por um desenvolvimento com sustentabilidade ambiental e responsabilizar em qualquer das esferas o potencial ou efetivo sujeito causador de dano ou impacto ambiental.

Em análise de o aludido dever estatal, previsto na Lei Maior, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin leciona que:

Diferentemente do modelo liberal de Estado, por certo se está diante de intervenção estatal, que deve ser, a um só tempo, preventiva (e de precaução) e positiva, na esteira do reconhecimento de que esta é uma era que, cada vez mais, demanda governabilidade afirmativa. [...] É desse modo que deve ser entendida a determinação constitucional de que todos os órgãos públicos levem em consideração o meio ambiente em suas decisões (art. 225 *caput*, e §1º, da Constituição brasileira), adicionando a cada uma das suas missões primárias - não por

opção, mas por obrigação - a tutela ambiental¹⁹.

Destarte, o dever de proteção ambiental do Estado é inequivocamente presente na Carta Magna de 88 – considerada como uma “constituição eminentemente ambientalista”²⁰ e tal cogência envolve tanto a atuação estatal preventiva quanto a sancionatória.

3.2. Responsabilização da pessoa jurídica na Constituição Federal

O constituinte brasileiro optou por dispor expressamente sobre a responsabilização penal, administrativa e civil dos sujeitos praticantes de condutas lesivas ao meio ambiente, independente de serem estas pessoas físicas ou jurídicas. É o que se observa da redação do § 3º, do art. 225, da CRFB, *litteris*:

¹⁹ BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 95.

²⁰ SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 46.

Art. 225 [...] § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados²¹.

Após tal previsão constitucional, restou superado o argumento da inexistência de respaldo constitucional em relação à possibilidade de cometimento de crime ambiental e consequente responsabilização penal de pessoas jurídicas, haja vista que a redação do referido § 3º sequer foi omissa, tendo elencado claramente as pessoas jurídicas e as pessoas físicas.

A Doutrina pátria, em sua ampla maioria, comunga desse posicionamento, podendo-se mencionar, dentre outros: José Afonso da Silva²²; Walter Rothenburg²³; Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas²⁴; Paulo Affonso Leme

²¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016

²² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 718.

²³ ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**. Curitiba: Juruá, 1997, p. 20.

²⁴ FREITAS, Vladimir de Passos; FREITAS, Gilberto de Passos. A tutela penal do meio ambiente. *In: Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: RT, 1993, p. 314.

Machado²⁵; Sérgio Salomão Shecaira²⁶; Celso Pacheco Fiorillo e Christiany Pegorari Conte²⁷; Nicolao Dino Neto *et al*²⁸, Frederico Augusto Di Trindade Amado²⁹.

Cumprе salientar que alguns doutrinadores ainda sustentam oposição ao supracitado entendimento, defendendo que a previsão constitucional em comento não teria acolhido o princípio da responsabilidade penal ambiental das pessoas jurídicas, uma vez que a penalização para entes coletivos não se basearia na culpa e a própria Carta Magna teria lastreado o direito penal pátrio no “princípio da culpabilidade” e no da “responsabilidade pessoal”. Nesse sentido é a concepção de René Ariel Dotti, Vicente Cernichiaro, Luís Régis Prado e Fernando Fragoso³⁰.

²⁵ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 23. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 841.

²⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: RT, 1998, p. 114.

²⁷ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes Ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 33.

²⁸ DINO NETO, Nicolao; FILHO, Ney Bello; DINO, Flávio. **Crimes e infrações administrativas ambientais**. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 35.

²⁹ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2012, p. 507.

³⁰ CAPPELLI, Sílvia. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria ambiental**: uma necessária reflexão sobre o disposto no art. 225, §

Todavia, ao cotejarem-se os argumentos das mencionadas correntes doutrinárias e o texto constitucional, aquilata-se que a vertente majoritária está com a mais acertada interpretação, haja vista que o princípio da culpabilidade não é violado com a responsabilização da pessoa jurídica. Isso porque, consoante debatido no capítulo anterior, o conceito de culpabilidade deve ser adaptado para a realidade penal hodierna, afastando-se da carga antropocêntrica individualista com a qual foi concebido.

De igual modo, tampouco resta maculado ou contrariado o “princípio da responsabilidade pessoal” com a redação do § 3º, da CRFB, uma vez que o delito praticado por pessoa jurídica deverá ser apurado e penalizado somente em relação a esta, com as respectivas sanções previstas na legislação infraconstitucional. Nesse caso, apenas será responsabilizada uma pessoa física quando contra esta houver comprovação de sua real culpabilidade.

3.3. Lei federal n. 9.605/1998 – Lei de crimes e infrações administrativas ambientais e o projeto de lei de crimes e infrações administrativas ambientais e o Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 (Novo Código Penal)

3º, da Constituição Federal. Revista de Direito Ambiental. v. 1. São Paulo: RT, 1997, p. 101.

A Lei Federal n. 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, lastreada pela previsão constitucional acima discutida, previu – de forma expressa – a responsabilidade penal da pessoa jurídica no seu art. 3º, *caput*, senão veja-se:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade³¹.

Conforme se extrai do dispositivo legal supracitado, a norma prevê condicionantes ou “requisitos” para que haja a responsabilização penal da pessoa jurídica: a infração deve ter sido cometida no interesse ou benefício da entidade e por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado.

³¹ BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

Segundo leciona Machado³², “o interesse da entidade não necessita estar expresso no lucro direto, consignado no balanço contábil, mas pode se manifestar no dolo eventual e no comportamento culposo da omissão”. Também sustenta o aludido autor que o representante legal é aquele indicado no estatuto da pessoa jurídica, enquanto o representante contratual geralmente é o diretor, gerente, administrador, preposto ou mandatário da empresa³³.

Destarte, tais condicionantes excluem, por exemplo, a responsabilização de um dirigente que age apenas em seu benefício (sem qualquer interesse ou proveito para a empresa), ou de um empregado – sem poder de gestão – que comete um delito ambiental no exercício do labor, porém sem qualquer determinação do representante legal ou contratual da pessoa jurídica³⁴.

Ademais, cumpre ressaltar que o parágrafo único, do referido art. 3º, trouxe a previsão de que a responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato, o que reforça a compatibilidade da responsabilização do ente coletivo com os

³² MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 23. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 842.

³³ Idem

³⁴ AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2012, p. 506.

princípios constitucionais regentes do sistema penal da “responsabilidade pessoal e da “individualização da pena”³⁵.

3.3.1. Penas aplicáveis às pessoas jurídicas segundo a legislação pátria.

A lei de crimes ambientais previu diversas penas específicas, aplicáveis às pessoas jurídicas, sendo a pena pecuniária (multa), penas restritivas de direitos e prestação de serviços à comunidade (artigo 21, Lei n. 9.605/98), além da liquidação forçada (artigo 24, da Lei n. 9.605/98)³⁶.

Decerto que a pena pecuniária não acarretará efeito direto na reparação do eventual dano ambiental causado pela pessoa jurídica, uma vez que se destinará ao Fundo Penitenciário, nos termos expressos do artigo 49, do Código Penal, aplicado subsidiariamente³⁷ (“Artigo 49 - A pena de multa consiste no pagamento ao fundo penitenciário da quantia fixada na sentença e

³⁵ BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

³⁶ Idem.

³⁷ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 23. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 845.

calculada em dias-multa será, no mínimo, de 10 (dez) e, no máximo, de 360 (trezentos e sessenta) dias-multa”³⁸).

O artigo 22, *caput*, incisos e seus parágrafos, do mesmo diploma legal, especificam acerca das penas restritivas de direitos, sendo estas: a) suspensão parcial ou total de atividades, aplicada quando os dispositivos normativos ambientais forem descumpridos; b) interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade, imposta quando um desses três objetos estiverem em funcionamento sem autorização ou em desacordo as previsões desta, ou em desobediência à norma ambiental; c) proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações, não excedente ao período de dez anos³⁹.

Por sua vez, a pena de prestação de serviços à comunidade encontra especificação no artigo 23, da Lei de Crimes Ambientais, podendo consistir em: custeio de programas e de projetos ambientais, execução de obras de recuperação de áreas degradadas, manutenção de espaços públicos, contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas⁴⁰.

O artigo 24 da referida norma federal, previu a pena de liquidação forçada, para os casos em que a pessoa jurídica foi

³⁸ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.

³⁹ BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, op. cit.

⁴⁰ BRASIL. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, op. cit.

constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime ambiental⁴¹.

Deste modo, resta patente o amplo arcabouço normativo que regula a responsabilização penal ambiental das pessoas jurídicas. Com efeito, segundo entende Heron Gordilho⁴², a principal problemática ambiental não está centrada na regulação da proteção do meio ambiente através de normas, mas sim na falta de implementação destas, “vez que o *déficit* de execução das leis ambientais não decorre, via de regra, das imprecisões de uma tipicidade aberta, ou do excesso de normas penais em branco e de conceitos indeterminados, mas de fatores bem mais concretos”.

O supracitado autor segue afirmando que várias são as críticas destinadas à Lei n. 9.605/98, contudo, estas “demonstram apenas que o instrumental teórico clássico não mais consegue fundamentar os novos tipos de criminalidade decorrentes da sociedade de riscos, entre elas a criminalidade ecológica”⁴³.

3.4. Projeto de Lei do Senado n. 236/2012

Impende trazer à baila algumas inovações incluídas no Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 236, do ano de 2012, que versa

⁴¹ Idem.

⁴² GORDILHO, Heron José de Santana. Direito ambiental pós-moderno. 1 ed. 2 reimpr. Curitiba: Juruá, 2009, p. 76.

⁴³ Ibidem. p. 88.

sobre o Código Penal. De acordo com a referida proposta legislativa, as pessoas jurídicas de direito privado serão penalmente responsabilizadas pelas condutas praticadas contra: a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente.

Tal previsão encontra-se disposta no *caput* do art. 41, do supracitado PLS, que trouxe alternativas elencadas pelo legislador, no que se refere, especificamente, à responsabilização penal de pessoas jurídicas, exigindo-se, segundo o doutrinador Paulo César Busato⁴⁴, “quatro exigências” específicas. A primeira delas trata-se de uma restrição em relação à autoria, vez que limita o cometimento de delitos às pessoas jurídicas de direito privado, impedindo a atribuição de responsabilidade à pessoas jurídicas de Direito Público.

Por sua vez, a segunda “exigência” delimita a seara do delito, como já relatado acima, admitindo apenas que as pessoas jurídicas sejam responsabilizadas por crimes praticados contra a administração pública, a ordem econômica, o sistema financeiro e o meio ambiente. Em terceiro lugar, exige-se que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado, o que entrega a este, sempre, e de antemão, o domínio da vontade⁴⁵.

⁴⁴ BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo código penal Brasileiro. *Irr: Revista Liberdades* - Edição Especial - Reforma do Código Penal. São Paulo, 2012, p. 102.

⁴⁵ BUSATO, op. cit., p. 102.

Por derradeiro, Busato expõe como quarta “exigência”, o resultado específico necessário para a atribuição da responsabilidade penal, qual seja, “que o crime tenha sido praticado no interesse ou benefício da sua entidade”⁴⁶.

Conforme é possível aquilatar da análise das discussões da seção anterior, algumas dessas previsões do art. 41, do PLS já se encontram dispostas na própria Lei de Crimes Ambientais (Lei Federal n. 9.605/1998).

4 TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO

4.1. Construção e consolidação doutrinária e jurisprudencial

Consoante ensina Fiorillo e Conte⁴⁷, a “Teoria da Dupla Imputação” surgiu com o objetivo de apaziguar os conflitos entre a opção político-constitucional de responsabilidade penal da pessoa jurídica e os conceitos clássicos da teoria do crime, já abordados no presente trabalho.

Diante disso, os doutrinadores e os próprios tribunais pátrios passaram a sustentar o entendimento de que somente seria

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes Ambientais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 34.

admissível uma ação penal por crime ambiental contra pessoa jurídica se na mesma ação figurasse no polo passivo a pessoa física que atuou em seu nome ou em seu benefício.

Impende asseverar que o Superior Tribunal de Justiça, por muitos anos, consolidou jurisprudência no sentido de não ser possível à pessoa jurídica ser responsabilizada de maneira isolada por quaisquer dos delitos dispostos na lei de crimes ambientais. Nessa esteira, pode-se mencionar, dentre outros, os seguintes julgados: RHC 24.239/ES; REsp 564.960/SC; REsp 889.528/SC; REsp 610.114/RN.

A título de exemplo, vale a transcrição de pequeno trecho da ementa do REsp 610.114/RN, *in verbis*:

[...] XII. Hipótese em que pessoa jurídica de direito privado foi denunciada isoladamente por crime ambiental porque, em decorrência de lançamento de elementos residuais nos mananciais dos Rios do Carmo e Mossoró, foram constatadas, em extensão aproximada de 5 quilômetros, a salinização de suas águas, bem como a degradação das respectivas faunas e floras aquáticas e silvestres.

XIII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

XIV. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa.

XV. A ausência de identificação das pessoas físicas que, atuando em nome e proveito da pessoa jurídica, participaram do evento delituoso, inviabiliza o recebimento da exordial acusatória...

(STJ, REsp 610.114/RN, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, DJ 19/12/2005, p. 463).

Segundo Dino Neto *et al*, esse posicionamento fundamenta-se no entendimento “segundo o qual não é possível compreender a responsabilidade do ente jurídico dissociada da atuação da pessoa física que a corporifica, agindo o indivíduo com dolo próprio”⁴⁸. Os mesmos autores criticam tal concepção, sustentando que a jurisprudência em questão teria criado uma cláusula de obstáculo à responsabilidade penal não prevista na legislação⁴⁹.

Deste modo, nos casos concretos em que o julgador entendia por excluir a imputação aos dirigentes responsáveis pelas condutas incriminadas, a adoção da teoria da dupla imputação acabava por acarretar o imperioso trancamento da ação penal em relação à pessoa jurídica.

⁴⁸ DINO NETO, Nicolao; FILHO, Ney Bello; DINO, Flávio. **Crimes e infrações administrativas ambientais**. 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 55.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 56.

Em alguns julgados da Corte Superior de Justiça, como o do RMS 16.696/PR, aquilata-se a utilização do argumento de que a obrigatoriedade da dupla imputação das pessoas jurídica e física obedeceria ao princípio *nullum crimen sine actio humana* (“não há crime sem ação humana”) ⁵⁰. Todavia, tal argumento foi alvo de críticas da Doutrina, haja vista que inexistente na Constituição e tampouco na legislação infraconstitucional, qualquer condição ou restrição à imputação isolada do ente moral, que possua lastro no mencionado princípio.

4.2. Superação da teoria da dupla imputação pela jurisprudência brasileira

Consoante acima narrado, a Jurisprudência pátria, notadamente a do Superior Tribunal de Justiça, construiu e consolidou entendimento no sentido de exigir como condição de admissibilidade processual da Ação Penal, a imputação da pessoa jurídica em litisconsórcio passivo com a pessoa física, responsável pelo respectivo ato criminoso contra o meio ambiente.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário n. 548.181/PR, ocorrido no dia 06 de agosto de 2013, manifestou seu posicionamento no

⁵⁰ CENTRAL JURÍDICA. **Dicionário de latim forense online**. Disponível em:

<http://www.centraljuridica.com/dicionario/g/2/l/s/dicionario_de_latim_forense/dicionario_de_latim_forense.html>. Acesso em: 22 fev. 2017.

sentido de que a teoria da dupla imputação, consolidada pelo STJ, afronta o parágrafo 3º, do artigo 225, da Constituição Federal de 1988.

Para o Pretório Excelso, a supracitada norma constitucional não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física, responsável pela empresa. Também sustenta a Corte que a identificação dos setores e agentes internos da empresa, determinantes da produção do fato ilícito, possui relevância e precisa ser buscada no caso concreto, a fim de que se evidencie se tais sujeitos atuaram na condição de empregados da entidade e, bem como para apurar se tal atuação ocorreu no benefício ou interesse da pessoa jurídica.

Nos dizeres de Romeu Faria Thomé da Silva⁵¹, em análise do referido acórdão, “ao se condicionar a imputabilidade da pessoa jurídica à da pessoa humana, estar-se-ia quase que a subordinar a responsabilização jurídico-criminal do ente moral à efetiva condenação da pessoa física”.

Cumpre destacar o reconhecimento do Pretório Constitucional em relação à imprescindibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica por crime ambiental, ante a dificuldade de imputação do fato ilícito a um sujeito

⁵¹ SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de direito ambiental**. 5. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 702.

concreto, quando o delito é praticado no âmbito de organizações corporativas complexas, caracterizadas pela descentralização e distribuição de atribuições.

A partir do referido precedente do STF, os demais Tribunais pátrios, notadamente o próprio STJ, passaram a adequar as suas jurisprudências ao novo entendimento da Corte Suprema. Com efeito, pode-se mencionar, dentre outros, os seguintes julgados: AgR-RMS 48.085/PR; AgR-RMS/SP 48.379; RHC 48.172/PA; RMS 39.173/BA; RHC 40.317/SP; HC 248.073/MT; RHC 53.208/SP.

Vale asseverar que o STJ – a partir do alinhamento de seus julgados ao entendimento do Pretório Excelso – passou a considerar que a personalidade fictícia conferida à pessoa jurídica não pode servir de artifício para o cometimento de condutas criminosas por parte das pessoas físicas responsáveis pela sua condução, mormente em razão da dificuldade de verificação do real autor do delito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por ser o Direito Penal de aplicação exclusiva do Estado, não há dúvidas de que a responsabilização penal de pessoas jurídicas por delitos que lesionem o meio ambiente é um poderoso “mecanismo” na repressão dos danos ambientais – com caráter emblemático e, ao mesmo tempo, pragmático – sobretudo

por conferir maior efetividade ao Direito Penal Ambiental, sem violar os princípios estruturantes dessas ciências jurídicas.

A Jurisprudência pátria, mormente a do próprio Superior Tribunal de Justiça, logrou sustentar por longos anos a teoria da dupla imputação, em verdadeira e indevida restrição à aplicação do direito penal ambiental.

Os Tribunais acabaram por defender um posicionamento que, sem qualquer previsão constitucional ou infraconstitucional, impunha condições processuais (necessária imputação simultânea da pessoa jurídica e da pessoa física para o mesmo crime ambiental) e inviabilizavam a responsabilização penal e a própria proteção do meio ambiente.

Conforme irretocavelmente entendeu a Suprema Corte, ao responsabilizar-se penalmente a pessoa jurídica por delito ambiental, sem a exigência de persecução à pessoa física no mesmo processo, logra-se impedir que representantes de entes coletivos se valham da dificuldade de identificação das pessoas naturais responsáveis (volitivamente) pelas condutas criminosas contra o meio ambiente.

É necessário ressaltar que a ausência de identificação ou imputação da pessoa natural não eliminam a responsabilidade penal da pessoa jurídica por crime ambiental de um ou de outro, uma vez que os fundamentos das responsabilidades de ambos são díspares e autônomos entre si.

Com isso, a mudança jurisprudencial acarretada pela imponência dos efeitos da decisão do STF veio conferir plena e efetiva aplicação da norma constitucional do artigo 225, bem como das disposições da Lei n. 9.605/1998.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito ambiental esquematizado**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2012.

ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. Peculiaridades do Direito Penal Ambiental. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, Salvador, v. 24, n. 26, p. 328-357, 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1940. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.

_____. Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

Diário Oficial da União. Brasília, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 30 abr. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.548.181, **Relatora: Min. Rosa Weber**, Primeira Turma, julgamento em 06 ago. 2013, *Diário de Justiça* de 29 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.564.960, **Relator: Min. Gilson Dipp**, Quinta Turma, julgamento em 02 jun.. 2013, *Diário de Justiça* de 13 jun. 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.610.114, **Relator: Min. Gilson Dipp**, Quinta Turma, julgamento em 17 nov. 2005, *Diário de Justiça* de 19 dez. 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n.16.696, **Relator: Min. Hamilton Carvalhido**, Sexta Turma, julgamento em 09 fev. 2006, *Diário de Justiça* de 13 mar. 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em habeas Corpus n.24.239, **Relator: Min. OG. Fernandes**, Primeira Turma, julgamento em 10jun. 2010, *Diário de Justiça* de 01jul. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.889.528, **Relator: Min. Felix Fisherr**, Primeira Turma, julgamento em 06 ago. 2013, *Diário de Justiça* de 29 out. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n.248.073, **Relatora: Min. Laurita Vaz**, Quinta Turma, julgamento em 01abr. 2014, *Diário de Justiça* de 10abr. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n.39.173, **Relator: Min. Reynaldo Fonseca**, Quinta Turma, julgamento em 06ago. 2015, *Diário de Justiça* de 13ago. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n.53.208, **Relator: Min. Sebastião Reis Júnior**, Quinta Turma, julgamento em 21maio2015, *Diário de Justiça* de 01jun. 2015.

BUSATO, Paulo César. Responsabilidade penal de pessoas jurídicas no projeto do novo código penal Brasileiro. *In: Revista Liberdades* - Edição Especial - Reforma do Código Penal. São Paulo, 2012.

CAPPELLI, Sílvia. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria ambiental**: uma necessária reflexão sobre o disposto no art. 225, § 3º, da Constituição Federal. *Revista de Direito Ambiental*. v. 1. São Paulo: RT, 1997.

CENTRAL JURÍDICA. **Dicionário de latim forense online.**

Disponível em:

<http://www.centraljuridica.com/dicionario/g/2/1/s/dicionario_de_latim_forense/dicionario_de_latim_forense.html>. Acesso em:

22 fev. 2017.

DINO NETO, Nicolao; FILHO, Ney Bello; DINO, Flávio. **Crimes e infrações administrativas ambientais.** 3. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco; CONTE, Christiany Pegorari. **Crimes Ambientais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANCO. Affonso Arinos de Mello. **Responsabilidade criminal das pessoas jurídicas.** Rio de Janeiro: Gráfica Ypiranga, 1930.

FREITAS, Vladimir de Passos; FREITAS, Gilberto de Passos. A tutela penal do meio ambiente. *In: Danos ambientais: prevenção, reparação e repressão.* São Paulo: RT, 1993.

GORDILHO, Heron José de Santana. **Direito ambiental pós-moderno.** 1 ed. 2 reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

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

LANFREDI, Geraldo Ferreira; LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana; LANFREDI, Cristian Sant'Ana; LANFREDI; Cristiano Sant'Ana. **Direito Penal na área ambiental: os aspectos inovadores do estatuto dos crimes ambientais e a importância da ação preventiva em face desses delitos: doutrina legislação, jurisprudência, documentários.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 23. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MILARÉ, Édis; COSTA JÚNIOR, Paulo Ricardo da. **Direito penal ambiental: comentários à Lei 9.605/1998.** Campinas: Millennium, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Parte Geral,** vol. I, 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 100PRADO, Luiz Régis. **Crime contra o ambiente.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa.** Curitiba: Juruá, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral.** 3 ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica.** São Paulo: RT, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de direito ambiental**. 5. ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2015.

SIMESTER, Andrew Perry; SPENCER, John R.; SULLIVAN, Gerald Robert; VIRGO, Graham J. **Criminal Law: theory and doctrine**. 5. ed. Oxford: Hart Publishing, 2013.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista Magister de Direito Ambiental**, v. 05, p. 48-58, Porto Alegre, 2006.

**DIREITOS HUMANOS, DIGNIDADE E TERRORISMO: UM
ENSAIO SOBRE DEMOCRACIA ASSOCIATIVA E
TOLERÂNCIA**

**HUMAN RIGHTS, DIGNITY AND TERRORISM: AN ESSAY
ABOUT ASSOCIATIVE DEMOCRACY AND TOLERANCE**

*Loiane Prado Verbicaro*¹

*Maria Luiza Favacho Furlan*²

RESUMO: O presente artigo realiza um ensaio sobre terrorismo, democracia e direitos humanos a partir dos atentados de 11 de setembro de 2001, destacando este acontecimento como marco histórico e emblemático para a ocorrência de mudanças significativas no discurso ideológico de segurança pública, direitos humanos e multiculturalismo, além de desafios contundentes ao modelo democrático, considerando a instituição de políticas antiterroristas que ameaçam a tolerância, o pluralismo e a

¹ Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade de Salamanca, Mestre em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará, Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Pará, Coordenadora e Professora da Graduação e do Mestrado em Direito do Centro Universitário do Pará. Graduada em Filosofia na Universidade Federal do Pará. Líder do Grupo de Pesquisa (CNPQ): Democracia, Poder Judiciário e Direitos Humanos.

² Graduada do 6º período do curso de Direito do Centro Universitário do Pará – CESUPA, vinculada ao Programa de Iniciação Científica e Tecnológica – PIBICT/CESUPA 2017.

dignidade humana, elementos essenciais ao ambiente democrático. É nesse contexto que o trabalho propõe-se, a partir da ideia de democracia associativa de Ronald Dworkin e por intermédio de pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa, analisar os limites do combate ao terrorismo em democracias que pretendam respeitar a dignidade humana, para que se possa refutar discursos excludentes ratificadores do maniqueísmo “nós” x “eles”, baseado no fortalecimento de políticas discriminatórias e violadoras dos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; Direitos Humanos; Dignidade; Terrorismo.

ABSTRACT: This article makes a critical study of the terrorist attacks of September 11, 2001, highlighting this event as a historical and emblematic landmark for the occurrence of significant changes in the ideological discourse of public security, human rights and multiculturalism, as well as strong challenges to the democratic model Instituted in several countries, considering the establishment of anti-terrorist policies that in great danger threaten tolerance, pluralism and human dignity, essential elements to the democratic environment. It is in this context that the work proposes, from a bibliographical research of qualitative approach, to analyze the limits of the fight against terrorism in democracies that want to respect human dignity, so that one can refute excluding discourses that ratify the argument of "we "X" them", based on the strengthening of discriminatory and violating human rights policies.

KEYWORDS: Democracy; Human Rights; Dignity; Terrorism.

1 INTRODUÇÃO

O artigo propõe-se a analisar o fenômeno das “guerras internas” contra o terrorismo, instauradas em diversos países do mundo, e em especial nos Estados Unidos, sob o governo do presidente eleito Donald Trump, a partir da perspectiva de que as políticas antiterroristas aplicadas pelos Estados nacionais se baseiam em ações de retaliação contra imigrantes e cidadãos de origem árabe e religião muçulmana, consolidando uma direta rejeição a certos padrões visuais e de nacionalidade estereotipados, que violam os direitos humanos e as garantias fundamentais, maculando, sobremaneira, a sua liberdade e dignidade, e ferindo os próprios ideais democráticos.

Abordar questões sobre o terrorismo significa tratar de um paradoxo muito claro nas sociedades contemporâneas: o eterno embate entre medo e segurança. Para elucidar essa discussão, este trabalho objetiva verificar o contexto de surgimento e legitimação social das políticas antiterroristas, para em seguida analisar a relação entre estas políticas e as violações aos direitos humanos, bem como o papel da democracia como garantidora da igualdade e da dignidade a todos os cidadãos, a despeito da discordância da maioria, partindo da análise da

democracia como mera dominação numérica para a manutenção do *status quo*.

Neste contexto, é importante mencionar declarações feitas pelo então candidato e agora presidente dos Estados Unidos da América, *Donald Trump*, que propagavam, à época, o acirramento do controle aos imigrantes, notadamente os de origem muçulmana, como eficaz mecanismo de política antiterrorista e de combate à criminalidade, destacando-se a concordância da população estadunidense quanto à implementação destas medidas, acenando a uma falsa sensação de segurança pública.

Em repúdio a ideias que acenam à implantação de políticas baseadas na violação da dignidade e em discursos desqualificadores da diferença, ao considerar o diferente como “bárbaro” e a si próprio, como “civilizado”, em evidente violação aos direitos e aos fundamentos mais primordiais de uma ordem livre e democrática, a qual tem como fundamento precípua a pluralidade, a tolerância e o respeito aos distintos planos e modos de vida, é que o trabalho propõe-se a refletir acerca de um modelo de democracia que pressuponha uma limitação à lógica e à tirania do maior número, em respeito à dignidade e aos direitos humanos.

Para tanto, o estudo é centrado na premissa levantada por Amartya Sen no livro “A ideia de justiça”, em que o autor afirma ser verdadeira a ideia de que mesmo na mais antiga

democracia do mundo, a prática democrática continua sendo bastante imperfeita (2009, p. 386). Além disto, assevera que uma das razões para a existência destas imperfeições seria o fato de que as ordens políticas contemporâneas padecem de uma real compreensão acerca de elementos intrínsecos ao modelo democrático que pretendem ser e das consequências advindas da escolha deste modelo, por exemplo, o dever de proteção e efetivação dos direitos humanos e o reconhecimento de direitos de minorias étnicas, sociais e políticas, encaixando-se neste contexto os direitos do povo árabe.

Nesta senda, o trabalho se propõe a analisar o embate entre as políticas antiterroristas, os direitos humanos e a democracia, criticando o discurso que visa declaradamente ratificar o argumento do “nós x eles”, argumentos estes que canalizam o medo e a sensação de insegurança e os direcionam para a legitimação de práticas excludentes, marginalizadoras e discriminatórias de determinados povos estereotipados como terroristas, a fim de demonstrar que o respeito aos direitos humanos e aos princípios democráticos é o mecanismo mais adequado de garantia da segurança e da paz social.

2 POLÍTICAS ANTITERRORISTAS E O DISCURSO IDEOLÓGICO DA INTOLERÂNCIA: EXEMPLOS DE VIOLAÇÕES REAIS

Inicialmente, é interessante destacar que o embate entre as políticas antiterroristas e os direitos humanos, que poderia ser, de fato, produtivo e benéfico se respeitado o viés da expansão dos valores de tolerância e de pluralidade, estabelece uma linha muito tênue entre dignidade humana e segurança pública, atribuindo em certos casos, prioridade à segurança em detrimento dos direitos de pessoas consideradas suspeitas, tais como restrição ao direito à integridade física, submissão à tortura e a tratamentos desumanos e degradantes.

É cediço que toda guerra a algo em abstrato é, prioritariamente, uma guerra contra pessoas que se encaixam em determinados padrões sociais que, em tese, devem ser combatidos. No que tange à “guerra às drogas”, por exemplo, não se visa combater às substâncias entorpecentes em si; esta guerra é direcionada sobremaneira aos indivíduos que se encaixam no perfil social caracterizador de usuários de drogas.

Da mesma forma ocorre com o fenômeno do terrorismo, pois o que se visa conter com a “guerra ao terror” não se refere tão somente a movimentos que utilizam de barbárie para preconizarem os motivos de sua luta política, perpassando de maneira devastadora a vida e os direitos de pessoas que se enquadram no perfil social escolhido pela maioria como uma ameaça em potencial, representando a tortura e o abandono da própria democracia (TODOROV, 2012, p. 57).

Ademais, coloca-se em xeque o fato de que a ideia de terrorismo tem sido alterada no decorrer das últimas décadas, tendendo atualmente a caracterizar uma ameaça invisível, inesperada e sem motivos aparentes, o que salienta a escolha não tão aleatória do povo árabe como terroristas ao longo do século XX e XXI, refletindo o viés claramente discriminatório das políticas antiterroristas, ao utilizarem de subterfúgios como a ameaça à segurança dos estados nacionais para institucionalização da intolerância e da rejeição ao multiculturalismo.

Em que pese o fato de que as ameaças terroristas ainda possuem alcance global, tem se tornado cada vez mais difícil associar atentados terroristas a determinados grupos étnicos, especialmente ao povo árabe. Isto porque com a insurgência do grupo terrorista Estado Islâmico em um período bastante recente, o qual engloba como membros indivíduos dos mais variados perfis econômicos, sociais e culturais, considera-se que o “perfil de terrorista” nunca existiu de fato, sendo apenas um elemento do imaginário legitimador do discurso ideológico presente nas políticas antiterroristas, em claro direcionamento a grupos sociais específicos (DOUZINAS, 2013, p. 5) que, na totalidade dos casos, não se destinam aos seus criadores.

Portanto, reconhecendo que é complexo encaixar indivíduos de maneira primária e abstrata no perfil social anteriormente classificado como o de terrorista – de origem e traços físicos árabes e predominantemente adepto ao Islamismo –, é possível compreender que o discurso reforçado a partir do

atentado ocorrido em 11 de setembro de 2001 representa tão somente um mecanismo de discriminação da minoria étnica árabe em contexto ocidental, fenômeno vislumbrado corriqueiramente com os posicionamentos do presidente norte-americano Donald Trump, em clara propagação do preconceito, da institucionalização da rejeição das diferenças e da pluralidade, absolutamente essenciais e caros à democracia, ante suas recentes conquistas após períodos negros de violações propositais aos direitos humanos.

No ensejo, torna-se interessante analisar o fato de que as políticas antiterroristas vêm sendo aplicadas pelos Estados Unidos há mais de duzentos anos, e comumente assumem a forma de legislação restritiva do ingresso no território norte-americano daqueles imigrantes considerados ameaças à segurança nacional, em razão de serem provenientes de países taxados como “inimigos” do povo estadunidense.

Tais políticas, como afirma Engle (2004, p. 60-65), servem para distinguir dentre os potenciais inimigos imigrantes quais seriam aqueles “menos nocivos” – notoriamente os que assumem uma posição de lealdade à pátria americana, adotando posturas de nacionalismo e de pacífica não manifestação em relação às políticas nacionais relativas ao Oriente Médio e à imigração – e os reais inimigos da pátria– todos os demais – em uma notória segregação discriminatória, que ainda hoje é mascarada por um patriotismo exacerbado e pautado na premissa

de que na guerra contra o terrorismo ou se está do mesmo lado da nação estadunidense, ou se está contra eles.

Além disso, convém evidenciar que a primeira restrição governamental histórica, em âmbito federal, nos Estados Unidos foi a promulgação dos “*Alien and Sedition Acts*” em 1798, que incluíam o “*Alien Enemy Act*”, que garantiu ao Poder Executivo nacional a autoridade de apreender, restringir e remover na condição de imigrantes inimigos todos os homens acima de trinta anos, não-naturalizados, que fossem nativos, cidadãos, habitantes ou sujeitos provenientes de outras nações ou governos hostis (ENGLE, 2004, p. 67). Outrossim, este ato do Congresso norte-americano foi assim promulgado, inclusive, com intuito de prevenir que Estados particulares da federação pudessem legislar de forma independente sobre políticas migratórias e permitir a entrada de estrangeiros inimigos no território nacional, e foi aplicado especialmente durante o período da Segunda Guerra Mundial, à época contra imigrantes japoneses, italianos e alemães.

Outra questão importante refere-se ao início do século XX, em que se seguiu ao *Alien Enemy Act* o agravamento do receio pelo Congresso norte-americano de que o grande influxo de imigrantes e a sua presença indefinida no território estadunidense se tornaria uma ameaça à linguagem, cultura, prosperidade e soberania dos Estados Unidos (ENGLE, 2004, p. 69), o que levou à promulgação de diversos outros atos governamentais restritivos da entrada de imigrantes chineses e de outras partes da Ásia. Vê-se, neste momento, que as justificativas

governamentais de proteção patriótica já passavam a ser utilizadas como argumentos sustentadores da rejeição às diferenças, pois que simplesmente se presumia que mesmo os habitantes dos Estados Unidos provenientes de outras nacionalidades não seriam capazes de assimilar e adotar a cultura norte-americana, passando, assim, a serem vistos como ameaças à soberania nacional.

Nesse contexto, os imigrantes de origem árabe começaram a ser particularmente afetados de maneira negativa pelas políticas norte-americanas restritivas de imigração, em primeiro lugar por não serem considerados como “pessoas brancas”, o que imediatamente lhes posicionou em um patamar de diferença em relação aos cidadãos de origem norte-americana, evidenciando o forte preconceito etnicista e racista estadunidense.

Em segundo lugar, estas pessoas eram colocadas em posição de inferioridade em relação aos demais, considerando que a partir dos anos 1960 a população árabe nos Estados Unidos era majoritariamente de religião muçulmana (ENGLE, 2006, p. 72-77), e qualquer prática associada ao Islã foi estereotipada e rejeitada pelo governo como sendo inassimilável e incompatível com a cultura nacional, bem como a religião muçulmana foi confundida com a proveniência árabe e ambas foram negativamente associadas às práticas de terrorismo, situação que se agravou após o 11 de setembro de 2001.

Nesta senda, a cultura das políticas antiterroristas que atacam discriminatoriamente imigrantes islâmicos ainda hoje é

perpetuada pelos Estados Unidos, como se vê nos recentes atos governamentais praticados pelo presidente eleito Donald Trump, o qual baseara sua campanha eleitoral em propostas de realizar “*a complete shutdown of Muslims entering the United States until our country’s representative scan figure out what is going on*”⁵² e que no dia 27 de janeiro de 2017 assinou a Ordem Executiva n. 13769, intitulada “*Protecting the Nation from Foreign Terrorist Entry into the United States*” (Protegendo a nação da entrada de terroristas estrangeiros nos Estados Unidos), ordem esta que reduziu o número de refugiados admitidos no território estadunidense no ano de 2017 a 50.000 (cinquenta mil), suspendeu o Programa de Admissão de Refugiados dos EUA (USRAP) por 120 dias, suspendeu a entrada de refugiados sírios no país por tempo indefinido, além de suspender a entrada no país de imigrantes provenientes do Iraque, Irã, Líbia, Somália, Sudão, Síria e do Iêmen, nações estas que, segundo informa a mídia internacional⁵³, não possuem quaisquer registros de correlação com atividades terroristas praticadas nos Estados Unidos.

⁵² Um encerramento completo da entrada de muçulmanos nos Estados Unidos até que os representantes do nosso país possam perceber o que está acontecendo (Tradução livre).

⁵³ **Donald Trump’s new ‘Muslim ban’ still does not include countries that have produced terrorists.** Disponível em <<http://www.independent.co.uk/news/world/americas/donald-trump-muslim-travel-ban-countries-terrorists-immigration-order-a7614701.html>>. Acesso em 07/03/2017.

Do outro lado do mundo, é salutar analisar a decisão do Estado Francês pela proibição do uso de vestimentas árabes, especificamente aquelas que cobrem total ou parcialmente o rosto das pessoas. Destarte, é notório que o país seja conhecido pelo empenho em relação às liberdades e aos direitos individuais, sendo pioneiro de uma das revoluções mais relevantes para a consolidação dos direitos individuais, porém a justificativa para tal medida foi bastante simples: supostas ameaças à segurança francesa, colocando mais uma vez em xeque o paradoxo entre medo, segurança pública e direitos humanos, em que estes últimos, na maioria dos casos, saem perdendo.

Assim, é preciso atentar que, se o verdadeiro motivo fosse este, qualquer veste que encobrisse o rosto de maneira total ou parcial deveria ser proibida, o que não ocorreu, a exemplo de bonés e capuzes de inverno. Ocorre que, como já mencionado, as políticas antiterroristas possuem claramente um público determinado, sendo destinadas a este público, integralmente árabe, as violações provenientes de uma “dignidade reduzida” (DWORKIN, 2008, p. 63).

Neste sentido, considera-se que há uma violação à dignidade e aos direitos destas pessoas, que são consideradas terroristas em potencial etolhidas em sua liberdade religiosa e de expressão por meros “achismos” da maioria, tornados vinculantes por meios formalmente democráticos em que, em razão da perda de cargos e prerrogativas, representantes ultrapassam os limites de

sua atuação, a partir da concepção substancial de democracia, e institucionalizações distinções que jamais deveriam ser institucionalizadas, sob pena de grandes prejuízos à tão recente democracia.

Tal aspecto ressalta a verdadeira intenção destas políticas, qual seja, a de causar danos, já que para os muçulmanos o uso destes trajes representa, sobremaneira, sua individualidade, sua personalidade e a forma pela qual desejam ser vistos e reconhecidos socialmente. Desta forma, o Poder Público não pode violar estas prerrogativas da liberdade individual por motivos meramente especulativos, por considerar, de maneira abstrata e sem fundamento lógico, determinado indivíduo como terrorista por sua origem, nome, religião, etnia ou cor da pele, motivos muito frágeis para acarretarem violações desta natureza.

Diante destas questões, é interessante analisar a conexão intrínseca entre direitos humanos e segurança pública de maneira bastante semelhante às placas tectônicas, como forma de propagação do ideal de segurança por meio de um discurso totalizante e intolerante. Isto porque, ao haver inobservância quanto à primazia dos direitos humanos ante as questões de segurança nacional, estes conceitos deixam de ser complementares, interrompendo a fricção lateral de uma placa em outra, naturalmente benéfica e aceitável, e transformando-se em uma colisão frontal absolutamente prejudicial à democracia (HOFFMAN, 2010, p. 249).

Finalmente, as democracias ocidentais que põem em prática estas políticas antiterroristas, visivelmente discriminatórias e marginalizadoras, devem questionar se é realmente adequado continuar a punir potenciais terroristas com atitudes de discriminação étnica e mais terror, ou se isto não pode ser justamente o estopim de novas atitudes de retaliação terrorista, devendo encontrar maneiras de proteger suas soberanias sem prejudicar a vida de cidadãos e de comunidades inocentes. Portanto, violar direitos intangíveis em nome de uma falsa segurança em uma democracia significa atacar os próprios princípios democráticos. Assim, é notório que os atos terroristas devem ser prevenidos, controlados e devidamente processados e punidos, porém jamais às custas do valor da liberdade e dos direitos humanos.

3 DEMOCRACIA E TERRORISMO: A LEGITIMAÇÃO SOCIAL DO COMBATE AO INIMIGO

À luz da concepção de democracia associativa, o trabalho se propõe a analisar a visão de Dworkin sobre a força dos direitos humanos, notadamente na questão relativa ao terrorismo e à tortura como forma (i) legítima de combate ao inimigo. Nesse sentido, indaga-se se é legítimo autorizar o uso da tortura em investigações contra os inimigos e quais os tipos de sacrifícios à democracia podem ser realizados em nome de um bem comum e

se, de fato, este bem comum existe e pode ensejar violações a direitos fundamentais.

É importante salientar que a “guerra ao terror”, perpetrada contra o terrorismo, especialmente após o 11 de setembro de 2001, esbarra, invariavelmente e inevitavelmente, nas barreiras culturais milenares entre Oriente e Ocidente, as quais impossibilitam um debate genuíno e igual entre os entes políticos, fato que acarreta em violações unilateralmente impostas por aqueles que detêm o poder e *status quo*, neste caso, os estados nacionais ocidentais. Logo, não se consegue enxergar ao outro como igual, as diferenças afastam os indivíduos e criam barreiras artificiais e intransponíveis.

Nesta senda, quando o indivíduo é incapaz de se enxergar no outro, ou seja, quando há uma total perda de alteridade, sustenta-se que alguns direitos e garantias, como o direito a um processo justo ou mesmo o direito à integridade física, não se estendem a ele, não alcançam ao outro, eis que ele é diferente de mim, diferente de “nós”. Assim, esta visão puramente marcada por essa dicotomia do “Nós vs Eles” impede que o princípio da dignidade, comentado por Dworkin, na obra *“La Democracia Posible: principios para un nuevo debate político”* seja aplicado, pois não há “igual importância” e “igual respeito” aos diferentes, mas uma total rejeição causada pela tendente falta de identificação entre os povos.

Ademais, esta visão excludente e de superioridade, a qual tacha tudo que é diferente de bárbaro e resume a si como bom e

civilizado, pode ser resumida na célebre frase de Tzvetan Todorov (2010), qual afirma que “os bárbaros são aqueles que negam a plena humanidade dos outros” (TODOROV, 2010, p. 27), enquanto que os civilizados são aqueles que sabem “reconhecer plenamente a humanidade dos outros” (TODOROV, 2010, p. 32).

A partir dessas ideias, o trabalho analisa a política de combate ao terrorismo, à luz da relação entre democracia e direitos humanos, pautando-se nas lições de Amartya Sen acerca da prática da democracia no mundo, o qual reflete que mesmo na mais antiga democracia, a prática da democracia continua sendo bastante imperfeita (SEN, 2009, p. 386), destacando que uma das causas destas imperfeições é a tendência de violação aos direitos humanos sob argumentos democráticos.

Em primeiro lugar, terrorismo é sempre um tema atual. O atentado às torres gêmeas em 2001, os constantes ataques à França e a proposta de “guerra ao terrorismo” instituída em políticas públicas norte-americanas e continuadas diariamente como plano de governo do presidente *Donald Trump*, em nome da segurança nacional, conduzem a certas reflexões.

Inicialmente, cabe a consideração de que a política atual experimenta uma série de problemas ante a falta de uma representação popular que garanta e proteja os direitos individuais. Diante disso, nota-se que a democracia está em constante ameaça em razão de sucessivos equívocos no tocante às questões relacionadas à dignidade humana, em sua dupla

dimensão, de preservação do valor intrínseco e da responsabilidade pessoal dos indivíduos no contexto da ordem política.

Quanto ao valor intrínseco, necessário esclarecer que Dworkin defende que toda vida humana tem um tipo especial de valor objetivo. É importante que o potencial de vida se realize e isso é algo importante em si mesmo. Trata-se de uma invocação abstrata do ideal de igualdade: igual importância objetiva de todas as vidas humanas. O princípio da responsabilidade pessoal acena a que cada pessoa tenha uma responsabilidade especial na consecução do logro da sua própria vida, de fazer realidade o valor potencial sobre a sua vida. Trata-se de uma invocação abstrata do ideal de liberdade e autonomia. Nesse aspecto, a maioria não tem o direito de impor sua vontade sobre a maioria (DWORKIN, 2008, p. 24-39).

Sob esta égide, é necessário esclarecer os malefícios das políticas antiterroristas em relação à proteção dos direitos humanos, base de toda democracia legítima. Por este motivo, cabe a consideração do princípio da dignidade humana, muitas vezes banalizado, porém de importância central em governos que pretendam seguir o modelo democrático. Tratar das dimensões da dignidade humana é tratar, precipuamente, do que há de mais importante em qualquer ordem política: o reconhecimento daqueles que estão sob seu domínio, sob as perspectivas da igualdade, liberdade e autonomia.

Neste sentido, afirma-se que o princípio da dignidade humana compreende a igualdade de consideração que deve haver na relação entre o Poder Público e os cidadãos, caracterizando o valor intrínseco de cada um na tentativa de construir um ambiente democrático que proporcione um debate autêntico. Outrossim, este princípio deve ser o elemento norteador de leis, atos normativos e políticas públicas, a despeito de qualquer destas manifestações do Poder Público serem consideradas antidemocráticas à luz de uma concepção substancial de democracia, que ultrapassa aspectos procedimentais e numéricos e enxerga a democracia como conjunto de valores, princípios que atuam de forma a materializar a igualdade, a dignidade e os direitos humanos.

Entretanto, percebe-se que esta consideração que deveria existir na relação entre Estado e cidadão se encontra bastante vulnerável, acarretando sérios prejuízos à democracia. Esta vulnerabilidade advém, dentre outras causas, da naturalização das violações aos direitos humanos, especialmente em tempos de crise e de instauração do medo. Isto se torna bastante claro quando o assunto é a implementação de políticas antiterroristas, uma vez que *a priori* estas políticas públicas podem ser consideradas medidas positivas, que visam atuar de forma mais firme no combate às ameaças à segurança nacional. Conquanto, utilizar de mecanismos que ultrapassem a esfera individual em nome de um

ideal de segurança benéfico à coletividade e ao bem comum é, no mínimo, perigoso.

Ademais, tais perigos surgem quando, em nome do bem-estar de uma maioria, a ordem política ignora os direitos de minorias e legitima práticas atentatórias à dignidade humana e aos direitos fundamentais. É importante frisar que, com a instauração de um período de vigilância constante e de desconfiança extrema, ponderar acerca das políticas antiterroristas e de seus prejuízos no tocante à proteção aos direitos humanos é obrigatório.

Nesta senda, é notório que em tempos de ameaça à segurança nacional, a sociedade sempre buscará um culpado para seus problemas. Assim, percebe-se que os afetados pelas políticas antiterroristas não são aqueles que as propõem. Muito pelo contrário, estas políticas são destinadas – e criadas – para que alcancem um público específico. É interessante ressaltar que a população certamente se preocupa com os direitos humanos, porém em uma perspectiva, no mínimo, paradoxal. Isto porque neste assunto residem os “interesses” e os “desinteresses” dos indivíduos e, neste segundo grupo moram as preocupações com os terroristas.

A partir desta consideração, aduz-se que o desinteresse da população em relação à garantia e à proteção dos direitos destas pessoas é justificado pela gravidade dos atos por elas cometidos. Com base nisto, os terroristas teriam sua dignidade respeitada de forma reduzida, o que significaria que estes

indivíduos poderiam ser tratados da forma mais conveniente para aqueles que se sentem ameaçados. (DWORKIN, 2008, p. 63), em clara contrariedade às bases democráticas, as quais pressupõem igual respeito e consideração entre os indivíduos e o Estado.

Há a percepção, portanto, de que existem direitos humanos, porém, soma-se a esta compreensão a ideia de que estes são direcionados a um público específico, podendo ser negados aos que não se encaixam no padrão socialmente esperado. Nesta lógica, as políticas antiterroristas atuam de maneira seletiva, visando declaradamente tratar de forma desigual todos os indivíduos que a maioria entende como suspeitos, de maneira a naturalizar discursos ideológicos discriminatórios, excludentes, marginalizadores e segregatórios, ressaltando o que de pior pode haver no ambiente político: a tirania disfarçada de democracia.

Em contraste, acredita-se que os direitos humanos são muito mais amplos do que o discurso que busca utilizá-los como justificativa para suas violações. Por esta razão, surge a ideia de que estes direitos são os direitos mais importantes de todas as pessoas e suas violações acarretam a perda da dignidade dos envolvidos, ressaltando a necessidade de sua proteção pelo Poder Público.

A partir desta compreensão, nasce a obrigação dos governos no que diz respeito à garantia dos direitos humanos, sob pena de suas políticas serem antidemocráticas. Portanto, um governo que viole os direitos humanos de todos aqueles que estão

sob seu domínio, seja por ação, seja por omissão, atenta não apenas contra as pessoas em sua dimensão pessoal. Este governo atenta, principalmente, contra a democracia, pois esta presume igualdade de consideração no tratamento aos cidadãos e agir de forma a ignorar esta previsão, seria violar, sobretudo, a dignidade humana.

No ensejo, a ordem política tem o dever de respeitar a dignidade humana. Este dever vai além de um simples comando, se ampliando às minúcias de todas as políticas públicas que visem a igualdade entre os indivíduos. Em virtude disto, os governos não podem criar distinções entre as pessoas, quando estas vêm para inferiorizar e aniquilar a dignidade humana. As políticas antiterroristas, quando direcionadas a grupos específicos e em razão dos estigmas socialmente construídos, trazem à tona violações mal-intencionadas que desconfiguram a própria democracia (DWORKIN, 2008, p. 54).

A razão disto diz respeito ao fato de que estas políticas levam ao âmbito político distinções que não deveriam ser institucionalizadas, criando um “nós” que visa explicitamente discriminar um “eles”, ressaltando seu caráter seletivo e antidemocrático. É importante ressaltar que o “eles” sempre faz referência às minorias, a grupos sociais que não possuem uma influência política, cultural ou econômica tão sólida quanto estes atributos que as majorias possuem (DOUZINAS, 2013, p. 5) e neste contexto se encaixam os árabes.

É justamente por esta razão que estes indivíduos deveriam receber maior atenção do Poder Público, porém o que acontece é justamente o inverso. Suas características pessoais são utilizadas como argumentos para reforçar esta política, que visa proteger aqueles que são “de bem” de todas as supostas ameaças à sua segurança, apesar do evidente fracasso desta estratégia. Cor da pele, traços árabes, roupas que cobrem os cabelos, o rosto, o corpo, são somente exemplos de como a sociedade encontra, a qualquer custo, o bode expiatório para os problemas com os quais não sabe lidar (WOLKMER, 2004, p. 157).

Além disso, a ordem política viola a democracia quando viola os direitos humanos daqueles que são escolhidos como “culpados” dos problemas sociais existentes e “menos dignos” de direitos que a maioria possui. Erra o governo quando acolhe qualquer forma de distinção, de degradação e de desigualdade, e as transformam em políticas públicas de alcance nacional, sem medir seus prejuízos, ou os medindo e se contentando com o bem-estar da maioria, o que ressalta o caráter utilitarista destas medidas. É desta maneira que a ordem política viola a democracia. Isto é, ao legitimar a tortura aos “suspeitos”, há por trás disto, a tortura e o abandono à própria democracia (TODOROV, 2012, p. 57), mesmo que a maioria aprove políticas desta natureza.

Outra grande questão é o clamor social para que o governo atue, cada vez mais, de forma a reduzir a dignidade humana. Por este motivo, tem se tornado “natural” que pessoas

sejam detidas por tempo indeterminado, que confissões sejam obtidas por meios ilícitos e que pessoas sejam torturadas diariamente sem qualquer motivo plausível.

Isto posto, cabe a consideração de Dworkin acerca do real motivo de existência das políticas antiterroristas. Ele crê que a luta em prol da segurança é muito mais uma questão de honra do que uma questão de verdadeira preocupação com a segurança nacional (DWORKIN, 2008, p. 65). Com base nisto, verifica-se que não é a partir da anulação do outro como indivíduo que um país se tornaria mais seguro e menos propenso a ameaças referentes aos atentados terroristas. Muito pelo contrário, as políticas antiterroristas atuam tão somente como uma expressão da vontade majoritária que utiliza a democracia para a defesa de seus próprios interesses e institucionaliza estereótipos criados como justificativa para seus problemas.

Por fim e conforme foi demonstrado, as políticas antiterroristas acarretam consequências devastadoras à democracia. A principal delas é o tratamento desigual que visa oferecer aos indivíduos que residem em meio ao “desinteresse” social e político, especificamente minorias étnicas, entre as quais se podem destacar os árabes e imigrantes.

Neste sentido, tais políticas trazem grandes perigos aos direitos humanos, à vida e à saúde da democracia, contribuindo para a consolidação de suas imperfeições. Isto porque institucionalizar políticas de naturalização das violações aos direitos humanos significa agir de maneira a considerar a vida de

certas pessoas algo insignificante à ordem política, o que é certamente inadmissível, considerando o reconhecimento necessário do valor intrínseco dos indivíduos (DWORKIN, 2008, p. 72).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de conclusão, a pesquisa baseia sua análise na concepção associativa de democracia trabalhada por Ronald Dworkin, que desenvolve um modelo normativo relacionado à ideia de dignidade e de direitos humanos. Em declarada oposição à democracia procedimental e majoritária, trata-se de um modelo conteudístico e substancial de democracia, segundo o qual as pessoas governam a si mesmas como associadas de pleno direito de um plano político de vida coletiva, de tal maneira que as decisões de uma maioria são democráticas somente se garantem os direitos de minorias.

A partir deste marco teórico, o trabalho analisou os limites do combate ao terrorismo, considerando que, usualmente, as políticas antiterroristas baseiam-se na tentativa de aniquilar a diferença e, ademais, são amplamente amparadas pela maioria, mesmo que em desrespeito à dignidade humana em sua dupla dimensão de preservar o valor intrínseco e a responsabilidade pessoal, a exemplo das declarações feitas pelo então presidente dos Estados Unidos, *Donald Trump*, que propaga o acirramento do

controle aos imigrantes, notadamente os de origem muçulmana, como eficaz mecanismo de política antiterrorista e de combate à criminalidade.

A pesquisa rechaça estas ideias que acenam à implementação de políticas baseadas na violação da dignidade e em discursos desqualificadores da diferença, ao considerar o diferente como “bárbaro” e a si próprio, como “civilizado”, em evidente violação aos direitos e aos fundamentos mais primordiais de uma ordem livre e democrática, a qual tem como fundamento precípua: a pluralidade, a tolerância e o respeito aos distintos planos e modos de vida.

Ademais, esta perspectiva coaduna-se com a ideia de direitos humanos defendida por Ronald Dworkin, para quem, direitos humanos, em sua vasta dimensão, são trunfos que vencem qualquer tipo de argumento baseado em ajustes que normalmente servem de justificação para ações políticas.

Trata-se do direito mais básico de uma pessoa, do qual derivam todos os outros direitos. É o direito de ser tratado por aqueles que detém o poder de uma forma coerente com o reconhecimento de que a vida de uma pessoa tem importância e um valor intrínseco e de que ela é pessoalmente responsável de fazer realidade o valor da sua vida, que são as dimensões da dignidade humana em sua teoria.

Neste sentido, conclui-se que o modelo de democracia contemplador do valor da dignidade e dos direitos humanos mostra-se um modelo adequado para se discutir políticas

antiterroristas em um contexto de fortalecimento de políticas discriminatórias e fascistas, as quais importam em um modelo institucionalizado (e legitimado pelo peso dos números) que, peremptoriamente, nega estes valores democráticos.

REFERÊNCIAS

ALJAZEERA. *Donald Trump and electing Islamophobia*.

Publicado em: 13 de março de 2016. Disponível em:

<<http://www.aljazeera.com/indepth/opinion/2016/03/donald-trump-electing-islamophobia-160313104258994.html>>. Acesso em: 17 de agosto de 2016.

BERKELEY UNIVERSITY. Center for race and gender. **Defining Islamophobia**. Informação online. Disponível em:

<<http://crg.berkeley.edu/content/islamophobia/defining-islamophobia>>. Acesso em: 17 de agosto de 2016.

BENEVIDES, Maria Victória. **Cidadania e Direitos humanos**.

Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo.

2013. Disponível em:

<<http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/benevidescidadaniaedi-reitoshumanos.pdf>> Acesso em: 13 set. 2016.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Direitos humanos ou “privilégios de bandidos”?** Desventuras da democratização brasileira. 2008. Disponível em: <http://novosestudios.uol.com.br/v1/files/uploads/contents/64/20080624_direitos_humanos_ou_privilegios_de_bandidos.pdf>. Acesso em: 12 set. 2016.

CASTORIADIS, Cornelius. **O Mundo fragmentado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

CLASTES, Pierre. **Arqueologia da violência**: pesquisas da antropologia jurídica. Editora Cosac & Naify, 2004.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

_____. **Quem são os “humanos” dos direitos?**. Projeto Revoluções. Pinheiros, São Paulo. 2013. Disponível em: <http://revolucoes.org.br/v1/sites/default/files/quem_sao_os_humanos_dos_direitos.pdf>. Acesso em: 15 set. 2016.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **La Democracia posible**: princípios para um novo debate político. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Direito da liberdade**: uma leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O direito de ridicularizar**. Disponível em <<http://criticanarede.com/ed116x.html>>. Acesso em: 20 de setembro de 2016.

DWORKIN, Ronald. **What's Democracy?** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=cUvYDAI702o>>. Acesso em: 20 out. 2016.

ENGLE, Karen. **Constructing Good Aliens and Good Citizens**: Legitimizing the War on Terror(ism). University of Colorado Law Review, Vol. 75, 2004. Disponível na plataforma SSRN em <<https://ssrn.com/abstract=2166934>>. Acesso em 04/03/2017.

GEERTZ, Clifford. **A Interpretação das Culturas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2013.

HACKETT, Conrad. **5 facts about the Muslim population in Europe (2015)**. Disponível em: <http://www.pewresearch.org/fact-tank/2015/11/17/5-facts-about-the-muslim-population-in-europe/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

HERTZ, Mônica, AMARAL, Arthur Bernades. **Terrorismo e Relações Internacionais. Perspectivas e Desafios para o Século XXI**. Rio de Janeiro: PUC-Rio: Edições Loyola, 2010.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.

HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações**. São Paulo: Objetiva, 2001.

IDAÑEZ, María José Aguilar; BURASCHI, Daniel. **El desafio de la convivencia intercultural**. Rev. Inter. Mob. Hum. Brasília, Ano XX, N° 38, p. 27-43, jan./jun. 2012. Disponível: <http://www.scielo.br/pdf/remhu/v20n38/a03v20n38.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2016.

LEAL, Ana Christina; DIAS, Bárbara; VERBICARO, Loiane (org.). **Normalização, poder e direito**. Salvador: Juspodium, 2017.

LINS, Daniel (org.). **Cultura e Subjetividade**. Campinas: Papirus, 1997.

MORGADO, Maria Aparecida. **Violência institucional, identificação e direitos humanos**. Revista Psicologia Política, 178

2001. Disponível em:

<<http://each.uspnet.usp.br/rpp/index.php/RPPEACH/article/download/6>>. Acesso em: 13 set. 2016.

SAID, Edward W. **Orientalismo. O Oriente como invenção do Ocidente**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007a.

SAID, Edward W. **Humanismo e crítica democrática**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007b.

SEN, Amartya. **Identidade e Violência: a ilusão do destino**. 1 ed. São Paulo: Editora Iluminuras: Itaú Cultural, 2015.

SEN, Amartya. **The idea of justice**. Great Britain: Penguin Books Ltd. 2009.

TODOROV, Tzvetan. **O medo dos bárbaros: para além do choque das civilizações**. Rio de Janeiro: Vozes, 2010.

TODOROV, Tzvetan. **Los enemigos íntimos de la democracia**. Buenos Aires: Del Nuevo Extremo; Galaxia Gutenberg (Espanña), 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

REFLEXÕES SOBRE O DIREITO DOS ANIMAIS NA
REALIZAÇÃO DE TESTES DE MEDICAMENTOS E
COSMÉTICOS: ALTERNATIVAS SUSTENTÁVEIS

REFLECTIONS ON THE LAW OF ANIMALS IN THE
ACHIEVEMENT OF TESTS OF MEDICATIONS AND
COSMETICS: SUSTAINABLE ALTERNATIVES

Liliana Maria Gomes¹

Deilton Ribeiro Brasil²

RESUMO: O uso de animais como objetos de estudo é antigo, o que se questiona nesse trabalho é a forma com que isso tem ocorrido hodiernamente. Transformar a realidade das pesquisas com animais requer meios para a mudança de paradigmas instalados em instituições de ensino e em vários ramos da indústria, além de buscar respostas para questionamentos quanto aos objetivos e métodos científicos. Esse estudo busca problematizar uso prejudicial de animais enquanto objetos de

¹ Mestranda do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna. Pós-graduada em Perícia Judiciária pela Universidade FUMEC. Graduada em Direito e Psicologia pela Universidade FUMEC.

² Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado em Direito Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG.

estudo em instituições de ensino superior e em pesquisas científicas, bem como suas consequências. Intui-se que, a partir da adoção de uma postura ética nas pesquisas com animais é possível que estes tenham benefícios com tais práticas e contribuam com o progresso da ciência, simultaneamente. A proposta é compreender o tema, através dos métodos bibliográfico e documental, numa abordagem dedutiva, viabilizando uma visão crítica do uso de animais vivos em prol da ciência.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Animal; Senciência; Ética com animais; Metodologias de pesquisa alternativas; Uso de animais em pesquisas.

ABSTRACT: The use of animals as objects of study is ancient, what is questioned in this work is the way in which this has occurred nowadays. Transforming the reality of animal research requires the means to change paradigms installed in educational institutions and in various branches of industry, and seek answers to questions about scientific objectives and methods. This study seeks to problematize the harmful use of animals as objects of study in higher education institutions and in scientific research, as well as its consequences. It is suggested that, from the adoption of an ethical stance in animal research, it is possible for these to benefit from such practices and contribute to the progress of science simultaneously. The proposal is to understand the subject, through the bibliographic and documentary methods, in a

deductive approach, enabling a critical view of the use of live animals in favor of science.

KEYWORDS: Animal Law; Sentience; Ethics with animals; Alternative research methodologies; Use of animals in research.

1 INTRODUÇÃO

É certo que a relação entre o homem e os animais ocorra desde a origem da espécie humana, contudo, o estudo dessa coexistência é recente. Nesse contexto, estimular discussões sobre a relação do homem com os animais não humanos e seu uso como instrumento de pesquisa é requisito para perceber vieses desta interação que ainda carecem de uma ênfase humanística.

Alcançar a evolução dessa relação é imprescindível para compreensão da conjuntura atual e propor ações estratégicas para garantir a sustentabilidade ambiental, nesse caso, especificamente da fauna. Será apresentado o contexto histórico e jurídico sobre o qual se pretende uma mudança qualitativa da relação do homem com os animais.

Será apresentado o papel da pesquisa científica com animais e seus principais métodos, fazendo uma análise crítica destes do ponto de vista ético, apontando a base legal que orienta estudantes e pesquisadores, buscando uma transformação de paradigmas no que tange ao uso de animais na busca de conhecimento.

A presente pesquisa segue os métodos bibliográfico e documental, com método de abordagem dedutivo. Baseada,

principalmente, em autores renomados e no ordenamento jurídico brasileiro e internacional, a pesquisa tem como referencial a concepção de senciência adotada por Peter Singer.

É neste campo que se inclui a presente investigação, baseada nos avanços ocorridos acerca do uso de animais no campo científico, com ênfase no viés ético das relações entre o homem e os animais e, por fim, na existência de métodos de pesquisas alternativas que possibilitam a substituição do uso dos animais.

2 A EVOLUÇÃO DA RELAÇÃO DO HOMEM COM OS ANIMAIS

Um olhar sobre a evolução histórica da relação que o homem com os animais não humanos é imprescindível para decifrar essa relação na atualidade. Destarte, analisar padrões de comportamentos sociais que vigoram em cada época é base para a compreensão da relação do homem com os animais. Melanie Joy (2013) explica que, a forma como o homem se relaciona com os animais depende mais da percepção que possuem a respeito dos animais do que com a espécie de animal em si, uma vez que a percepção define grande parte da realidade.

Um paradigma tende a dominar o pensamento da sociedade em uma época e a partir dele são construídas representações sobre o mundo e são determinadas as práticas

sociais da época, definindo o que é normal ou não. (KUHN,1987). Nesse viés, a relação entre homens e animais pode ser observada na mudança de pensamento proveniente do processo evolutivo da história. Um exemplo disso é percebido na relação com os gatos, que eram considerados sagrados na antiguidade, representando poder e liderança, o que mudou na idade média, uma vez que a igreja imputou um significado profano aos gatos.

Para Vergara (2003), a domesticação animal pelo homem, há seis mil anos atrás, foi um processo histórico traumático, onde os animais eram utilizados como alimento, vestuário, proteção e transporte. O homem buscava sobreviver em um meio ambiente muito hostil e usava dos animais para tanto. Os animais eram tratados como objetos de apropriação e foram imbuídos de valor econômico nas primeiras sociedades da antiguidade, passando a ser vistos como moedas de troca e bens de consumo na grande maioria das sociedades da época, como em Roma, porém, os animais eram tratados como deuses em outras, como nas civilizações egípcia e indiana.

Santana (2002) mostra que, as religiões monoteístas apresentaram uma perspectiva negativista sobre os animais, apresentando o homem enquanto o máximo da criação e único ser criado à imagem e semelhança de Deus, assim, os outros seres teriam a finalidade exclusiva de servir ao homem. A concepção geocêntrica do universo vem de Aristóteles, aparecendo numa época em que não se podia pensar em contestar essa lógica sem

correr o risco de ser julgado e condenado pelos Tribunais da Santa Inquisição ou do Santo Ofício.

Ferry (1994) lembra que, para Descartes todos os animais e plantas são apenas máquinas. Portanto, se o mundo é uma máquina, uma ciência totalmente mecânica poderia explicá-lo. Nesse sentido, acreditava-se que os gritos de um animal durante a vivisseção não tinham relação com o sofrimento, podendo ser comparados às badaladas produzidas pela campainha de um relógio.

Thomas (2010) apresenta as transformações na percepção dos animais na sociedade inglesa dos séculos XVI ao XIX, mostrando um teor exclusivamente religioso de algumas concepções, não criticando práticas cruéis em alguns momentos e as rejeitando em outros. Thomas mostra que “o destronamento do homem” surge no final do século XVII, com uma tímida mudança de atitude de sensibilidade para com os animais.

No século XX, o filósofo Deleuze (1972) rompeu com a visão antropocêntrica de Aristóteles. Abandonou a ideia do homem como o único animal racional, apresentando pontos de indeterminação entre o homem e o animal.

Também contrapondo os pensamentos antropocêntricos, Jeremy Bentham adotou um posicionamento de defesa dos animais, sendo que o foco deve ser na capacidade destes em sentir, sofrer. Para Bentham (1979), como os franceses compreenderam que escravizar seres humanos, em função da escuridão da pele, era

imoral, haverá um momento em que os homens aprenderão que não possuem o direito de explorar os animais, nem tirar deles nenhum direito, em razão do número de pernas ou da terminação das vértebras sacrais.

3 BREVE ANÁLISE DO PROGRESSO DO DIREITO ANIMAL

Para Alves (1999), o Direito Romano da idade média, enquanto reflexo da sociedade, classificava-os de acordo com os seus interesses econômicos, os *res mancipi*, passíveis de apropriação, como os animais domésticos, de tração e carga; e os *res nec mancipi*, não passíveis de apropriação, como os animais silvestres. A queda do Império Romano, com as invasões bárbaras, causou uma mudança na visão de animal para o direito, quando os animais passaram a ser sujeitos de direito, a eles foi atribuída a condição de parte, mostrando uma evolução, ainda que geralmente figurassem enquanto réus. Assim, houve uma forma de igualdade processual entre os animais e o homem, onde eles eram presos juntos nas celas e podiam ser condenados às mesmas penas.

Já no fim da Era Moderna, surgiu a primeira norma de proteção aos animais em uma Colônia inglesa na América do Norte, o Código Legal de 1641 da Colônia de *Massachussets Bay* previa algumas normas que protegiam os animais domésticos de atos cruéis. Martins (2002) mostra que o primeiro Estado

independente a adotar uma legislação protetiva dos animais foi a França, com o Código Penal de 1791, gerado a partir da Revolução Francesa, que tipificava o envenenamento de animais pertencentes a terceiros e vedava os atentados a bestas e cães de guarda que se encontrassem em propriedade alheia. Estes dispositivos serão complementados, posteriormente, com a promulgação da Lei *Grammont*.

A UNESCO reconheceu os direitos dos animais através da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada em 1978 em Bruxelas, na Bélgica, esse texto foi subscrito pelo Brasil:

Todos os animais nascem iguais diante da vida e tem o mesmo direito a existência (artigo 1º); Cada animal tem o direito ao respeito (artigo 2º-A); O homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar os outros animais ou explorá-los, violando esse direito. Ele tem o dever de colocar sua consciência a serviço dos outros animais (artigo 2º-B); Cada animal tem o direito à consideração, à cura e à proteção do homem (artigo 2º-C); Nenhum animal será submetido a maus tratos e a atos cruéis (artigo 3º-A); Se a morte de um animal for necessária, deve ser instantânea, sem dor nem angústia (artigo 3º-B); Cada animal pertencente a uma espécie que vive habitualmente no ambiente do homem, tem

o direito de viver e crescer segundo o ritmo e as condições de vida e de liberdade que são próprias de sua espécie (artigo 5º-A); Toda modificação deste ritmo e dessas condições, imposta pelo homem para fins mercantis, é contrário a esse direito (artigo 5º-B); Nenhum animal deve ser usado para divertimento do homem. A exibição dos animais e os espetáculos que utilizam animais são incompatíveis com a dignidade do animal (artigo 10); o animal morto deve ser tratado com respeito (artigo 13-A); As cenas de violência de que os animais são vítimas devem ser proibidas no cinema e na televisão, a menos que tenham como fim mostrar um atentado aos direitos do animal (artigo 13-B); os direitos do animal devem ser defendidos por leis, como os direitos do homem (artigo 14-B).

Analisando a tutela jurídica do Direito Ambiental, percebe-se uma evolução histórica dos direitos relacionados à fauna, é notório que houve uma mudança de paradigmas, reconhecendo os animais enquanto sujeitos de direito. Nesse sentido, Norberto Bobbio (1992), ao discorrer sobre o direito à vida no futuro, apontou a ameaça causada pelo desenvolvimento de armas com alto poder de destruição, além do surgimento de novos sujeitos de direitos, como os animais.

No Brasil existem dispositivos legais específicos para a proteção da fauna, bem como da utilização de animais em

experimentos científicos, os quais devem ser considerados pelas instituições de ensino e de pesquisas científicas na implementação das suas metodologias.

A Lei Federal nº 9.605 de 1998, a chamada “Lei dos Crimes Ambientais”, em seu artigo 32, inclui, entre os crimes contra a fauna, o tipo penal:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos.

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º - Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º - A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se ocorre morte do animal. (grifo nosso)

A simples alegação de contribuição científica ou didática, sem minimizar situações que levem sofrimento ao animal, é uma afronta aos direitos relativos à fauna, sendo criminalmente penalizada. Luiz Régis Prado (1998) define o termo ato de abuso, descrito no caput do artigo 32 da Lei dos Crimes Ambientais,

como sendo a utilização excessiva do animal, onde este extrapole seus próprios limites físicos e mentais, para satisfazer os interesses ou a vontade humana.

A lei em vigor que regulamenta o uso de animais em pesquisa científica no Brasil é a Lei 11.794, de 2008, conhecida como Lei Arouca, que tramitou por 13 anos no Congresso Nacional, ela determina:

Art. 14. O animal só poderá ser submetido às intervenções recomendadas nos protocolos dos experimentos que constituem a pesquisa ou programa de aprendizado quando, antes, durante e após o experimento, receber cuidados especiais, conforme estabelecido pelo CONCEA.

A Lei Arouca criou o Conselho Nacional de Experimentação Animal (CONCEA), que tem como competência expedir e fazer cumprir normas relativas à utilização de animais com finalidade de ensino e pesquisa científica, credenciar instituições brasileiras para esses fins, monitorar e avaliar a introdução de técnicas alternativas que substituam o uso de animais em ensino e pesquisa.

O CONCEA, vinculado ao Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI), publicou em fevereiro de 2016, a Diretriz Brasileira Para o Cuidado e a Utilização de Animais em Atividades de Ensino ou de Pesquisa Científica (DBCA),
190

oficializando a responsabilidade institucional da oferta de métodos alternativos para os alunos objetores de Consciência e o desenvolvimento de uma ouvidoria institucional para os assuntos relativos ao uso de animais, inclusive para apoiar tais alunos.

As resoluções normativas 13 e 18 do CONCEA, publicadas em 2013 e 2014 respectivamente, incorporaram oficialmente, no Brasil, métodos alternativos já regularizados internacionalmente, como os testes *in vitro* de curta duração para danos oculares e de triagem para toxicidade reprodutiva. O CONCEA determinou um prazo de 5 anos para a extinção da aplicação os métodos anteriores, de forma que, em torno de 25 métodos deixarão de ser praticados no país até 2021.

A Constituição Federal pátria, em seu artigo 225, §1º, VII, proíbe práticas cruéis aos animais em qualquer situação, mostrando preocupação com o bem-estar dos animais não humanos e a oposição à visão puramente instrumental da vida animal. Contudo, atualmente, as pesquisas feitas com animais nem sempre estão voltadas para qualquer benefício a estes, geralmente a intenção é obter informações que tragam benefício a outras espécies.

Para Singer (2004), as leis são insuficientes para mudar a cultura de consumo que afeta, direta ou indiretamente, os interesses dos animais, já que as leis não podem determinar uma consciência ambiental.

4 ÉTICA NA EXPERIMENTAÇÃO COM ANIMAIS

Por séculos os humanos se puseram enquanto seres superiores aos demais animais, agindo como se fossem prioritários em relação ao resto do mundo. Questionamentos acerca da ética que envolve o uso de animais em pesquisas científicas são marcados por conflitos entre a defesa do bem que tais estudos podem proporcionar aos seres humanos e o bem estar dos animais. Nesse sentido, deve-se buscar estabelecer estratégias voltadas a reduzir este confronto, sem negar a sua existência.

Bentham (1979) inaugura uma crítica ética acerca da libertação animal, fomentando ideias contemporâneas em defesa dos animais, propõe a exigência de expansão do princípio da igualdade de interesses para atender ao sofrimento de animais não humanos, sendo precursor de renomados filósofos como Peter Singer.

Singer herda de Bentham o repúdio ao antropocentrismo, considerando os animais seres que tem sensações de alegria, dor, sofrimento, não supervalorizando a racionalidade e a linguagem humana. Singer (2004) afirma que possuir autoconsciência não confere ao ser autoconsciente prerrogativas ou privilégios, nem direitos absolutos sobre a vida e a morte de outros.

Na década de 70, Peter Singer (2004) destacou-se com a publicação de “Libertação Animal”, propondo um debate sobre a ética animal. Singer tem uma postura de cautela sobre os

pensamentos filosóficos que deduzem direitos e privilégios para o sujeito que possui alguma habilidade especial. Para o autor, os direitos morais são a forma direta de se referir à proteção que pessoas e animais moralmente devem ter, o que deve ser justificado com base nas possibilidades de sofrimento e de bem-estar. Nesse contexto, Singer, afirma que é possível exigir a igualdade dos animais sem cair no emaranhado da filosofia a respeito da natureza dos direitos.

O termo *senciência* não se encontra no dicionário Aurélio, contudo, pode-se achar o adjetivo *senciente*, que é apresentado como “que sente”. Portanto, a palavra *senciência* é um neologismo. Num sentido amplo, o termo *senciência* associa a capacidade de ter sentimentos à consciência. O termo *senciência* é legitimado pela Etologia, se refere à capacidade que os animais têm de ter sensações, sofrer e sentir dor, que Bentham (1979) defendia.

De acordo com Molento (2005), a *senciência* animal deve ser analisada quantitativamente, focando no desenvolvimento do bem-estar animal, uma vez que a *senciência* possui diferentes graus de complexidade nas várias espécies animais.

Ao cuidado que dispensamos aos seres sensíveis em estado de dor, Singer (2004) sugere que uma maior consideração seja direcionada às demais aptidões que os seres têm em função da sua espécie. A consciência da experiência vivenciada está relacionada a uma capacidade de sofrimento maior ou menor entre as

diferentes espécies. Saber o que está a acontecer consigo e ter noção da dor que poderá sentir, torna a capacidade de sofrimento maior. Segundo Singer, a angústia mental é o que torna a situação humana mais difícil de suportar.

Aqueles que defendem a experimentação animal não negam que os animais sofram, pois precisam salientar as semelhanças entre homens e animais para justificar seus experimentos, alegando relevância aos interesses humanos. De acordo com Singer (2004), o pesquisador que força ratos a escolher entre morrer de fome ou levar choques elétricos para observar se desenvolvem úlceras, age assim em razão do rato ter um sistema nervoso parecido ao do ser humano e, teoricamente, sentem o choque elétrico de modo semelhante. Nesse sentido, não há que se questionar a sciência.

Para Barbudo (2006), é perceptível o crescente número de alunos objetores de consciência e preocupados com o uso de animais no ensino superior, sendo estes que denunciam a crueldade direcionada aos animais ocorridas nas aulas práticas. No Brasil ainda há muita falta de informação a esse respeito e as instituições de ensino superior estão impregnadas com a ideia de que o cientista tem que se distanciar do seu objeto de estudo, não tendo nenhum tipo de emoção relacionada ao animal em questão, o que contribui para que o uso de animais em aulas ainda seja comum no país. Para Joy (2013), é um processo cíclico no qual as percepções conduzem as ações e as ações reforçam as percepções.

Contudo, para a autora, a percepção em relação aos animais não é formada apenas pela identificação, mas também pela cultura.

A questão ética envolvendo a experimentação animal é debatida mundialmente. As legislações voltadas para as pesquisas com animais variam de país a país. Em junho de 2016, a companhia aérea Latam enviou uma nota ao jornal O Globo, na qual se recusava a transportar animais destinados a pesquisas em laboratórios, estudos científicos ou exploração comercial. Tal decisão da Latam seguiu uma tendência percebida em outros países onde companhias aéreas, sob a influência de entidades de defesa dos animais, pararam de transportar macacos e camundongos que abasteciam os laboratórios dos EUA e da Europa. À época, três entidades se posicionaram contra a decisão da Latam. A Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência (SBPC) e a Academia Brasileira de Ciências (ABC) enviaram uma carta à Secretaria de Aviação Civil pedindo o empenho na reversão da medida, alegando que o impedimento poderia frear a produção de conhecimento no Brasil, prejudicando até o andamento de projetos voltados ao combate dos vírus causadores de doenças como chikungunya, zika e dengue.

Neste momento histórico, pontua Singer (2004), a questão não é se uns comem animais ou não, mas se posicionam contrariamente às práticas que produzem sofrimento nos animais no seu tempo de vida, no transporte e no abate. O desafio é

enfrentar e superar hábitos milenares, construindo uma nova cultura para a extinção da exploração.

Singer (1994) faz severas críticas à crueldade e à inutilidade de grande parte das pesquisas feitas em animais, condenando, ainda, o emprego de métodos cruéis - choques elétricos, experimentos com produtos químicos, cosméticos e farmacológicos - que lesam e matam sem qualquer justificativa ética.

4.1 O uso de animais na busca do conhecimento

Goldim e Raymundo (1997) mostram que a primeira pesquisa científica que utilizou animais sistematicamente, que se tem registro, foi a realizada por William Harvey, publicada em 1638, intitulada *Exercitatio anatomica de motu cordis et sanguinis in animalibus*. Nesta obra, o autor mostrou os resultados obtidos em estudos experimentais acerca da fisiologia da circulação, realizados em mais de 80 diferentes espécies animais.

Geralmente, nas pesquisas, são utilizados animais criados em laboratórios (biotérios) ou que venham de centro de zoonoses para fins científicos, sendo comum o descarte destes animais após os estudos práticos. Baumans (2006) mostra que em torno de 75 milhões de vertebrados são utilizados em pesquisas por ano, estimando que 2% deste total seja utilizado para o ensino e treinamento técnico. Prada (2008) lembra que, William Harvey (1578-1657) realizou a primeira pesquisa sistematizada com uso

de animais, com estudos experimentais sobre a fisiologia da circulação em 80 espécies de animais.

Dentre as práticas de pesquisas com animais em instituições de ensino superior, os experimentos mais comuns envolvem vivisseção, choques elétricos, confinamento, isolamento e alterações programadas das condições ambientais, no intuito de observar sintomas orgânicos e psíquicos geralmente já comprovados, muitos estudos são repetidos da mesma forma há anos, ou seja, pratica-se o mesmo método para comprovar o que já está comprovado.

Quanto à prática da vivisseção, existem três correntes, a saber: os vivisseccionistas, os abolicionistas e a doutrina dos três R's (Reduzir, Reutilizar e Reciclar). Os vivisseccionistas acreditam que os benefícios são maiores que os malefícios causados aos animais e que a cura para algumas doenças depende dessa técnica. Os abolicionistas defendem a extinção do corte de animais vivos para experimentos, por não trazerem resultados totalmente seguros ao ser humano e existirem métodos alternativos que produzem resultados com eficácia. Os defensores dos três R's apontam o caminho da substituição, da redução e do refinamento dos estudos realizados em animais. Para Tréz (2015), a teoria dos três R's deve ser substituída pela teoria de um R só: o do *replace* (substituição).

Faz-se necessário uma maior explanação acerca da doutrina dos três R's, dada a sua relevância. Em 1959, o zoologista

William M.S. Russell e o microbiologista Rex L. Burch desenvolveram uma proposta que não veda a utilização de modelos animais em experimentação, mas faz uma adequação visando humanizar tais procedimentos, a partir do estabelecimento dos três “Rs” da pesquisa em animais: Replace, Reduce e Refine.

Goldim e Raymundo (1997), afirmam que a substituição dos animais (*replace*) por métodos alternativos tem como principais recursos os testes *in vitro*, modelos matemáticos, simulações por computador, dentre outros. O estabelecimento de alternativas de modelos não animais para experimentação e utilização em testes clínicos deve atender a dois critérios: primeiro, o risco de um teste sem o uso de animal, quando utilizado rotineiramente, deve ser igual ou inferior ao produzido pelo teste com animais já utilizado habitualmente, especialmente quanto à taxa de resultados falsos negativos; e em segundo, o novo procedimento deve aumentar a eficiência do teste atualmente utilizado.

Para Goldim e Raymundo (1997), a ética é o principal fundamento para a redução de pesquisas científicas em animais (*reduce*), abrangendo vieses de sustentabilidade ambiental, de natureza científica, econômica, política e legal. A redução do número de animais utilizados aliada à maior qualidade do tratamento estatístico dado para pequenas amostras pode representar uma importante conquista.

O refinamento das técnicas utilizadas (*refine*) visam minimizar a dor e o sofrimento acarretados em experimentos em animais, incluindo cuidados de analgesia e assepsia nos períodos pré, trans e pós-operatório. As questões metodológicas e estatísticas que permitem analisar dados obtidos em amostras progressivamente menores também são consideradas refinamento de técnica. (GOLDIM e RAYMUNDO, 1997)

Entre os procedimentos comuns já usados em pesquisas laboratoriais para a indústria, que causam sofrimento aos animais, podem ser citados: o Teste de Irritação Ocular (Draize Eye Test) e o DL50 (Dose Letal 50). Peter Singer (2016) explica que o teste de irritação ocular busca analisar alterações oculares provocadas por produtos químicos. Em geral, é feito com a utilização de coelhos, pois além de serem dóceis, eles têm custo baixo. Nesse procedimento, os coelhos ficam presos em caixas para imobilização do pescoço e é realizada a aplicação do produto nos olhos, sem o uso de substâncias para amenizar a dor. Esse teste pode perdurar por alguns dias e provocar sérias lesões nos olhos dos animais, levando até à cegueira. O que causa maior estranheza é o fato de que os olhos do coelho não possuem estrutura e fisiologia semelhante aos olhos humanos, possibilitando uma grande margem de erro. Atualmente, os testes de irritabilidade são realizados em ovos embrionados, o que constitui grande evolução quanto ao método de pesquisa. Já o DL50 (Dose Letal 50) visa a medição de toxicidade de substâncias no organismo e obriga os

animais a ingerir uma determinada quantidade do produto estudado através de uma sonda gástrica, a perfuração pode causar convulsões, sequelas permanentes e até a morte do animal por perfuração. O nome DL50 se deve ao fato de que o produto é administrado até que cinquenta por cento da amostra experimental morra, caracterizando a dose letal para 50% do grupo. Dependendo do tipo de animal, tamanho, peso, etc, os resultados são diferentes.

Para Goldim e Raymundo (1997), a avaliação da necessidade da utilização de animais em experimentos científicos passa por dois momentos, a saber: *a priori*, o pesquisador deve analisar se este é o único meio de estudar a situação proposta, demonstrando não haver outro método alternativo disponível, e posteriormente, deve haver a caracterização da necessidade, ou seja, deve demonstrado que a pesquisa é indispensável, imperativa ou requerida.

Os autores Goldim e Raymundo (1997) explicam que a pesquisa é indispensável quando é essencial para a realização de algo, a exemplo de quando contribua para o conhecimento ou para o ensino. A pesquisa é tida como imperativa quando está vinculada a uma prioridade maior, como as que objetivam minorar o sofrimento de pessoas com doenças graves. Já a pesquisa é considerada requerida quando é demandada por uma decisão judicial, como os testes de novas drogas e de toxicidade de determinadas substâncias.

Conforme Goldim e Raymundo (1997), a pesquisa com animais deve ser realizada com base em alguns critérios mínimos, como: definição de objetivos legítimos para a pesquisa em animais; imposição de limites a dor e sofrimento; garantia de tratamento humanitário; avaliação prévia dos projetos por um Comitê independente; fiscalização das instalações e procedimentos; e garantia da responsabilização pública.

O uso prejudicial de animais em aulas expõe os alunos a contrassensos, como matar para salvar, ou desrespeitar para respeitar. Ao mesmo tempo em que a cultura médica científica ensina posturas marcadas pela racionalidade e objetividade, também ensina atitudes de cuidados e respeito para com os animais. Tal circunstância desenvolve profundos conflitos internos em alguns estudantes e pode ser qualificada como um processo traumático, possibilitando alterações de comportamento e sensibilidade (KNIGHT, 2007).

Singer (2004) defende a continuação de experimentos em animais exclusivamente em casos comprovados de urgência e de necessidade, e a abolição de todos os demais experimentos e sua substituição por métodos alternativos.

Knight (2007) afirma que há maneiras não prejudiciais de se utilizar animais no ensino, como aquelas que consideram a sensibilidade, a vida e o bem-estar, de acordo com os interesses do animal, como diretrizes da conduta nos procedimentos realizados com finalidade didática. Acompanhamento de casos clínicos e

cirúrgicos, pesquisas epidemiológicas, pesquisas de campo analisando animais em seu ambiente natural, as técnicas de dissecação e cirurgia em cadáveres provenientes de morte natural são considerados métodos substitutivos ao uso prejudicial de animais em pesquisas.

Conforme aponta Marinho (2004), apenas com uma visão sistêmica do meio ambiente é viável a mudança de comportamento, sendo a educação ambiental imprescindível para uma mudança de paradigmas, proporcionando atitudes pró ambientais, onde o direito de ter, de produzir, de ser, seja exercido não apenas com o foco no indivíduo, mas de forma cooperativa, sem que para isso se elimine qualquer dos indivíduos da relação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização dos animais para fins didáticos ainda é corriqueira nas instituições de ensino superior brasileiras, principalmente nas áreas das Ciências Biológicas e da Saúde.

Via de regra, a sociedade entende que deve haver uma proteção dos animais frente a tratamentos cruéis, existindo, para tanto, várias leis nacionais e internacionais destinadas a prevenir o sofrimento animal e reprimir aqueles que causam tal sofrimento. Contudo, há exceções, *in casu* o uso de animais vivos em práticas de ensino, onde os atos praticados são tidos como de interesse social, ainda que haja sofrimento animal, e nesse sentido, o ordenamento jurídico pátrio ainda é permissivo.

Atualmente existem metodologias alternativas que possibilitam aos docentes e cientistas a atuarem na busca de conhecimento sem abandonar um caráter humanitário nas suas práticas.

A partir dos questionamentos acerca da sciência dos animais, das normas jurídicas vigentes; da possibilidade de se desenvolver pesquisas com base em novas estratégias e metodologias humanitárias, é possível concluir que os animais podem e devem ser utilizados na educação e em pesquisas científicas, mas enquanto pacientes, não como objetos/instrumentos de estudo. Portanto, não está sendo postulado nessa pesquisa que os animais não devam ser usados na busca do conhecimento, mas que participem dessa busca de forma a terem um retorno, como os humanos que participam de testes de tratamentos inovadores, como pacientes.

Os discentes das áreas da saúde e biológicas que precisam aprender técnicas cirúrgicas podem utilizar animais que precisem de tratamento cirúrgico, o que já acontece em muitas instituições de ensino superior. Dessa forma, qualquer estresse que o animal sofra em decorrência de procedimentos, invasivos ou não, são justificados. Em todo caso, o estresse (pré e pós-operatório) causado por esses procedimentos deve ser o mínimo possível, visto que se trata de um paciente.

Portanto, é possível fazer um uso benéfico de animais no ensino e nas pesquisas, quando este uso visa um benefício para o

animal em questão. Inclusive a vivissecção pode e deve ser utilizada, porém apenas quando o animal necessite de intervenção cirúrgica por motivos clínicos, ou seja, como objetivos terapêuticos ou preventivos, com vistas ao seu bem-estar.

A mudança dessa realidade alarmante requer abandono de modelos de pesquisa ultrapassados para a ciência, a partir de questionamentos acerca dos fundamentos científicos e metodológicos dessas abordagens, além do fomento de pesquisas e desenvolvimento de novos métodos de investigação que não utilizem de animais de maneira cruel.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. C. M. **Direito Romano**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. I.

BARBUDO, C. R. **O uso prejudicial de animais em salas de aula como recurso didático**. 2006. Monografia. Curso de Licenciatura em Ciências Biológicas, Universidade de Alfenas, Alfenas, 2006.

BAUMANS, V. **Alternatives to the use of laboratory animals in veterinary education**. In: **World Congress**. 5. Anais. ALTEX 23, p. 68-70, 2006. Disponível em:
<[www.animalconsultants.org/portfolio/publications/Veterinary%](http://www.animalconsultants.org/portfolio/publications/Veterinary%20Congress%202006)

[20ethics%20De%20Boo%20et%20al%202006%20ALTEX.pdf](#)>.

Acesso em: 18 de set. de 2017.

BENTHAM, J. Uma introdução aos princípios da moral e da legislação. In.: _____; MILL, J. S. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação: sistema de lógica dedutiva e indutiva e outros textos**. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Lei nº 11.794, de 8 de outubro de 2008**. Regulamenta o inciso VII do § 1º art. 225 da Constituição Federal, estabelecendo procedimentos para o uso científico de animais; revoga a Lei no 6.638, de 8 de maio de 1979; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/111794.htm> Acesso em 17 set. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do**, 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília-DF, 5 out. 1988.

BRASIL. **Lei Federal nº 9.605 de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm> Acesso em: 17 set. 2017.

BRUXELAS. Declaração Universal dos Direitos dos Animais. UNESCO. 1978. Disponível em: <http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>> Acesso em 17 set. 2017.

DELEUZE, G. **Qu'est-ce que la Philosophie**. Paris: Minuit, 1972.

FERRY, L. **A nova ordem ecológica: a árvore, o animal, o homem**. São Paulo: Ensaio, 1994.

GOLDIM, J. R.; RAYMUNDO, M. M. **Pesquisa em saúde e os direitos dos animais**. 2. ed. Porto Alegre: HCPA, 1997.

HELAL FILHO, W. Empresa aérea proíbe transporte de animais para pesquisas. Jornal O Globo. Em 26/06/2016. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/empresa-aerea-proibe-transporte-de-animais-para-pesquisas-19570443>> Acesso em: 19 set. 2017.

JOY, M. **Por que amamos cachorros, comemos porcos e vestimos vacas**. São Paulo: Cultrix, 2013.

KNIGHT, A. **Humane teaching methods prove efficacious within veterinary and other biomedical education**. In: World Congress on Alternatives & Animal Use in the Life Sciences. 6. 2007, Tokio. Anais. AATEX 14, 2007a, p. 213- 220.

KUHN, T. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Editora Perspectiva, 1987.

MARINHO, A. M. S. **A educação ambiental e o desafio da interdisciplinaridade**. 2004. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Educação. Disponível em:
<http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Educacao_MarinhoAM_1.pdf> Acesso em: 17 set. 2017.

MARTINS, R. F. Direito dos Animais. In: **Revista Panorama da Justiça**. Ano V. Nº 35, 2002.

MOLENTO, C. F. M. **Senciência animal na Conferência**: “From Darwin to Dawkins: The science and implications of animal sentience”, 2005. Disponível em:

<<http://www.labea.ufpr.br/PUBLICACOES/Arquivos/Pginas%20Iniciais%20%20Senciencia.pdf>> Acesso em 18 de set. de 2017.

PRADA, I. L. S. Os animais são seres sencientes. In: **TRÉZ, T. Instrumento Animal: o uso prejudicial de animais no ensino superior**. Bauru – SP: Canal 6, 2008.

PRADO, L. R. **Crimes contra o ambiente**: anotações à lei n. 9.605/98. São Paulo: RT, 1998.

SANTANA, H. J. **Os crimes contra a fauna e a filosofia jurídica ambiental.** In BENJAMIN, Antônio Herman V. (org.). **Anais do 6º Congresso Internacional de Direito Ambiental, junho de 2002: 10 anos da ECO-92 - o Direito e o Desenvolvimento Sustentável.** São Paulo: IMESP, 2002.

SINGER, P. **Libertação Animal.** Porto Alegre/São Paulo: Lugano Editora, 2004.

SINGER, P. **Ética Prática.** São Paulo: Martins Fontes, 1994.

THOMAS, K. **O homem e o mundo natural: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais (1500-1800).** São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

TRÉZ, Thales. **Promovendo a substituição do uso de animais no ensino superior.** Disponível em: <<http://www.instituto1r.org/porque1r>> Acesso em: 18 de set. de 2017.

VERGARA, R. Entre o céu e o inferno. In: **Revista Superinteressante.** Edição nº 192, Setembro, 2003. São Paulo: Abril, 2003.

OS PRINCÍPIOS DA PRECAUÇÃO E DO
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL FRENTE AO
CRESCIMENTO DO CONSUMISMO EXACERBADO

THE PRINCIPLES OF PRECAUTION AND SUSTAINABLE
DEVELOPMENT IN THE FAULT OF EXACERBATED
CONSUMPTION GROWTH

*Grazielle Mendes Martins*¹

*Márcia Pelissari Gomes*²

*Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes*³

RESUMO: O presente trabalho aborda os efeitos deletérios próprios do consumo extremado, no atingimento da natureza, por

¹ Mestranda do PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduanda em Direito Processual Civil e Pós-graduanda em Direito de Família pela Universidade Estácio de Sá, Advogada.

² Mestranda do PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT). Graduada em Direito pela Universidade de Itaúna. Pós-graduanda em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Paraná. Advogada.

³ Doutor em Direito pela PUCMinas. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado em Direito Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG.

razão das necessidades próprias da produção, e do descarte decorrente da lógica de renovação constante. Estes efeitos precisam ser harmonizados com os princípios da precaução e do desenvolvimento sustentável. Constatando-se os efeitos degradantes criados pela lógica consumista, porém, verificando-se que o acesso aos bens e serviços é um valor da sociedade moderna, trabalha-se a ponderação de valores, mediante a pesquisa bibliográfica, concluindo-se pela necessidade de adoção de medidas preventivas, voltadas para as empresas e para o consumidor, cabendo ao poder público criar mecanismos legais e fiscalizatórios no intuito de efetivar a harmonização. Especialmente com medidas que cientifiquem o consumidor dos efeitos gerados por suas escolhas, viabilizando, o chamado “consumo consciente”.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental; Princípio da Precaução; Princípio do Desenvolvimento Sustentável; Ponderação de Princípios; Consumismo Exacerbado.

ABSTRACT: The present study deals with the deleterious effects of extreme consumption, in the attainment of nature, due to the necessities of production, and the discarding due to the logic of constant renewal. These effects need to be harmonized with the principles of precaution and sustainable development. In view of the degrading effects created by the consumerist logic, however, it being verified that access to goods and services is a value of modern society, the values are weighed by means of bibliographical research, concluding for the need to adopt Of preventive measures, aimed at companies and consumers, and it is

the responsibility of the public power to create legal and inspection mechanisms in order to achieve harmonization. Especially with measures that scientificize the consumer of the effects generated by their choices, enabling, the so-called "conscious consumption."

KEYWORDS: Environmental Law; Principle of Precaution; Principle of Sustainable Development; Weighting Principles; Consumerism Exacerbated.

1 INTRODUÇÃO

A globalização das informações trouxe consigo o acesso a um mundo absurdamente vasto de bens e serviços disponíveis ao consumo. No mesmo sentido, a cultura capitalista, umbilicalmente ligada à capilarização das informações, utiliza de meios cada vez mais sofisticados para conectar a ideia de felicidade com a aquisição dos bens e serviços, em especial daqueles recém lançados. Fomentando assim, não só a aquisição como a renovação constante destes bens e serviços.

Assim, uma série de efeitos negativos ao meio ambiente são imediatamente identificados, como a busca desmedida e degradante por matéria prima; os efeitos poluentes da produção; a criação de um lixo cada vez maior e mais difícil de ser descartado seguramente.

Neste prisma, o princípio do desenvolvimento sustentável afirma que deve-se assegurar o bem estar da geração presente no máximo possível, tendo como parâmetro, entretanto, a necessidade de não sacrificar-se o bem estar das gerações futuras.

Nesta equação é fundamental que se acrescente o princípio da precaução, pois este traz a melhor compreensão do que seria o comprometimento do bem-estar futuro. Tal princípio informa que não se deve esperar o dano para se tomar providências preventivas. Havendo a dúvida consistente quanto a probabilidade de que determinada conduta poderá se deletéria, já se tem motivo suficiente para tomada de providências.

Porém, é inegável que uma série de benefícios, confortos e facilidades são promovidas por estes bens e serviços de consumo, sendo indefensáveis teses que buscam a aniquilação desta lógica que tantos recursos oferecem à sociedade. Assim, realiza-se, neste artigo, o aprofundamento teórico bibliográfico dos valores envolvidos de forma a identificar as providências necessárias à harmonização.

2 DIREITO AMBIENTAL

No que tange aos princípios de direito ambiental, há na doutrina, grande discussão quanto à quais seriam estes princípios, no entanto, para fins do presente estudo, serão trabalhados os princípios da precaução e do desenvolvimento social, em

detrimento do consumo exacerbado de bens e serviços colocados à disposição do consumidor.

2.1 Breve Histórico do surgimento do direito ambiental

Pós segunda guerra mundial, surgiu uma escassez generalizada de recursos naturais, trazendo à tona a necessidade crescente de estudo voltado para um desenvolvimento sustentável, com vistas a evitar a degradação ambiental e destruição dos recursos finitos.

No ano de 1972, em Estocolmo, a ONU coordenou a 1ª Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente com o surgimento da Declaração Universal do Meio Ambiente, com normas definidas para os países para tutela do meio ambiente, objetivando preservar os recursos naturais em prol das presentes e futuras gerações, e, previu em seu princípio 1:

Princípio 1

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

Em 1987 a ONU se pronunciou expressamente sobre sustentabilidade, através do relatório “Nosso Futuro Comum”, mais conhecido com relatório Brundtland, tido como o marco inicial para a Rio/92, com ideias sobre o desenvolvimento sustentável hoje utilizado em todo o mundo:

Muitos de nós vivemos além dos recursos ecológicos, por exemplo, em nossos padrões de consumo de energia. No mínimo, o desenvolvimento sustentável não deve pôr em risco os sistemas naturais que sustentam a vida na Terra: a atmosfera, as águas, os solos e os seres vivos. Na sua essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, o direcionamento dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão em harmonia e reforçam o atual e futuro potencial para satisfazer as aspirações e necessidades humanas.

O princípio da precaução foi acrescido aos tratados e declarações na década de 80 e, definitivamente aclamado na Declaração do Rio de 92. A Cúpula da Terra, como ficou conhecida, adotou a Agenda 21, assinado em 14 de junho de 1992, no Rio de Janeiro, por 179 países, resultado da “Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento” – Rio 92, podendo ser definida como um “instrumento de planejamento

214

participativo visando o desenvolvimento sustentável” é um diagrama para a proteção do nosso planeta e seu desenvolvimento sustentável ou ainda pode ser definida como “um instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis, em diferentes bases geográficas, que concilia métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica”⁵⁴.

Assim ficou definido o princípio da precaução:

Princípio 15

Para que o ambiente seja protegido, serão aplicadas pelos Estados, de acordo com as suas capacidades, medidas preventivas. Onde existam ameaças de riscos sérios ou irreversíveis, não será utilizada a falta de certeza científica total como razão para o adiamento de medidas eficazes, em termos de custo, para evitar a degradação ambiental.

Nesse sentido, o direito ambiental ensejou a evolução e criação de princípios próprios, e, de acordo com Antunes (2001, p. 58), os princípios do Direito Ambiental podem ser definidos como o do direito humano fundamental, do desenvolvimento, o democrático, da precaução, da prevenção, do equilíbrio, do limite,

⁵⁴ Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21>>. Acesso em: 17 maio 2017.

da responsabilidade e do poluidor-pagador, apesar de haver grande divergência doutrinária quanto aos princípios.

No Brasil, o primeiro vestígio relacionado ao meio ambiente, surgiu em 1958 com a criação da Fundação Brasileira para a Conservação da Natureza e em 1972 participou negativamente da Convenção de Estocolmo. A partir de 1988, há uma participação mais ativa, devido à influência exercida pelo Relatório Brundtland, e, em 1989 foi criado o IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis).

A Constituição elevou o meio ambiente a direito fundamental e o consagrou por meio do artigo 225, que assim discorre:

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.

A Constituição ressalva o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e impõe tanto ao poder público quanto à coletividade o dever de preservá-lo. Erigido à categoria de direito fundamental, o direito ambiental torna-se mais fácil a preservação de uma vida digna e um ambiente equilibrado.

2.2 Princípios do direito ambiental

2.2.1. Princípio da Precaução

O princípio da precaução foi concretizado na Rio/92, atribuída à descoberta dos problemas da camada de ozônio e do aquecimento global, no qual o princípio 15, discorre:

Princípio 15

Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os Estados devem aplicar amplamente o critério da precaução conforme as suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de uma certeza absoluta não deverá ser utilizada para postergar-se a adoção de medidas eficazes para prevenir a degradação ambiental.

De acordo com a redação dada ao princípio 15 da Declaração do Rio, os Estados devem se adiantar aos danos, na elaboração de medidas protetoras e garantidoras do meio ambiente.

Segundo Rios e Irigaray (2005, p. 97):

[...] os Estados devem aplicar o princípio da precaução de acordo com suas respectivas capacidades, de modo que evite sérios e irreversíveis danos ambientais, mesmo se não

houver ainda uma definitiva evidência científica dos efeitos de certos produtos e substâncias sobre o meio ambiente.

O princípio da precaução se destaca pela função de se antecipar ao risco ou evento danoso ao meio ambiente. Apesar de ser pro vezes confundido ou comparado ao princípio da prevenção, se distingue deste, pois tal princípio se limita a evitar danos ambientais conhecidos ou previsíveis. Desta forma, os autores assim esclarecem:

Esses princípios não se confundem, embora tenham a mesma origem, uma vez que ambos são instrumentos poderosos para evitar e prevenir a ocorrência de danos ao ambiente, e a principal diferença entre eles está na incerteza científica ou no grau de avaliação dos riscos de certas atividades ou substâncias (RIOS; IRIGARAY, 2005, p. 95).

Quanto à eminência do risco ambiental Geraldo Márcio Rocha de Abreu (2008, p. 22) destaca que o princípio da precaução:

É aquele que está a impor e a legitimar a adoção de urgente medida precautória em relação a um dado risco ambiental, nas situações em que se depara com o desconhecimento acerca dos detalhes desse risco, suficiente, portanto, a mínima

probabilidade da sua existência, a ensejar medida dotada de eficácia com vistas à defesa do meio ambiente.

Para Leite e Filho (2004, p.276):

O significado do princípio da precaução se manifesta na necessidade de usar ações cautelares, ações de prudência, que visem a mitigar ou a reduzir, ou a evitar que se efetive uma ação imprudente cujo resultado seja incerto, mas que tenha probabilidade estimativa de ocorrer, caso não sejam tomadas todas as medidas necessárias para coibir prejuízos coletivos graves ou até de sensível redução no equilíbrio ambiental.

O princípio da precaução visa, em sua essência, prever danos eminentes ao meio ambiente, e, não necessariamente danos preexistentes, assim o risco de dano é mais do que fundante para efetivação do princípio da precaução, levando em consideração que a efetivação do dano acarretaria lesões graves e de difícil reparação.

Rios e Irigaray (2005, p. 95) servem como fundamento à alegação acima:

[...] o princípio da precaução reflete a tendência do direito internacional ambiental

de que a melhor proteção ao meio ambiente está na prevenção do que na remediação de danos muitas vezes irreparáveis ou na recuperação do ambiente por meio de medidas paliativas.

Por fim, conclui-se que o princípio da precaução pode ser entendido como um princípio de prevenção de riscos, dada a característica de se antecipar ao dano, tendo em vista que a degradação do meio ambiente por si só, seria gerador de impactos catastróficos.

2.2.2. Princípio do desenvolvimento sustentável

A organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP) paulista CATALISA (Rede de Cooperação pela sustentabilidade), assim define desenvolvimento sustentável:

Define-se por desenvolvimento sustentável um modelo econômico, político, social, cultural e ambiental equilibrado, que satisfaça as necessidades das gerações atuais, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer suas próprias necessidades (CATALISA, 2010).

No mesmo sentido, o relatório “Nosso Futuro Comum”, conhecido como relatório Brundtland, de 1987, afirma:

Em essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, a fim de atender as necessidades e aspirações humanas (ONU, 1991, p. 49).

Freitas (2016, p. 44), assevera que “a sustentabilidade, corretamente assimilada, consiste em assegurar, hoje, o bem-estar material e imaterial, sem inviabilizar o bem-estar, próprio e alheio, no futuro”.

Entende-se dessa forma, que a preocupação descrita no princípio do desenvolvimento sustentável, se pauta na preocupação de satisfazer as necessidades humanas das presentes gerações sem comprometer as necessidades das futuras gerações.

Torna-se inaceitável que o desenvolvimento em todas as suas formas, leve a degradação ambiental, eleve as diferenças socioeconômicas, elimine os recursos naturais, sem preocupação com as gerações futuras, mas, de forma inversa, espera-se a existência de cuidados e investimentos direcionados para uma sociedade sustentável preocupada com as necessidades sociais de todos e para todos, sem distinção, gerando igualdade e justiça dentro dos limites do possível.

Assim, desenvolvimento sustentável é um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e as mudanças institucionais estão todos em harmonia, visando melhorar o potencial atual e futuro, para satisfazer as necessidades e aspirações humanas (BRUNDTLAND, 1987).

O desenvolvimento sustentável é fundamental do ponto de vista tanto econômico com ambiental, pois, no processo de produção de bens com vistas à suprir as necessidades da coletividade é fundamental observar a proteção do meio ambiente. Assim define Milaré (2007, p. 68):

[...] a sustentabilidade pode ser entendida como um conceito ecológico – isto é, como a capacidade que tem um ecossistema de atender às necessidades das populações que nele vivem –ou como um conceito político que limita o crescimento em função da dotação de recursos naturais, da tecnologia aplicada no uso desses recursos e do nível efetivo de bem estar da coletividade.

Observada a lógica ambiental, a sustentabilidade é um requisito fundante para que a diversidade permaneça sem modificação, facilitando o uso dos recursos naturais mediante reposição e/ou substituição destes, com intuito de evitar a degradação, procurando manter um equilíbrio ecológico.

A humanidade precisa se atentar para a estrita relação existente entre os recursos naturais à disposição e a fabricação metódica, necessário para estabelecer um equilíbrio de oferta e demanda limitado ao essencial sem agressão ao meio ambiente.

Neste sentido, faz-se necessário observar o consumo exagerado, os princípios protetores do direito do consumidor e a colisão entre tais princípios e os da precaução e do desenvolvimento sustentável, que, caso sejam conflitantes, deverão ser sopesados, de acordo com a teoria de Alexy, dentro dos parâmetros analisados em tópico próprio.

3 CONSUMISMO EXACERBADO

Com o advento da Revolução Industrial no século XVIII e o conseqüente aumento da produção e via de conseqüência do consumo, as relações comerciais ganharam proporções nunca antes vistas. Com o aprimoramento das técnicas de produção passou-se a ter fundamental importância a criação de mecanismos que viabilizassem o aumento do consumo.

Tal lógica somente cresceu e se aprimorou ao longo dos anos, chegando, nos tempos atuais, de máxima capilarização do acesso a informação, a sofisticados meios de criação de necessidades e de ofertas invadindo o âmbito da mais profunda intimidade.

É neste contexto que se afirma estar-se diante da cultura do consumo exagerado que dá valor ao ter e não ao ser, com mudança no estilo de vida, valores e princípios. O consumo excessivo, acompanhado pelo crédito fácil, eleva consideravelmente o consumo de bens e serviços desnecessários, cada vez mais supérfluos.

Esse consumo exagerado e desmedido ocasiona um desequilíbrio ambiental a níveis catastróficos, pois coopera com a degradação ambiental e o aumento de bens descartados e inutilizados, lançados diariamente no lixo.

Os consumidores são bombardeados com novas propostas de crédito, e bens e serviços são colocados à disposição diariamente, acompanhados por um marketing que os tornam incapazes de resistir a tantos apelos comerciais.

A crítica à sociedade de consumo orbita em torno não só do viés econômico, mas também do ambiental, pois, o excesso de consumo implica na exploração de mais recursos naturais e matérias-primas.

Freitas (2016, p. 33) discorre que:

As grandes questões ambientais do nosso tempo (a saber, o aquecimento global, a poluição letal do ar e das águas, a insegurança alimentar, o esgotamento nítido dos recursos naturais, o desmatamento criminoso e a degradação disseminada do solo, só para citar algumas) devem ser entendidas como questões naturais, sociais e econômicas,

simultaneamente, motivo pelo qual só podem ser equacionadas mediante uma abordagem integrada, objetiva, fortemente empírica e, numa palavra, sistemática.

O planeta e a humanidade podem se extinguir nos próximos milhões de anos, dentro de uma visão otimista, caso não haja adoção de medidas capazes de frear a degradação ambiental, provocada nos últimos séculos.

Os eventos relacionados ao clima e seus efeitos nocivos ao planeta devem se pautar na perspectiva de atender os aspectos social, ambiental, econômico e o traço jurídico-político e ético encontrado para difundir, de forma adequada e abrangente, a sustentabilidade e o bem-estar deve ser preconizado no desenvolvimento sustentável, incluindo todos esses vieses, desde que não sejam divergentes da proteção intergeracional. O equilíbrio da vida depende diretamente da multidimensionalidade do bem-estar.

Freitas (2016, p. 50) entende ainda que “todo e qualquer desenvolvimento que se tornar, em longo prazo, negador da dignidade dos seres vivos em geral, ainda que pague elevados tributos, será tido como insustentável”.

O mesmo autor ainda enfatiza que:

A sustentabilidade, corretamente vivenciada, não traz qualquer prejuízo aos potenciais de expansão futura das consciências. Na realidade, somente o novo paradigma provoca uma transformação relevante e positiva, no modo de cognição da vida como sistema, mediante a construção de agenda predisposta a dar jeito aos complexos desafios ambientais (poluição atmosférica, efeito estufa e mudanças climáticas, desmatamento e desertificação, degradação marinha, alagamento e contaminação radioativa, etc.), mas também aos imensos desafios sistêmicos, relacionados à ética, à política e à economia (FREITAS, 2016, p. 90).

Face ao exposto, torna-se necessário a conscientização da população em geral, para obtenção de um bem-estar duradouro, por meio do ajustamento real e eficiente da sustentabilidade, para preservação da integridade do direito à vida e do bem-estar das gerações presentes e futuras.

A agenda da sustentabilidade deve ser aplicada e programada para combater a insaciabilidade excessiva, de forma a impedir a subestimação empobrecida da natureza e da humanidade, com viés de crescimento imoderado, a qualquer custo.

Torna-se imperioso o uso adequado dos recursos naturais, com o fito de conservação e sem danificar ou prejudicar o meio ambiente ecologicamente correto.

4 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS

Face à explanação tangente aos princípios da precaução e do desenvolvimento sustentável frente ao consumismo exacerbado, cumpre esclarecer, a possibilidade de colisões entre princípios, para tanto, importa destacar a diferenciação trazida por Ronald Dworkin, entre regras e princípios, declarando que as primeiras abrangem a dimensão da validade e os princípios abrangem a dimensão de peso.

Neste sentido, para Dworkin “as regras estariam numa disposição excludente, ou seja, versada pela expressão “tudo ou nada”, em que uma regra prevalecerá sobre a outra, diante da ocorrência de uma colisão” (DWORKIN, 2002, p. 39).

Quanto aos princípios, o autor, assevera que para solução em caso de colisão, “deve-se analisar o argumento que direciona a uma decisão particular, visualizando-os como padrões de orientação da justiça e de equidade, aplicados diferentemente aos casos concretos” (DWORKIN, 2002, p. 36-37).

A resolução da inconsistência existente sobre a definição de princípios, coube a Robert Alexy, ao concluir serem os princípios, verdadeiros mandados de otimização, aperfeiçoando a teoria de Ronald Dworkin.

Ao receber a qualificação de mandados de otimização, os princípios se consagram como referência na análise do caso concreto, assim definidos por Alexy (2015, p. 98):

Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas [...]

Vale destacar a possibilidade de colisão entre o princípio da precaução e do desenvolvimento sustentável face aos princípios de defesa ao consumidor, ou outro direito ou valor protegido pela Constituição, havendo assim, conflito a ser solucionado de acordo com ensinamentos de MORAES (2016, p. 93):

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

Na eventualidade de não se concretizar a coordenação, o princípio em pauta determinará qual deverá prevalecer na situação fática, observada a precedência, conforme expõe Alexy:

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso. (ALEXY, 2015, p. 93)

Sobre a definição de ponderação, Ana Paula de Barcellos (2008, p. 55), conclui:

[...] a ponderação pode ser descrita como uma técnica de decisão própria para *casos difíceis* (do inglês '*hard cases*'), em relação aos quais o raciocínio tradicional da subsunção não é adequado. A estrutura geral da subsunção pode ser descrita da seguinte forma: premissa maior – enunciado normativo – incidindo sobre premissa menor – fatos – e produzindo como consequência a aplicação da norma ao caso concreto. O que ocorre comumente nos casos difíceis, porém, é que convivem, postulando aplicação, diversas premissas maiores igualmente válidas e de mesma hierarquia que, todavia, indicam soluções normativas diversas e muitas vezes contraditórias. A subsunção não tem instrumentos para produzir uma conclusão que seja capaz de considerar todos os elementos normativos pertinentes; sua lógica tentará isolar uma única norma para o caso.

Em síntese, pode-se concluir que, na eventualidade de ocorrer uma colisão entre princípios, deverá ser feita a

ponderação, em observância ao caso concreto, para extrair a prevalência de um sobre o outro, na dimensão do peso.

Neste contexto é necessário perguntar: Qual seria a premissa maior, válida, quando se trata do consumo de bens e serviços? Não há dúvida de que se trata de todo conforto, comodidade, facilidade e acessibilidade que tais bens e serviços proporcionam.

Assim, a grande questão que se põe é: Como harmonizar o conforto e a facilidade proporcionados pelos bens e serviços disponibilizados atualmente, com as obrigações de preservação e manutenção do meio ambiente, em toda sua amplitude trazida pelos princípios da precaução e do meio ambiente sustentável?

A resposta inevitavelmente passará pelos três agentes envolvidos no problema, quais sejam, o ofertante, leia-se, os empresários em todos os níveis na cadeia de produção e venda; o demandante, entendido como o comprador final e o Estado, entendido como agente limitador e fiscalizador de todo o processo.

Restando assentado que toda produção de bens ou fornecimento de serviço acarreta impactos no meio ambiente; estando, também, evidente o poder atual da difusão das informações é fundamental que todo e qualquer produto ou serviço esteja inseparavelmente atrelado à sua consequência ao meio ambiente.

Com isso, toda a cadeia de produção, oferta, demanda e fiscalização fica conectada não só com o aspecto positivo do consumo, mas também, e principalmente, com suas externalidades negativas.

Como se vê, desta forma não se está aniquilando a lógica capitalista de “bombardeio” de ofertas e máximo desenvolvimento de técnicas de venda e de descarte, somente se está harmonizando tal interesse com outros também de igual importância. Está-se fornecendo as informações em sua completude.

Assim, será dado ao comprador a oportunidade de escolher o produto ou serviço, estando ciente de todos os seus benefícios (inegáveis), mas também de suas mazelas (igualmente inegáveis, porém, normalmente, não repassados).

No mesmo sentido, será oportunizado (e até economicamente interessante) ao empresário a opção de atrair o comprador com ofertas que sejam harmonizadas com os princípios da precaução e da sustentabilidade.

Por fim, ao Estado será cobrado a identificação das mazelas que estão atreladas a cada produto e serviço, de forma que consiga obrigar ao empresariado sua divulgação. Será também, seu papel, reduzir gradativamente a existência destes aspectos degradantes em cada um dos produtos ou serviços.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As facilidades e confortos proporcionados pelos bens e serviços se tornam cada vez mais acessíveis em razão do sistema existente em que há um fomento constante pelo descarte e novas compras. Assim, é inegável reconhecer os benefícios que tal lógica traz para a sociedade atual. Porém, já há algum tempo, a degradação do meio ambiente causada por este mesmo sistema tem sido denunciada sem, contudo, surtir efeitos.

Desta forma, realizando-se a harmonização do valor propiciado pela produção de bens e serviços, com o princípio já consolidado no direito ambiental, que é o desenvolvimento sustentável, em sua máxima aplicação, garantida pela conjugação com o princípio da precaução, chega-se ao dever de que todos efeitos negativos oriundos da produção, da oferta e do descarte de qualquer bem ou serviço sejam informados claramente a todo consumidor.

Assim, haverá a irradiação de tais problemas em todas as relações envolvidas na cadeia de produção e fornecimento. Permitindo-se, assim, o consumo consciente, que gerará uma produção consciente e um fornecimento e descarte consciente. Por fim, gerará uma atuação Estatal consciente, desde a legislação até a fiscalização.

REFERÊNCIAS

ABREU, Geraldo Márcio Rocha de. **O princípio da precaução e o controle externo pelo tribunal de contas da união em matéria ambiental.** Monografia apresentada como requisito para a obtenção do grau de Especialista, pelo Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008. Disponível em: <<http://www.rededecontrole.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055762.PDF>>. Acesso em 05 abr. 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2.ed., 03.2011; 4.reimpr., 01.2015. São Paulo: Ed. Malheiros, 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Curso de direito ambiental:** doutrina, legislação e jurisprudência. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Luís Roberto Barroso (Org.). 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União, Brasília, 05 Out. 1988.

CATALISA. **Rede de cooperação para sustentabilidade.** Disponível em: <<http://catalisa.org.br/site/textoteca-mainmenu->

[59/30-o-conceito-de-sustentabilidade-e-desenvolvimento-sustentavel](#)>. Acesso em: 08 abr.2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LEITE, José Rubens Morato; FILHO, Ney de Barros Bello. **Direito ambiental contemporâneo** (org.). Barueri, SP: Manole, 2004.

MILARÉ. Edis. **Direito do ambiente**. 5.ed. reformulada, atualizada e ampliada. São Paulo: RT 2007.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 32. ed. rev. e atual. até a EC nº 91, de 18 de fevereiro de 2016. São Paulo: Atlas, 2016.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Brasil, 1992. Disponível em <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 08 de abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

RIOS, Aurélio Virgílio Veiga; IRIGARAY, Carlos Teodoro Hugueney (Org.). **O direito e o desenvolvimento sustentável:** curso de direito ambiental. São Paulo: Petrópolis, 2005.

**A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO
ESTADO-LEGISLADOR POR VIOLAÇÃO DO DIREITO DA
UNIÃO EUROPEIA**

**THE EXTRA CONTRACTUAL LIABILITY OF THE STATE-
LAWMAKER FOR VIOLATION OF THE EUROPEAN
UNION LAW**

*Karina Cordeiro Teixeira*¹

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

A responsabilidade extracontratual, ou seja, aquela que advém de uma relação que não se constitui por qualquer instrumento obrigacional (contrato), pode ser compreendida como sendo a obrigação de reparar um dano decorrente da violação de um dever jurídico.

Esse corolário é inerente à natureza instintiva do ser humano que, diante de uma ofensa ou prejuízo, se vê na urgência de reparar o mal que lhe fora impingido. Essa reparação, nas

¹ Mestranda da Universidade de Coimbra, Portugal. Especialista em Direito Público Municipal pela FESMP. Graduada em Direito pelo Centro Universitário FIEO. Advogada.

civilizações antigas², por exemplo, tinha natureza punitiva (de vingança) e o ofensor era punido pessoalmente, ou seja, era a sua pessoa quem respondia pelo dano (através de castigos muitas vezes desproporcionais), tendo por fundamento o Código de Hamurabi, o Código de Manu e o antigo ordenamento hebreu - segundo as quais o ofensor deveria sofrer pessoalmente o mesmo sacrifício que havia impingido ao ofendido. Portanto, nessa época, a pena imposta ao agressor não tinha natureza reparatória.

No Direito Romano essa responsabilidade, num primeiro momento, baseava-se ainda na ideia de vingança cujo castigo era aplicado pela coletividade, posteriormente só pela vítima ou sua família e, mais tarde, pelo poder público. Todavia, com a *Lex Aquilia*, além de se estabelecer uma pena proporcional ao valor do dano (o que conferiu propriamente natureza reparatória à sanção, desaparecendo a ideia de vingança), extraiu-se o princípio pelo qual se punia a culpa por danos injustamente provocados a terceiros, independentemente de relação obrigacional preexistente (surgindo, assim, a concepção de responsabilidade extracontratual). Nesse sentido:

Pela *Lex Aquilia*, que revogou a legislação anterior sobre o dano e a reparação, substitui-se o sistema que previa a imposição de penas fixas por uma pena proporcional ao dano causado. Em seu terceiro capítulo -

² ESTEVES, Julio César dos Santos. **Responsabilidade do Estado por ato legislativo**, p. 8, Belo Horizonte, Del Rey: 2003.

considerado pelos doutos o mais importante – tratava-se do *dannum injuria datum*, daí ressaíndo a grande inovação – e certamente o seu maior valor – qual seja a de estabelecer a **noção de culpa como fundamento da reparação do dano**. (grifo nosso).³

Na Idade Média, foram preservados os princípios da responsabilidade civil advindos do Direito Romano, ocorrendo, todavia, a efetiva separação da responsabilidade civil da penal. Ocorre que fora somente com o advento do Código Civil de Napoleão, já no Direito Moderno, é que se consolidou a ideia de responsabilidade civil baseada na culpa nos moldes que vemos hoje e que serviu de inspiração para a elaboração da maioria das legislações ocidentais a respeito do assunto.

Entretanto, as ideias de se atribuir responsabilidade ao Estado e de impor-lhe o dever de reparar um dano decorrente de atuação de seus agentes foram também fruto de gradativa evolução histórica - diretamente relacionada ao seu reconhecimento enquanto ente dotado de personalidade jurídica.⁴

³ Ibidem.,p. 12. Todavia, o autor menciona que existe controvérsia entre a doutrina no que tange ter sido ou não a ideia de culpa introduzida pela *Lex Aquilia*.

⁴ ESTEVES, Julio César dos Santos. *Responsabilidade do Estado...*, *op. cito.*,p. 37. O autor enfatiza a importância do reconhecimento do Estado enquanto ente dotado de personalidade jurídica, para fins de

O Estado Moderno, por exemplo, que nasceu absolutista, não admitia a responsabilidade estatal, pois a sua “figura” se fundia com a do monarca que, enquanto titular exclusivo da soberania e único representante de Deus entre os homens, não poderia ser responsabilizado pelos atos de seu governo. Era um período da irresponsabilidade (*the king can do no wrong; le roi ne peut mal faire; quod principi placuit habet legis vigorem*). Atribuir responsabilidade ao rei era o mesmo que equipará-lo ao *status* de súdito – o que acabava por questionar a sua própria soberania.

Ocorre, no entanto, ainda na fase da irresponsabilidade que, por volta da segunda metade do século XVIII, com o surgimento na Alemanha da “Fiskustheory”, teoria do Fisco – que tinha por objetivo atribuir personalidade jurídica a um setor do Estado, separando-o da figura do rei -passou-se a garantir-se aos súditos a possibilidade de reivindicar direitos em face não do monarca, mas do Fisco, que possuía legitimidade para ser demandado em juízo. Assim, nos dizeres de Vieira de Andrade foi: “*o expediente do “Fisco”, como patrimônio privado do Estado, que compensava os sacrifícios impostos aos*

responsabilização extracontratual, *in verbis*: “*Para o tratamento do tema da responsabilidade do Estado, no qual se evidencia a sua submissão à ordem jurídica, ganha relevo a identificação de sua personalidade.*” (grifo nosso)

*direitos adquiridos dos particulares (direitos privados).*⁵

Todavia, apesar de se admitir a responsabilização do Fisco em juízo, foi apenas no século XIX que se passou a efetivamente atribuir a responsabilidade extracontratual do Estado— tendo por fundamento o princípio do Estado de Direito., que se funda na ideia de submissão estatal à vontade da Lei e, sendo assim, o Estado, enquanto garantidor do Direito, possui, sempre que sua atuação causar prejuízo a interesses juridicamente tutelados, o dever de reparar o dano.

Nessa linha de entendimento, a imputação de responsabilidade extracontratual do Estado também foi fruto de uma constante e gradativa evolução, passando a ter contornos primeiramente civilistas para, posteriormente, graças sobretudo ao trabalho da doutrina e jurisprudência francesas, adquirir características peculiares, com princípios próprios do Direito Administrativo.⁶

⁵ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Lições de Direito Administrativo*, p. 17, Coimbra, Ed. Imprensa da Universidade de Coimbra: 2011, 2ª ed.

⁶ A respeito: “Caso Agnès Blanco”- que foi o precursor responsável pelo reconhecimento de que a responsabilidade extracontratual do Estado deveria ser regulada por normas próprias, específicas. CASO BLANCO: a menina Agnès Blanco, ao atravessar uma rua da cidade de Bordeaux, “foi colhida por uma vagonete da Cia. Nacional de Manufatura do Fumo; seu pai promoveu ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado

Diante disso, no decorrer de todo o período de imputação da responsabilidade extracontratual do Estado, diversas teorias acerca do tema foram desenvolvidas e a matéria não foi contemplada de maneira uniforme entre os diversos ordenamentos jurídicos; há alguns que adotaram precipuamente o regime da responsabilidade subjetiva (cuja imputação implica em analisar a existência de dolo ou culpa – Portugal, por exemplo); outros o regime da responsabilidade objetiva (que independe de dolo ou culpa - Brasil).

Porém, sem pretender exaurir as teorias acerca da responsabilidade estatal, a preocupação do presente trabalho é estudar, sob a ótica do direito português a responsabilização do Estado por ato legislativo que, ao violar o Direito da União Europeia (DUE), venha causar danos a terceiros.

é civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes. Suscitado conflito de atribuições entre a jurisdição comum e o contencioso administrativo, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo tribunal administrativo, porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não pode reger-se pelos princípios do Código Civil, porque se sujeita a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados.” O Conselho de Estado francês reconheceu a responsabilidade e condenou o Estado a pagar ao pai da vítima pensão vitalícia, in: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 718, São Paulo: 2014, ed. Atlas, 27ª ed.

Relevante destacar que, muito embora o ordenamento jurídico de Portugal admita a responsabilidade do Estado por atos de seus agentes, a responsabilização estatal pelo exercício da função legislativa é, sem dúvida, uma inovação no sistema jurídico de qualquer país, pois significa mitigar, mesmo que legitimamente, a soberania do parlamento, da lei – que representa, pois, a expressão última da vontade popular. Outrora, partia-se da ideia de soberania como um poder estatal que não possuía acima de si nenhum outro poder, sendo o poder legislativo, pois, supremo, uma vez que o *“Parlamento emerge jacobinamente como poder maior entre os poderes separados”*⁷

E, mesmo após a concepção de submissão do Estado ao Direito, apenas se pensava em responsabilização extracontratual pelo exercício da função administrativa, pois *“As leis não poderiam dar lugar à responsabilização do Estado, pela simples razão de que elas não eram produto do Estado, mas da sociedade, uma emanção da “volonté générale”*”⁸

No entanto, o constitucionalismo atual, fundado na ideia de supremacia constitucional, passou a exigir a submissão das leis à Constituição, conferindo assim legitimidade aos Tribunais Constitucionais para questionar a validade de qualquer ato

⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função legislativa, p. 286. In: **Revista de Legislação e Jurisprudência**, Coimbra: 2013, ed. Coimbra

⁸ Idem

legislativo contrário às suas disposições. Dessa forma, conseqüentemente, caso uma lei inconstitucional viesse a causar danos a terceiros, seria forçoso admitir a responsabilização extracontratual do Estado-Legislador como uma garantia inerente ao Estado Democrático (Constitucional) de Direito.

Ainda: o legislador passou a ser questionado também no que se refere ao direito internacional, admitindo-se, pois, a responsabilização estatal por violação de regras do direito internacional e do próprio DUE. Nesse sentido, assim se pronuncia Vieira de Andrade⁹;

Mas não é apenas no plano nacional ou estadual que o legislador sofre um desprestígio e a lei um enfraquecimento – os poderes judiciais que controlam a atividade legislativa sentem-se hoje cada vez mais intensamente vinculados a um transconstitucionalismo cosmopolita, europeu e internacional. No seio das convenções celebradas pelos Estados, sobretudo em matéria de direitos fundamentais, erguem-se tribunais supranacionais, que concretizam os preceitos e afirmam a força jurídica desses ordenamentos convencionados, limitando a soberania constitucional e reclamando em regra a sua primazia directa sobre as leis estaduais.

⁹ Ibidem, p. 287

Assim, atualmente, é assente o entendimento de que o Estado possui o dever de reparar um dano, seja no exercício de quaisquer de suas funções, inclusive a legislativa, toda vez que a sua atuação acarretar prejuízo aos indivíduos. O mesmo raciocínio se aplica em relação à violação estatal de normas do DUE, pois é dever dos Estados-Membros zelar pelo seu cumprimento e fiel execução, sob pena de sofrer responsabilização por incumprimento, conforme estabelecem os arts. 258º a 260º, do Tratado para o Funcionamento da União Europeia – TFUE.

Ocorre que, além dessa responsabilização, a UE, através de farta construção jurisprudencial, vem impondo aos seus Estados o dever de indenizar todo aquele que porventura venha a sofrer algum dano em decorrência de ato estatal violador das regras do Direito Europeu. Importante ressaltar que essa espécie de responsabilidade extracontratual é imposta ao Estado pelo exercício também de quaisquer de suas funções: Executiva, Judiciária e Legislativa.

Dessa forma, o objeto de estudo da presente pesquisa é especificamente a responsabilidade extracontratual do Estado-Legislador por violação do DUE, à luz da ordem jurídica portuguesa, além de analisar se a legislação nacional em vigor, precisamente a Lei nº 67/2007, encontra-se em consonância com o entendimento da União Europeia acerca do assunto.

Para tanto, mister analisarmos como O Tribunal de Luxemburgo vem decidindo questões de responsabilidade extracontratual dos Estados-Membros por violação às regras e princípios europeus, a fim de que possamos verificar se os dispositivos da legislação de Portugal efetivamente se encontram ou não compatíveis com o entendimento, sobretudo, da jurisprudência da União Europeia.

2 DISCIPLINA JURÍDICA SOBRE A RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO-LEGISLADOR EM PORTUGAL: BREVES CONSIDERAÇÕES

Segundo a disciplina Constitucional Portuguesa, a previsão de responsabilização extracontratual do Estado está contida no art. 22º, que impõe ao mesmo esse dever pelo exercício de todas as suas funções: Executiva, Legislativa e Judiciária, *in verbis..[o] Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.*

A doutrina, todavia, nunca se mostrou unânime acerca da exequibilidade imediata ou não desse dispositivo. A posição dominante era de que essa norma constitucional tivesse aplicabilidade imediata, cabendo aos Tribunais garantir o direito à

reparação do dano mediante aplicação dos “*princípios gerais em matéria de responsabilidade civil da Administração Pública*”¹⁰

Nesse sentido, quanto à aplicabilidade imediata do preceito:

A Constituição não oferece uma disciplina exaustiva do instituto da responsabilidade do Estado e não pretendeu aniquilar normas constantes da legislação ordinária reguladoras desta responsabilidade, desde que não sejam contrárias às normas e princípios constitucionais. De qualquer modo e, não obstante a sua formulação tendencialmente principal, o art. 22º transporta regras imediatamente aplicáveis...¹¹

Em que pese os citados posicionamentos diferentes quanto à auto aplicabilidade ou não do art. 22º, da CRP, o direito português regulamentou posteriormente a matéria mediante

¹⁰ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. *Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, p. 296. Coimbra: 2011, ed. Coimbra, 2ª ed. O autor, ainda, aponta doutrinadores que entendem nesse sentido: Vital Morerira; Gomes Canotilho; Maria da Glória Garcia e autores que possuem posicionamento contrário, a saber: Margarida Cortez; Vieira de Andrade.

¹¹ CANOTILHO, JJ. Gomes; Moreira, Vital. *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada* – V. 1, p.429, Coimbra: 2007, Coimbra editora, 4ª ed.

edição da Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro (com alterações introduzidas pela Lei nº 31/2008, de 17 de julho) – que passou a atribuir à Justiça Administrativa a competência para dirimir litígios que versem sobre responsabilidade extracontratual do Estado, revogando o anterior Decreto-Lei nº 4851, de 21 de novembro de 1969.

Nesse contexto, o art. 15º, da citada lei dispõe sobre a responsabilização estatal pelo exercício da função legislativa, ou seja, é esse o dispositivo legal que efetivamente concretizou, “*no plano do direito ordinário*”, essa espécie de responsabilidade extracontratual, regulamentando, materialmente, os seus pressupostos.¹² Importante salientar, todavia que, mesmo antes de sua expressa regulamentação, a jurisprudência portuguesa já admitia a responsabilidade do Estado por danos resultantes de atos legislativos ilícitos¹³ - entendendo, assim, que o citado dispositivo constitucional tinha aplicabilidade imediata.

Ocorre que a lei, ao tratar do dever de reparar o dano em decorrência da atuação do Estado-legislador, expressamente faz menção à “função político-legislativa”. Apesar de existirem discussões das mais variadas acerca do que vem a ser função político-legislativa, o presente estudo limitar-se-á em abordar a responsabilidade estatal pela edição de atos legislativos

¹² Idem, p. 297.

¹³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes...**, *op. cit.*, p. 290. VIDE ACÓRDÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: nº 107/92 (DR II, 05 de julho de 1992.

propriamente ditos violadores do Direito Europeu, abstendo-se de aprofundar a questão referente à função política.¹⁴ Mesmo porque, na maioria das vezes, os atos políticos possuem repercussões internas, alcançando apenas as relações do Governo com seus órgãos de soberania. Nesse sentido, assim se pronuncia CADILHA:

E, deste modo, a interferência dos actos políticos no direito interno opera, sobretudo, de forma indireta, por intermédio dos actos legislativos, visto que são estes que definem, em primeira linha, as regras de conduta sociais de acordo com as opções políticas que tenham delineadas pelos órgãos próprios.¹⁵

Ainda: o autor conclui que “*a função legislativa possui, por isso, também, um conteúdo político, e assim se compreende que, por vezes, se faça alusão a um conceito unitário de função político-legislativa, que permite efectuar a interligação entre essas duas componentes*”¹⁶. (grifo nosso).

¹⁴ Sobre a questão, CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. **Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado...**, *op. cit.*, p. 300. O autor trata da função política que poderá ser objeto de responsabilização pelo exercício de função legislativa.

¹⁵ *Ibidem*, p. 301

¹⁶ *Idem*

Dessa forma, apesar de existirem outros entendimentos quanto à abrangência do exercício da função política do Estado, abordaremos tão somente o regime de responsabilidade extracontratual por ato legislativo contrário às normas do direito da União Europeia, sendo imprescindível, pois, uma análise geral de como o legislador tratou da questão, a saber:

2.1. Requisitos da responsabilidade extracontratual do Estado por ato legislativo

O legislador, em seu art. 15º, nº 1, da Lei nº 67/2007, prevê certos requisitos para que essa espécie de responsabilização subsista, a saber:

- Existência de ato legislativo contrário à Constituição, ao direito internacional, ao direito comunitário ou ao ato legislativo de valor reforçado – ATO ILÍCITO (ILICITUDE OBJETIVA)
- Danos anormais que atinjam direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos (ILICITUDE SUBJETIVA)
- Nexó de causalidade entre o ato inconstitucional ou ilegal com o dano anormal.

2.1.1. Ato legislativo

Para fins de responsabilização extracontratual do Estado-Legislador, entende-se por ato legislativo todo aquele emanado pela Assembleia da República, pelo Governo e pelas Regiões autónomas, no exercício de sua função legislativa.

Assim, Segundo o art. 112º, nº 1, da CRP são atos legislativos:

- leis em sentido formal emanadas pelo órgão legislativo estadual- Assembleia da República:art. 161º, alínea c (que trata da sua competência para legislar); 164º (que dispõe sobre as matérias de sua competência exclusiva para legislar) e 165º (que fixa as matérias de sua competência reservada);
- atos normativos expedidos pelo Governo no exercício de função legislativa: Decretos-Lei (art. 198º, nº 1, CRP);
- atos legislativos produzidos pelas regiões autónomas (art. 227º, nº 1, alíneas a; b e c, CRP).

Com efeito, fora esses sujeitos, nenhum outro órgão ou entidade pública, ainda que dotados de poderes normativos, tem competência para expedir atos de caráter legislativo primário capaz de gerar responsabilidade do Estado-Legislador.¹⁷

2.1.2. Atos legislativos materiais e atos legislativos formais

A doutrina apresenta duas espécies de atos jurídicos que se revestem sob a forma de atos legislativos: os formais e os materiais. Segundo essa concepção, é ato legislativo formal todo aquele que se reveste sob a forma de lei ou decreto-lei, independentemente de seu conteúdo.

Dessa forma, existem atos formalmente legislativos cujo conteúdo não possui caráter inovador, eis que tais atos apenas complementam um ato legislativo primário já existente, além de produzirem efeitos concretos, imediatos. Esses a doutrina considera se tratar de ato administrativo e, caso venham causar prejuízo aos particulares, o regime de responsabilidade será aquele referente ao exercício da função administrativa. Isso ocorre porque a CRP, em seu art. 268º, nº4, estabelece que os atos administrativos que lesem direitos ou interesses legalmente

¹⁷ AROSO DE ALMEIDA, Mário, colb. III; MEDEIROS, Rui, org II; PEREIRA DA SILVA, Jorge. **Comentários ao Regime da Responsabilidade Contratual do Estado e demais entidades públicas**, p. 387. Lisboa: 2013, Universidade Católica ed.

protegidos podem ser impugnados, independentemente de sua forma (esse princípio da impugnabilidade dos atos administrativos também está previsto no art. 52, do CPTA).¹⁸ Assim, poderão ser objeto de impugnação cujo pedido é a decretação de sua invalidade e também poderão acarretar ação de responsabilidade extracontratual pelo Estado-Administrador.

Já outros atos, além de possuírem a forma de ato legislativo, inovam na ordem jurídica e, pois, representam uma opção política primária (característica primordial do exercício da função legislativa). Apenas esses últimos, portanto, caso venham atingir interesses de terceiros e sejam inconstitucionais ou ilegais podem dar ensejo à responsabilização do Estado-Legislador.¹⁹

Ainda: para serem considerados atos materialmente legislativos, não se exige que tenham o caráter de generalidade e abstração, características essas próprias desses tipos de atos, mas o que interessa é a efetiva inovação na ordem jurídica, traduzindo uma opção política primária, pois podem existir atos legislativos que, apesar de produzirem efeitos de conteúdo concreto, criam

¹⁸ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. **Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado...**, *op. cit.*, p. 309

¹⁹ AROSO DE ALMEIDA, Mario. A Responsabilidade do legislador no âmbito do artigo 15 ° do novo regime de introduzido pela LEI n° 67/2007, de 31 de dezembro, *in Julgar*, 2008, p. 40. Disponível em: <julgar.pt/wp-content/uploads/.../04-Aroso-Almeida-responsabilidade-legislador.pdf>.

Acesso em 14/03/2017.

“direito novo”, inovador – é o que a doutrina chama de “leis-medida”. Nesse sentido, assim afirma AROSO DE ALMEIDA:

Repare-se, entretanto, que a materialidade do acto legislativo não se confunde com o carácter geral e abstracto das determinações nele contidas. Embora, por regra, a intencionalidade própria da função legislativa se tenda a exprimir na emissão de regras de carácter geral e abstracto, a verdade é que é frequente o fenómeno da aprovação de actos legislativos que, embora exprimam uma opção política primária, inovadora, introduzem uma ou mais determinações de conteúdo concreto, correspondendo, assim, ao que, na doutrina, tem sido qualificado como *leis-medida* (*Massnahmengesetz*).²⁰

Nessa mesma linha de raciocínio, ainda que possuam, portanto, carácter inovador e que represente opções políticas primárias, existem leis que não se revestem das características de generalidade e abstração, mas representam “*medidas político-legislativas concretas, designadamente político-econômicas e sociais (ordenamento do território, energia, ambiente, transportes, saúde, educação e de investigação) e político-*

²⁰ AROSO DE ALMEIDA, Mario. **A Responsabilidade do legislador no âmbito do artigo 15...**, op. cit., p.40

financeiras e fiscais.”²¹ Dessa forma, leis dessa natureza podem dar ensejo à responsabilização extracontratual do Estado-Legislador.²²

Por outro lado, existem atos que se revestem sob a forma de lei, mas que são dirigidos a órgãos de governo, não atingindo a esfera jurídica dos particulares e, portanto, não geram responsabilização extracontratual do Estado-Legislador. Tomemos como exemplo as autorizações da Assembleia dirigidas ao Governo conferindo poderes para esse último legislar (art. 161, alínea ‘d’, c/c art. 163, 3, ambos da CRP).

2.1.3. Requisito da ilicitude (objetiva e subjetiva)

Conforme anteriormente exposto e de acordo com a redação do art. 15º, da Lei nº 67/2007, para que se configure a responsabilização do Estado-Legislador é necessária a expedição de um ato legislativo que afete “*direitos ou interesses legalmente protegidos dos cidadãos.*”²³

Porém, não será qualquer ato legislativo, ainda que cause prejuízo a terceiros, que ensejará a dita responsabilidade, mas somente aquele contrário à Constituição, ao Direito Internacional,

²¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes...**, *op. cit.*, p. 288.

²² *Ibidem*, p. 288

²³ Redação do art. 15º, da Lei nº 67/2007

ao Direito Comunitário ou contrário à lei de caráter reforçado. Assim, a violação ao direito (seja ele interno ou internacional) acarreta o que a doutrina chama de ilicitude objetiva. Isso porque o legislador, desde que respeite esses parâmetros de validade, ao contrário da administração pública que se subordina à lei, possui liberdade/discrecionalidade ao inovar na ordem jurídica.²⁴ Vale dizer que o legislador poderá editar atos legislativos, revogando norma anterior, vindo a prejudicar interesses dos particulares, sem que isso acarrete em ilicitude, justamente em decorrência da sua função primária que integra o “*princípio da liberdade de conformação do legislador democrático*”.²⁵

Ainda, para que seja possível a responsabilização extracontratual do Estado-Legislator, além do requisito da ilicitude objetiva (ato legislativo contrário à Constituição e ao Direito Internacional e Comunitário), é necessária a conjugação de outro pressuposto, qual seja, o de que ato legislativo (ilícito) venha a afetar interesses e direitos legítimos de terceiros – exige-se, pois, o que doutrinariamente se chama de ilicitude subjetiva.²⁶ Vale dizer: o ato contrário ao direito deve também atingir a esfera subjetiva dos particulares, causando-lhes, pois, um prejuízo.

²⁴ AROSO DE ALMEIDA, Mário, colab. III; MEDEIROS, Rui, org I; PEREIRA DA SILVA, Jorge. **Comentários ao Regime da Responsabilidade Contratual...**, *op. cit.*, p. 390.

²⁵ Idem

²⁶ Idem

2.1.3.1. Dimensão subjetiva da ilicitude por momentos de censurabilidade e a responsabilidade objetiva

De acordo com a redação contida no art. 15º, nº 4º, da Lei nº 67/2007, para fins de verificação da extensão e até da existência da responsabilidade, há que se analisar as circunstâncias de cada caso, bem como “*o grau de clareza e precisão da norma violada*”, a extensão da inconstitucionalidade ou ilegalidade, a conduta do legislador no sentido de ter ou não adotado medidas hábeis a evitar a violação. À primeira vista, é de se supor que o citado dispositivo estabelece autonomamente o requisito da culpa.

Entretanto, entendemos se tratar de uma outra dimensão da ilicitude, qual seja, a sua “*qualificação por momentos de censurabilidade*”²⁷, admitindo-se, assim, a responsabilidade objetiva no regime de responsabilização extracontratual do Estado-Legislador.

No entanto, a questão é divergente na doutrina e, para aqueles que admitem a discussão do requisito “culpa”, não se pode atribuir à mesma um conceito civilístico, uma vez que temos que considerar a liberdade política do legislador associada à multiplicidade de ideologias parlamentares no momento de elaboração da norma. Assim:

²⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes...**, *op. cit.*, p. 291.

Tem sido reconhecido, é certo, que o conceito civilístico de culpa se conjuga mal com a liberdade de conformação inerente à função política e com o contraditório inerente ao pluralismo parlamentar, pelo que só se pode falar neste domínio em culpa numa acepção objectivizada e imbricada com o princípio da responsabilidade política. Mas isso explica, precisamente, a previsão do nº 4 do artigo 15º, do novo regime.²⁸

Ainda nesse sentido, sustentando a culpa presumida na ilicitude dos atos jurídicos, AROSO DE ALMEIDA assim se pronuncia:

*quando a responsabilidade dos poderes públicos decorre da prática de um acto jurídico ilícito, é, por regra, de entender que existe uma presunção de culpa, que “resulta do princípio segundo o qual a ilegalidade dos actos jurídicos contém em si culpa suficiente, à luz da referência geral do Estado de Direito, para a imputação ao Estado dos danos que tais actos produzem.”*²⁹

²⁸ AROSO DE ALMEIDA, Mario. *A Responsabilidade do legislador no âmbito do artigo 15...*, op. cit, p. 44.

²⁹ Ibidem, p. 45

Porém, especificamente em relação ao ato legislativo violador do DUE, O TJUE não exige o requisito do dolo ou da culpa, sob argumento de que existiria uma presunção judicial de culpa com base na verificação meramente objetiva da violação às normas da União que, independente do caso concreto, acarretaria “*um juízo ético-jurídico de censura*”, dispensando-se, inclusive, o *onus probandi*.³⁰

Todavia, admite o Tribunal Europeu a análise casuística das circunstâncias em que houve a violação para fins de fixação dos limites ou exclusão da responsabilidade, tais como: o *grau de “clareza e precisão da norma violada”*; a intenção ou não do legislador ao editar o ato legislativo... Expressões essas que serviram, inclusive, de “*inspiração*” para que o legislador português formulasse o nº 4, do art. 15, da Lei.

Nesse sentido, reconhecendo que essa concepção subjetiva da ilicitude assemelha-se ao requisito da culpa, ANDRADE, muito embora defenda se tratar de responsabilidade objetiva preleciona:

Essa colocação subjetiva da ilicitude não é, de resto, em tese e na prática, muito diferente da formulação do requisito da culpa, pois que a

³⁰ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. **Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado....**, *op. cit.*, p. 324. Vide acórdãos Brasserie du Pêcheur/Factortame.

culpa do agente, no âmbito do direito público, salvo em alguns casos de dolo, tende a ser avaliada como culpa objetiva, em razão do interesse público a ser perseguido, segundo padrões médios de exigibilidade da função.³¹

Do exposto, não obstante posicionamentos doutrinários divergentes, em decorrência da constatação da violação objetiva da norma, há que se concluir que a responsabilização extracontratual do Estado por ato legislativo possui natureza objetiva, uma vez que: “*no contexto da função legislativa a averiguação da culpa pode revelar-se problemática, devendo aproximar-se de um conceito de **ilicitude objetiva**.*”³²(grifo nosso), muito embora essa mesma autora reconheça que o Tribunal Europeu, ao verificar a responsabilidade do Estado-Legislador por violação do DUE, admite hipóteses de exclusão ou mitigação da responsabilidade mediante juízo de censurabilidade da conduta do legislador através de análise de circunstâncias do caso concreto, a saber:

³¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes...**, *op. cit.*, p. 292.

³² GOMES, Carla Amado. **O LIVRO DAS ILUSÕES. A responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário**, *apesar da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro*, p. 6. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/366-291.pdf>>. Acesso em: 18/04/2017.

Este posicionamento não significa, a nosso ver, que o TJCE avance para um regime de responsabilização objectiva dos Estados em todas as suas funções. **Mesmo no quadro da função legislativa, pode haver circunstâncias atenuantes da responsabilidade do legislador** — precisamente as que elenca exemplificativamente no §57 citado. Ao prescindir do conceito formal de culpa, o TJCE não abdica do teste da diligência do órgão ao qual é directamente imputável a infracção da obrigação comunitária, não hesitando mesmo em eximi-lo de uma responsabilização aparentemente certa.³³ (grifo nosso)

De acordo com a lei portuguesa e com entendimento do TJUE, é necessária a demonstração de que, diante da circunstância concreta, o agente podia e devia ter agido de forma diversa.

2.1.4. Requisito do dano: anormalidade

A lei nº 67/2007, ao tratar do dano para fins de indenização por parte do Estado-Legislador, exige que o mesmo tenha que ser anormal e o próprio texto legal, em seu art. 2º assim

³³ Idem.

conceitua a anormalidade dos danos como aqueles que “*ultrapassando os custos próprios da vida em sociedade, mereçam, pela sua gravidade, a tutela do direito.*”

Assim, a ideia do dispositivo legal em comento é restringir a abrangência das hipóteses de danos sujeitos à indenização levando em consideração a importância do prejuízo.³⁴

Importante salientar que a anormalidade não se confunde com especialidade, ou seja, não se exige que o dano seja especial, que venha a atingir um conjunto limitado de pessoas, pois o dano advindo do ato legislativo, em tese, haja vista seu caráter genérico e abstrato, atinge um número indeterminado de pessoas. O legislador quis assim “*ao dar cobertura a um direito indemnizatório dos cidadãos fundado na responsabilidade civil do Estado por facto das leis, aceita a inevitabilidade de ressarcir danos generalizados que resultem da aplicação de um acto legislativo (inconstitucional ou ilegal) a um conjunto muito amplo de pessoas.*”³⁵

Todavia, ainda que não se exija a especialidade, o legislador restringiu as hipóteses de indenização, excluindo as de mera culpa (nº 4, art. 15º), além de limitar o valor nos casos em que os danos venham a atingir um grande número de lesados ao

³⁴ Vieira de Andrade fala em “norma-travão destinada a evitar uma generalização das pretensões de indenização...”, in **A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes...**, *op. cit.*, p. 298

³⁵ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. **Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado...**, *op. cit.*, p. 333

dispor que, nessas situações, o montante poderá ser fixado com quantia “*inferior ao que corresponderia à reparação integral dos danos causados.*”³⁶

Conclui-se que a legislação, ao exigir a anormalidade do dano e ao limitar a fixação do montante indenizatório sempre que a extensão dos prejuízos atingir um número considerável de pessoas, concedeu um regime de responsabilização mais brando ao Estado-Legislador.

2.1.5. O requisito do nexo de causalidade

Esse requisito é inerente a todo regime de responsabilização civil (seja por danos causados por particulares, seja por danos causados pelo Estado), não sendo diferente em relação ao Estado-Legislador. Vale, ainda, para esse caso, a teoria da “causalidade adequada”, exigindo-se conforme bem observa Vieira de Andrade:

não só que o fato tenha sido, no caso concreto, condição indispensável do dano – que para a produção do dano não tenham contribuído decisivamente circunstâncias anormais, excepcionais, extraordinárias ou anômalas-, mas ainda que o facto seja apto, em si, para produzir o dano- que o dano seja

³⁶ Art. 15º, nº 6, da Lei nº 67/2007.

*um efeito provável ou uma consequência normal e típica da ação ou omissão legislativa.*³⁷

Nessa seara, para que o Estado venha a indenizar por fato da lei, é necessária a comprovação de que o ato legislativo (inconstitucional ou ilegal) tenha sido o causador dos danos.

Logo, ainda que na execução da lei a administração também tenha concorrido para gerar o dano, incidirá a responsabilidade estatal por ato legislativo (quando não muito em regime de responsabilização solidária com o administrador)³⁸ se a norma ilegal ou inconstitucional causar prejuízos (anormais) aos particulares

3 REGIME DE RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO-LEGISLADOR POR VIOLAÇÃO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA - DUE.

3.1. Disciplina jurídica portuguesa

A lei menciona expressamente a responsabilidade do Estado-Legislador por violação do direito comunitário somente no que diz respeito à edição de atos legislativos, mas é silente no que se refere à omissão legislativa. Quanto à omissão legislativa,

³⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes...**, *op. cit.*, p. 299.

³⁸ *Idem.*

segundo nº 3, do art. 15, da Lei nº 67/2007, incidirá a responsabilidade quando dela resultar inviabilização de direitos tão somente assegurados na Constituição (omissão inconstitucional).

Todavia, conforme veremos a seguir, a jurisprudência da UE considera que incidirá a responsabilidade extracontratual do Estado por violação do direito europeu se o prejuízo decorreu de ação ou de omissão legislativa.

Quanto à exigência contida no nº 2, do art. 15º, da Lei nº 67/2007, qual seja, a necessidade de reenvio obrigatório ao Tribunal Constitucional toda vez que o órgão julgador reconhecer a inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato, não se aplica quando a ofensa for ao direito comunitário, pois o Tribunal Constitucional não possui competência para exercer o controle da legalidade das normas europeias.

Assim, no caso de dúvida do órgão julgador acerca de ser ou não uma norma interna contrária ao DUE, caberá ao mesmo submeter a questão ao TJUE mediante o mecanismo de reenvio prejudicial previsto no art. 267º, do Tratado da União Europeia – TUE.³⁹

³⁹ CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. **Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual...**, *op. cit.*, p. 336. Ainda: GOMES, Carla Amado. *Três textos sobre o Novo Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas*, p. 130, Lisboa; 2008, ed. AAFDL.

Diante dessas breves considerações, passemos, pois, a análise do ato legislativo violador do direito europeu – tema a ser tratado no tópico seguinte.

3.2. Violação do DUE por parte dos Estados-Membros: considerações gerais

A fim de garantir a efetiva integração da União Europeia é necessária aplicação uniforme de suas normas frente aos Estados-Membros. Para tanto, o Direito da União possui primazia sobre os ordenamentos jurídicos nacionais, ou seja, havendo conflito entre uma norma nacional e uma da União Europeia, o aplicador da lei (seja o Estado-administrador ou Estado-Juiz) devem dar prevalência ao Direito Europeu.

Esse corolário se baseia no princípio do primado do DUE cujas premissas iniciais foram delineadas no Acórdão do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia de 15 de Julho de 1964 *Flamínio Costa / Enel*, vindo mais tarde a se confirmar no Acórdão do Tribunal de Justiça da União de 9 de Março de 1978 *Amministrazione Delle Finanze Dello Stato / Simmenthal Spa*.⁴⁰

Para entendermos como um Estado-Membro poderá violar as regras da União, passaremos, pois, a uma breve análise das espécies normativas que compõem o ordenamento jurídica da

⁴⁰ FERNANDES, André Rodrigues. O primado do Direito Comunitário e a sua natureza supraconstitucional, *in*: **Revista Invest**, 5 jan/2015. Disponível em:<www.revistainvest.pt/pt>. Acesso em 24/03/2017

União Europeia.

3.2.1. Fontes do DUE e sua produção de efeitos junto a ordem jurídica nacional: atribuição do efeito direto (vertical) às Diretivas e a jurisprudência da UE.

Importante frisar que o direito da União Europeia tem como fontes dois níveis normativos: o direito originário e o derivado. O direito originário é composto pelos Tratados Comunitários (responsáveis por estabelecer regras gerais de organização da UE, bem como por criar seus órgãos e estrutura de funcionamento). Já o direito derivado é basicamente composto por regulamentos e por diretivas, estando regulado pelo art. 288º, do Tratado para o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

As normas do direito originário e os regulamentos possuem aplicabilidade e obrigatoriedade imediatas; dirigem-se a todos os Estados e às pessoas físicas e jurídicas. Já as diretivas se destinam a traçar normas gerais de uniformização legislativa e se dirigem aos Estados, estabelecendo metas que deverão ser transpostas (regulamentadas) pelo direito interno de cada Estado Membro.⁴¹

Do exposto, a rigor, o direito originário e os regulamentos possuem aplicabilidade imediata e não necessitam

⁴¹ Idem

de intermediação dos Estados-Membros para produzirem seus efeitos internamente, ou seja, suas disposições conferem aos particulares direitos subjetivos capazes de serem exigidos perante os Tribunais Nacionais. Trata-se de aplicar o princípio do efeito direito, conferido automaticamente às normas originárias da UE.⁴²

Todavia, apesar de as diretivas necessitarem de um ato interno de transposição e, portanto, vincularem somente os Estados (obrigação essa de resultado, sendo livre a forma pela qual cada um proceder à transposição), a jurisprudência europeia⁴³ vem conferindo efeito direto às mesmas, pois seria incompatível com o seu caráter vinculativo não reconhecer que suas obrigações possam ser pleiteadas pelos interessados. Assim, o desrespeito pelos Estados ao transpor uma Diretiva ou até mesmo a sua omissão em efetuar o ato interno de transposição não impede que os particulares possam requerer o reconhecimento dos direitos subjetivos dela advindos junto aos tribunais nacionais.⁴⁴

Ocorre que essa invocação somente pode ser pleiteada em face de um Estado-Membro (efeito direto vertical), não sendo admitido pedido de reconhecimento de direitos subjetivos constantes numa diretiva em face de outro particular (efeito

⁴² A respeito do princípio do efeito direto do direito originário: vide acórdão Van Gend en Loos (proc. 26/62)

⁴³ Vide acórdão Van Duyn, proc. 41/74.

⁴⁴ FREIRE, Paula Vaz. Diretiva da União Europeia. *It: Aprender Madeira - direito e política*. Disponível em: <aprendermadeira.net/diretiva-da-uniao-europeia>, 27/04/2015. Acesso em: 27/03/2017.

horizontal). O argumento é o de que as diretivas vinculam somente os Estados e, conseqüentemente, as mesmas não podem “*por si só criar obrigações na esfera jurídica de um particular e que uma disposição de uma diretiva não pode ser, portanto, invocada, enquanto tal, contra tal pessoa.*”⁴⁵

Diante disso, caso um Estado venha a transpor uma diretiva de forma contrária às suas regras ou deixe de realizar o ato interno de transposição, a jurisprudência da UE vem admitindo, em hipóteses excepcionais, a possibilidade de produção de efeitos diretos da Diretiva não transposta, sempre que as suas disposições sejam imperativas e suficientemente claras e precisas e que confirmam direitos aos particulares. Esse entendimento se apoia “*nos argumentos do efeito útil, da repressão dos comportamentos contrários ao Tratado e da proteção jurisdicional. Em contrapartida, um particular não pode invocar contra outro particular (efeito dito horizontal) o efeito direto de uma directiva não transposta.*”⁴⁶

Além disso, a violação do direito comunitário por parte

⁴⁵ Vide acórdãos: ac. Marshall, proc. 152/84; ac. Kolpinghuis, proc. 80/86; ac. Dori, proc. C-91/92; ac. Marshall II, proc. C-271/9; ac. El Corte Inglés, proc; ac. Wells, proc. C-201/02; ac. Pfeiffer, procs. C-397/01 a C-403/01 apud FREIRE, Paula Vaz. *Diretiva da União Europeia...*, op. Cit.

⁴⁶ As fontes e o âmbito de aplicação do direito da União Europeia., *in*: **Fichas técnicas sobre a União Europeia – 2017**. Disponível em: <www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_1.2.1.pdf>. Acesso em 27/03/2017.

dos Estados pode dar ensejo também a uma ação por incumprimento, consoante estabelece os arts. 258º a 260º, do TFUE, além de gerar a responsabilidade extracontratual do Estado se essa violação gerar danos aos particulares – tema esse a ser tratado no item que se segue.

4 REGIME DE RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO-LEGISLADOR POR VIOLAÇÃO DO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA SOB A ÓTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EUROPEU (TJUE).

Conforme dito, é dever de todo Estado-Membro zelar pelo cumprimento e fiel execução das normas do direito europeu, sob pena de sofrer ação por incumprimento junto ao Tribunal Europeu. Trata-se de respeitar o dever de solidariedade ou cooperação leal imposto a todos os Estados-Membros para com a União Europeia.

Somente a título de ilustração, Portugal, quando da vigência do Decreto-Lei 48051/69, foi condenado, por iniciativa da Comissão Europeia, pelo não cumprimento do princípio da solidariedade consubstanciado na Diretiva 89/665/CEE, do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que previa a responsabilidade objetiva decorrente de procedimentos pré-contratuais, uma vez que a citada legislação portuguesa, ao arrepio da Diretiva em questão, exigia, para fins de responsabilização

extracontratual, a comprovação de dolo ou culpa grosseira.⁴⁷

Por outro lado, o reconhecimento do dever de indenizar do Estado por violação das normas da União é fruto de construção jurisprudencial do Tribunal Europeu, não existindo previsão expressa na legislação da União Europeia. O fundamento desse dever consiste no reconhecimento do Tribunal de que a aplicação da teoria do efeito direto e/ou a solução de se interpretar o direito nacional conforme o direito europeu não é hábil, muitas das vezes, a efetivamente concretizar os direitos dos particulares.⁴⁸ Mesmo porque podem existir situações em que a norma europeia

⁴⁷ Referência: Acórdão por incumprimento da Diretiva 89/665/CEE, de 14 de Outubro de 2004. Portugal sofreu ação de incumprimento por não observar as regras da citada diretiva no que tange a conferir responsabilidade objetiva do Estado referente aos procedimentos pré-contratuais. A lei portuguesa atribuía a exigência de comprovação de dolo ou culpa. A República Portuguesa foi condenada ao pagamento de uma sanção pecuniária compulsória diária de 19392 euros, no acórdão do TJUE de 10 de Janeiro de 2008, proferido no âmbito do processo n.º C-70/06; *apud* OLIVEIRA, Heloísa. *Jurisprudência Comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Influência, omissão e desconformidade*. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/645-963.pdf>>. Acesso em 24/03/2017.

⁴⁸ GOMES, Carla Amado. *O LIVRO DAS ILUSÕES. A responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário, apesar da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro*, p. 4. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/366-291.pdf>>. Acesso em: 31/03/2017

necessite efetivamente de um ato de transposição para que o direito possa ser invocado pelo particular. Portanto, existindo uma legislação contrária ao direito comunitário ou inexistindo a norma, caberá o dever de indenizar sempre que da ação (ou omissão) legislativa houver prejuízo ao particular, além de caracterizar “*uma violação objetiva do dever de lealdade comunitária.*”⁴⁹

O fato de o legislador europeu não prever expressamente os requisitos da responsabilização estatal por violação às regras da União tem a ver com o respeito à autonomia reservada aos Estados-Membros para regular seu direito processual.

Todavia, o reconhecimento da responsabilização extracontratual do Estado-Legislator por violação do Direito Europeu é fruto de construção jurisprudencial do TJUE, cujos principais acórdãos serão objeto de análise a seguir:

4.1. Jurisprudência do Tribunal Europeu

O marco precursor da responsabilidade extracontratual do Estado-Legislator se deu a partir do ACÓRDÃO FRANCOVICH⁵⁰, a saber:

- **ACÓRDÃO FRANCOVICH. RESUMO:** submissão,

⁴⁹ Ibidem, p. 5

⁵⁰ ACÓRDÃO FRANCOVICH. Disponível em :<eur-lex.europa.eu > [EUROPA](#) > [EU law and publications](#) > [EUR-Lex](#)>. Acesso em 27/03/2017

pelo Pretório de Vicenza, ao TJCE de questões prejudiciais sobre a interpretação e a validade do artigo 2.º da Directiva 80/987/CEE do Conselho, de 20 de Outubro de 1980, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes à protecção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador . Estas questões foram suscitadas no âmbito de uma acção movida por A. Francovich à República Italiana, com o objectivo de obter uma indemnização do Estado, devido à transposição tardia da directiva. Nesse caso, o TJCE estabeleceu o dever de indenizar no caso de prejuízos causados aos particulares em decorrência da omissão legislativa por não transposição de Directiva. Para tanto, todavia, delineou as seguintes premissas:⁵¹

1. A possibilidade de um particular invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais o efeito direito de uma diretiva em face do Estado (efeito direto vertical) configura apenas uma garantia mínima e, caso existam danos causados a interesses ou direitos dos particulares por atos ou omissões legislativas por violação do Direito da União Europeia (DUE),o Estado tem o dever de reparar o dano, desde que:⁵²

a) *“O resultado estabelecido pela directiva tem que*

⁵¹ OLIVEIRA, Heloísa. *Jurisprudência Comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Influência, omissão e desconformidade*. Disponível em: em:<<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/645-963.pdf>>

⁵² Idem

- implicar em atribuição de direitos aos particulares;*^[L]_[SEP]
- b) *O conteúdo desses direitos tem que ser identificado com base nas disposições da directiva;*^[L]_[SEP]
- c) *Existência de nexo de causalidade entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelos particulares em causa.*^[L]_[SEP]

2. Apesar de ser competência dos Estados –Membros regulamentar a forma processual de garantia do direito à indenização do particular no caso de violação do direito comunitário, “*as condições de fundo e de forma fixadas pelas diferentes legislações nacionais na matéria não podem ser menos favoráveis do que as que dizem respeito às reclamações semelhantes de natureza interna*(**princípio da equivalência**) *e não podem ser organizadas de forma a tornar excessivamente difícil ou praticamente impossível a obtenção da reparação*(**princípio da efetividade**).”⁵³ – nota e grifos nossos.

3. Que o princípio da responsabilidade do Estado por prejuízos causados aos particulares por violações do direito comunitário é inerente ao próprio sistema do Tratado.^[L]_[SEP]

• **ACÓRDÃO BRASSERIE DU PÊCHEUR E FACTORTAME. BRESSERIE DU PÊCHEUR. RESUMO:** “*A Brasserie du Pêcheur, sociedade francesa com sede em*

⁵³ Cópia de parte do ACÓRDÃO FRANCOVICH. Disponível em: <eur-lex.europa.eu > [EUROPA](#) > [EU law and publications](#) > [EUR-Lex](#)>. Acesso em 27/03/2017

Schiltigheim (Alsácia), foi obrigada, em finais de 1981, de acordo com o que afirmou no órgão jurisdicional de reenvio, a interromper as suas exportações de cerveja para a Alemanha, pois as autoridades alemãs competentes consideraram que a cerveja que fabricava não estava em conformidade com a lei da pureza, consagrada nos §§ 9 e 10 da Biers-teuergesetz (lei do imposto sobre a cerveja), de 14 de Março de 1952 (BGBl., p. 149), na versão de 14 de Dezembro de 1976 (BGBl., p. 3341, a seguir «BStG»). A Comissão, considerando que essas disposições violavam o artigo 30.º do Tratado CEE, intentou uma acção por incumprimento contra a República Federal da Alemanha, em que pôs em causa tanto a proibição de comercializar, sob a designação de «Bier» (cerveja), cervejas legalmente fabricadas noutros Estados-Membros de acordo com métodos diferentes como a proibição de importar cervejas com aditivos. O Tribunal de Justiça considerou que a proibição de comercializar cervejas importadas de outros Estados-Membros, não conformes às disposições em causa da legislação alemã, era incompatível com o artigo 30.º do Tratado.»⁵⁴

FACTORTAME. RESUMO. Processo C-48/93. “Em 16 de

⁵⁴ ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA 5 de Março de 1996, no processo apenso C-46/93. BRASSERIE DU PÊCHEUR E FACTORTAME. Disponível em: <eur-lex.europa.eu > [EUROPA](#) > [EU law and publications](#) > [EUR-Lex](#)>. Acesso em 02/04/2017.

Dezembro de 1988, Factortame e o., englobando ao mesmo tempo pessoas singulares e sociedades de direito britânico, bem como os administradores e accionistas destas, intentaram uma acção na High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court (a seguir «Divisional Court»), com o objectivo de impugnar a compatibilidade da parte II do Merchant Shipping Act 1988 (lei de 1988 sobre a Marinha Mercante) com o direito comunitário, em especial com o artigo 52.º do Tratado CEE. Esta lei entrou em vigor em 1 de Dezembro de 1988, sem prejuízo do período de transição que terminou em 31 de Março de 1989. Previa a criação de um novo registo para os navios de pesca britânicos e passava a sujeitar a sua matrícula, incluindo a dos já matriculados num anterior registo, a determinadas condições de nacionalidade, residência e domicílio dos proprietários. Os navios de pesca que não podiam ser matriculados no novo registo ficavam privados do direito de pescar.»⁵⁵ Foi reconhecida a contrariedade da legislação britânica com o direito comunitário.

FUNDAMENTOS UTILIZADOS NO ACÓRDÃO. Apesar de reconhecer o dever de indenizar do Estado-Legislador, além das premissas adotadas no acórdão Francovich, o Tribunal Europeu ponderou algumas questões que deveriam ser analisadas casuisticamente e que poderiam levar à isenção ou mitigação da

⁵⁵ ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA 5 de Março de 1996, no processo apenso C-48/93. **BRASSERIE DU PÊCHEUR E FACTORTAME**. Disponível em: <eur-lex.europa.eu> > [EUROPA](#) > [EU law and publications](#) > [EUR-Lex](#)>. Acesso em 02/04/2017.

responsabilidade, tais como: “o grau de clareza e de precisão da regra violada, o âmbito da margem de apreciação que a regra violada deixa às autoridades nacionais ou comunitárias, o carácter intencional ou involuntário do incumprimento verificado ou do prejuízo causado, o carácter desculpável ou não de um eventual erro de direito, o facto de as atitudes adoptadas por uma instituição comunitária terem podido contribuir para a omissão, a adopção ou a manutenção de medidas ou práticas nacionais contrárias ao direito comunitário.”⁵⁶

Importante salientar que a jurisprudência não exige a demonstração de que o órgão legislativo agira com dolo ou culpa, aceitando-se, assim, uma presunção da culpa por violação objetiva do direito comunitário. Todavia, admite-se a possibilidade de o Estado alegar circunstâncias atenuantes ou excludentes da responsabilidade valendo-se das justificativas acima citadas (cujo rol é meramente exemplificativo) constantes nas argumentações do parágrafo 57 do acórdão em comento. Dessa forma, definiu o TJUE que haveria o dever de indenizar por parte do Estado-Legislador toda vez que a violação ao direito comunitário fosse “**suficientemente caracterizada**”. (grifo nosso)

Portanto, “*Quanto maior for a margem de apreciação*

⁵⁶ parágrafo 57, do acórdão BRASSERIE DU PÊCHEUR E FACTORTAME. Disponível em: <eur-lex.europa.eu > [EUROPA](#) > [EU law and publications](#) > [EUR-Lex](#)>. Acesso em 02/04/2017.

*deixada pelo legislador comunitário ao legislador nacional, menor a probabilidade de a actuação deste ser ilícita e violar direito comunitário.*⁵⁷ (grifo nosso).

Além de estabelecer critérios que analisam a ilicitude segundo uma dimensão qualificada por “*momentos de censurabilidade*”⁵⁸, o Acórdão Brasserie Du Pêcheur /Factortame estabeleceu que a responsabilidade extracontratual do Estado-Legislator independe de existência do reconhecimento prévio, pelo próprio Tribunal, do incumprimento por parte do Estado-Membro, ou seja, é possível ajuizar ação de responsabilidade extracontratual do Estado por violação do direito comunitário sem que seja necessária a declaração prévia dessa violação mediante ação própria.

4.2. A respeito da verificação da extensão e existência da

⁵⁷ OLIVEIRA, Heloísa. *Jurisprudência Comunitária e Regime Jurídico da Responsabilidade Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – Influência, omissão e desconformidade*. Disponível em: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/645-963.pdf>>. Acesso em: 04/04/2017. Vide, ainda: ACÓRDÃO BRINKMANN, aresto no qual o TJCE, reconhecendo embora a omissão de transposição de uma directiva dotada de efeito directo pelo legislador dinamarquês e afirmando a obrigação de aplicação de tais normas pela Administração, acaba por descartar a responsabilidade das autoridades administrativas, aceitando que a interpretação errónea que por elas fora feita se justificava à luz das circunstâncias do caso concreto (§31.)

⁵⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes...**, *op. cit.*, p. 291.

responsabilidade quando da violação ao DUE:

- **ACÓRDÃO DE 26. 3. 1996 — PROCESSO C-392/93 – BRITISH TELECOMMUNICATIONS. RESUMO:** “*decisão a título prejudicial sobre a interpretação do n.º 1 do artigo 8.º da Directiva 90/531/CEE do Conselho, de 17 de Setembro de 1990, relativa aos procedimentos de celebração dos contratos de direito público nos sectores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 297, p. 1)*”⁵⁹. A reclamante alega que o Reino Unido, ao transpor a citada diretiva, violou suas disposições e, portanto, argumenta ter direito a indenização por fato legislativo em decorrência dos prejuízos por ela sofridos. Nesse caso, sem adentrar nos pormenores do caso, o TJUE entendeu que não caberia indenização, uma vez que a redação do art. 8º nº 1, da Diretiva era pouco precisa, admitindo, assim, a interpretação que fora feita “de boa-fé” pelo Reino Unido.

Dessa forma, o Tribunal entendeu que, **apesar de o Reino Unido ter procedido à transposição de forma incompatível com o conteúdo da respectiva Diretiva, não se estava diante de uma “violação suficientemente caracterizada” em virtude de ausência de clareza nas suas disposições.** (grifo nosso)

⁵⁹ Cópia de parte do acórdão. Disponível em: <eur-lex.europa.eu> [EUROPA](#) > [EU law and publications](#) > [EUR-Lex](#)>. Acesso em : 18/04/2017.

• **ACÓRDÃO DILLEKONFER. RESUMO:** Os demandantes eram compradores de viagens organizadas que, em consequência da falência, em 1993 dos dois operadores a quem tinham comprado as respectivas viagens, não partiram ou tiveram de regressar do local de férias à sua custa, sem que tenham conseguido obter o reembolso das somas que haviam pago a esses operadores ou das despesas em que incorreram para regressar. No âmbito das acções de indemnização que intentaram contra a República Federal da Alemanha, argumentaram que, se o artigo 7º da directiva tivesse sido transposto para o direito alemão no prazo estabelecido, ou seja, antes de 31 de Dezembro de 1992, teriam ficado protegidos contra a falência dos operadores a quem tinham comprado as respectivas viagens organizadas.⁶⁰

Nesse caso, o Tribunal entendeu pelo dever de indenizar do Estado Alemão, definindo, assim, o que seria “**uma violação suficientemente caracterizada**”, afirmando que estar-se-ia diante de tal requisito quando o legislador, ao se deparar com as opções normativas para editar o ato de transposição, não possuísse ou possuísse uma margem de apreciação reduzida, bastando, assim, a não transposição ou a transposição contrária ou tardia para dar ensejo à sua responsabilização.

⁶⁰ ACÓRDÃO DILLENKOFER, nos processos apensos C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-1 89/94 e C-190/94. Disponível em:

[<curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid...?text=&docid>](http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid...?text=&docid). Acesso em 5/04/2017.

• **ACÓRDÃO HAIM⁶¹. RESUMO:** Particular pleiteia indenização em face do Estado Alemão (precisamente uma entidade com poderes autônomos) por essa não permitir ao mesmo o exercício de sua profissão com base numa legislação alemã cujas disposições estariam contrárias a uma diretiva que tratava do assunto. Dentre todas as premissas já adotadas no caso FRANCOVICH E BRASSERIE DU PÊCHEUR E FACTORTAME, o Tribunal entendeu que ocorre a responsabilização extracontratual por violação ao direito comum europeu pela omissão (não transposição de uma diretiva) ou pela edição de ato legislativo ou administrativo incompatível com as regras comunitárias, bastando, para tanto, a demonstração dos requisitos já elencados jurisprudencialmente pelo Tribunal, tendo como paradigma os acórdãos ora mencionados. Ainda: reafirmou o Tribunal que a análise desses requisitos, para fins de caracterização da culpa, há que ser analisada casuisticamente. Entendeu, também, que independe de como a legislação interna do Estado estabeleça a forma de se atribuir a responsabilidade pública daquele que possui o dever de indenizar (se é do próprio Estado ou de suas entidades dotadas de personalidade jurídica).

⁶¹ Acórdão de 4 de Julho de 2000, caso C-424/97.

Do exposto, é inegável que a jurisprudência da União Europeia reconhece o dever de indenizar do Estado (seja através de quaisquer de suas funções) toda vez que houver prejuízo a direitos ou interesses dos particulares em decorrência de violação das normas do DUE, não se eximindo essa obrigação o Estado-Legislator, seja pela ação (ato legislativo) ou pela omissão legislativa.

Por fim, diante das análises da legislação portuguesa e do posicionamento jurisprudencial do TJUE passemos, pois, as considerações finais acerca da compatibilidade da Lei nº 67/2007 com o entendimento do Tribunal Europeu – tema esse a ser tratado no tópico seguinte.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A responsabilidade extracontratual do Estado por danos que seus agentes venham a causar aos particulares é uma consequência do princípio do Estado de Direito - segundo o qual o Estado, ao se sujeitar à vontade da lei e na qualidade de garantidor da ordem jurídica, tem o dever de reparar um dano toda vez que a sua atuação violar interesses ou direitos juridicamente tutelados. Trata-se de uma garantia fundamental dos indivíduos.

Nessa seara, não há que se eximir o Estado-Legislator desse regime de responsabilização, uma vez que, apesar de ser a lei a expressão da vontade geral, atualmente a mesma deve se

vincular às normas constitucionais e às normas internacionais, sobretudo àquelas que compõem o arcabouço jurídico da União Europeia.

Assim, garantir a fiel execução das normas do DUE é viabilizar a própria integração da União, além de efetivamente contribuir para a uniformização e eficácia do Direito Europeu entre os Estados-Membros, em nome do princípio da solidariedade ou da cooperação leal.

Nessa seara, a violação do Estado-Legislador ao DUE por si só já configura uma ilicitude objetiva, pois, muito embora inexista relação hierárquica entre o direito nacional e o da União, é inquestionável que esse último possui primazia, prevalência sobre o primeiro.

Dessa forma, se essa violação acarretar danos a direitos juridicamente protegidos dos particulares e se tais direitos estiverem expressos nas normas do Direito da União, caberá ao Estado o dever de reparação.

Diante dessas observações, podemos concluir que o legislador português seguiu à risca as disposições da jurisprudência europeia no que se refere à responsabilização do Estado por ato legislativo nacional contrário ao Direito da União, principalmente em relação aos critérios de análise da ilicitude para fins de comprovação de uma “violação suficientemente caracterizada”. Nesse caso, podemos afirmar que a Lei nº67/2007, em seu art. 4º, foi fiel ao entendimento do TJUE.

Todavia, a legislação portuguesa foi silente no que tange à responsabilização estatal nos casos de omissão legislativa, ou seja, nas hipóteses de inércia pela não transposição de Diretivas.

Importante salientar que, apesar de existir a possibilidade de aplicação vertical direta dos efeitos de uma Diretiva, entendemos que tal fato não impede o Estado de ser responsabilizado, pois a invocação do efeito vertical direto configura apenas uma garantia mínima dos particulares, podendo haver hipóteses em que não seja possível o efetivo exercício do direito, conforme bem observado no Acórdão Francovich.

Assim, analisando a jurisprudência comunitária, a falta de regulamentação expressa da legislação portuguesa referente à responsabilização do Estado-Legislador por omissão configura ofensa visível ao DUE, bem como a não previsão de responsabilização do Estado-Administrador e do Estado-Juiz que por ventura também venham a violar as normas do Direito Europeu, pois essa responsabilidade se estende a todas as funções estatais, uma vez que o Estado como um todo possui o dever de zelar pela correta aplicação e execução das normas da União, em nome do princípio do primado do direito europeu.

Por fim, ainda nos casos de responsabilização do Estado-Legislador, a lei em comento, ao limitar o dever de indenizar somente em relação aos danos anormais e ao prever a possibilidade de mitigação do valor a ser indenizado, também foi de encontro com a jurisprudência europeia, podendo, pois, haver responsabilidade do Estado-Legislador nesses casos, muito

embora o Tribunal Europeu, em algumas hipóteses e em decorrência de princípios de natureza financeira, vem admitindo a mitigação do *quantum* indenizatório (§ 91, do Acórdão Brasserie du Pêcheur).

Logo, diante dessas breves considerações, seria prudente ao aplicador do direito nacional português, sempre que se deparar com contradições, ainda que aparentes, entre a legislação interna e o Direito da União, ou até mesmo quando tiver que interpretar a própria Lei nº 67/2007, realizar, sempre que possível, uma interpretação conforme ao direito e à jurisprudência europeias e, no caso de dúvida, valer-se do reenvio prejudicial, a fim de que o TJUE (que é o competente para tal) resolva a questão, conforme disposto nos arts. 258º a 260º, do TFUE. Essa atitude, sem sombra de dúvidas, eximiria o Estado Português de futura responsabilização.

REFERÊNCIAS

AROSO DE ALMEIDA, Mario. **A Responsabilidade do legislador no âmbito do artigo 15º do novo regime de introduzido pela Lei nº 67/2007, de 31 de dezembro**, in Julgar, 2008. Disponível em: <julgar.pt/wp-content/uploads/.../04-Aroso-Almeida-responsabilidade-legislador.pdf>.

AROSO DE ALMEIDA, Mário Aroso, colb. III; MEDEIROS, Rui, org II; PEREIRA DA SILVA, Jorge. **Comentários ao Regime da Responsabilidade Contratual do Estado e demais entidades públicas**, Lisboa: 2013, Universidade Católica ed.

CADILHA, Carlos Alberto Fernandes. **Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais entidades públicas**, Coimbra: 2011, ed. Coimbra, 2ª ed.

CANOTILHO, JJ. Gomes; Moreira, Vital. **CRP Constituição da República Portuguesa Anotada – V. 1**, Coimbra: 2007, Coimbra editora, 4ª ed.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, São Paulo: 2014, ed. Atlas, 27ª ed

ESTEVES, Julio César dos Santos. **Responsabilidade do Estado por ato legislativo**, Belo Horizonte:2003, ed. Del Rey.

FERNANDES, André Rodrigues. O primado do Direito Comunitário e a sua natureza supraconstitucional, *In: Revista Invest*, 5 jan/2015. Disponível em: <www.revistainvest.pt/pt>.

FREIRE, Paula Vaz. **Diretiva da União Europeia**. *In: Aprender Madeira - direito e política*. Disponível em: <aprendermadeira.net/diretiva-da-uniao-europeia>, 27/04/2015.

GOMES, Carla Amado. *O LIVRO DAS ILUSÕES. A responsabilidade do Estado por violação do Direito Comunitário, apesar da Lei 67/2007, de 31 de Dezembro*.

Disponível em: <<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/366-291.pdf>>. Acesso em: 18/04/2017.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Lições de Direito Administrativo**, Coimbra, Ed. Imprensa da Universidade de Coimbra: 2011, 2ª ed.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. A responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do exercício da função legislativa. *In: Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra: 2013, ed. Coimbra.

A FACE CONSERVADORA DO LIBERALISMO NORTE-AMERICANO. UM ESTUDO SOBRE A GÊNESE DA CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS

THE CONSERVATIVE FACE OF THE NORTH AMERICAN LIBERALISM. A STUDY ABOUTH THE U.S. CONSTITUTION GENESIS

*Marcus Firmino Santiago*¹

RESUMO: O pensamento conservador tem-se feito presente de maneira ampla nas principais instâncias decisórias norte americanas, especialmente sua Suprema Corte. Uma característica desta linha ideológica é a defesa de uma interpretação constitucional capaz de permitir a máxima expressão das vontades e valores vigentes na época em que seu texto foi elaborado. Há que se questionar, contudo, quais seriam as ideias dominantes entre os chamados pais fundadores dos Estados Unidos. É possível identificar com clareza uma vontade social hegemônica? Até que ponto existiria uma linha ideológica coesa que possa ser resgatada nos tempos atuais? O presente estudo se propõe a recuperar os fundamentos conceituais presentes no período de formação do Estado norte americano e os debates travados naquele momento a fim de demonstrar que não existia uma vontade única, tampouco

¹ Doutor em Direito pela UGF/RJ. Professor do PPGD - Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal – UDF. Advogado.

um conjunto tão claro de convicções a orientar o pensamento constitucional de 1787.

PALAVRAS-CHAVE: Liberalismo político; Conservadorismo; Teoria constitucional norte-americana.

ABSTRACT: The conservative thinking has been widely present in the main decision-making bodies of the U.S., especially his Supreme Court. A feature of this ideological line is the defense of a constitutional interpretation capable of allowing the maximum expression of wills and values present in time when his text was elaborated. It is relevant to ask, however, what would be the dominant ideas among the so-called founding fathers of the United States. It is possible to clearly identify a hegemonic social wish? Is there a cohesive ideological line that can be rescued in present times? This study sets out to retrieve the conceptual foundations present in the period of formation of the North American State and the discussions at that time in order to demonstrate that there was not a unique desire, nor a clear set of beliefs to guide the 1787 constitutional thought.

KEYWORDS: Political liberalism; Conservatism; North American constitutional theory.

1 INTRODUÇÃO

O ano de 2016 foi marcado por dois importantes eventos no cenário jurídico e institucional norte americano, o falecimento de Antonin Scalia, membro da Suprema Corte norte americana desde 1986 por indicação do Presidente Ronald Reagan, e a eleição do candidato republicano à Presidência Donald Trump. Em comum a estas duas figuras está a forte veia conservadora presente em seus discursos e ações, lembrando ao mundo como a sociedade norte americana pode ser refratária a avanços sociais e à incorporação de novos valores.

O *Justice* Scalia é reputado como um dos grandes responsáveis pelo redirecionamento da Suprema Corte rumo a uma postura claramente conservadora, a qual não se limitou a este órgão, mas acabou se espalhando por boa parte do pensamento jurídico e político daquele país. Sua morte colocou em dúvida a continuidade do frágil equilíbrio que assegurava a maioria conservadora na Corte e permitia a esta se colocar como contraponto a governos de tendência mais progressista, como a presidência de Barack Obama.

Aliás, as alas mais conservadoras da comunidade política norte americana cuidaram de imediatamente expressar seu temor diante da escolha posta nas mãos de Obama quanto a quem seria indicado como o seu sucessor, ciosos de a vaga aberta vir a ser preenchida por alguém com orientação muito divergente. Logo após sua posse, o Presidente Trump cuidou de afastar este *risco*, indicando para a vaga o juiz Neil Gorsuch, de perfil incrivelmente parecido com seu predecessor.

Scalia foi ardoroso defensor do resgate de valores tradicionais, em uma postura identificada com a corrente hermenêutica do *originalismo*. Segundo o próprio *Justice*, o originalismo defende que a Constituição seja interpretada por meio da identificação do sentido original e verdadeiro do seu texto; deve-se encontrar ou descobrir qual seria a vontade fundante que levou o constituinte a elaborar certa regra constitucional.² Semelhante postura tende a rejeitar mudanças mais profundas, vistas como radicais e perigosas, na forma como a Constituição pode ser compreendida e aplicada. A segurança jurídica e institucional, a previsibilidade das decisões e a estabilidade do sistema jurídico e político dependem, portanto, do respeito ao desenho constitucional traçado pelos *pais fundadores*.

Este debate se esteia em um aspecto muito rico e bastante peculiar ao pensamento jurídico dos Estados Unidos: o vínculo das gerações atuais às vontades dos *founding fathers*, os constituintes originários, o que constantemente suscita uma série de questionamentos. Até que ponto os valores defendidos por aquela geração são capazes de vincular as atuais? Quais seriam as intenções daquele grupo? O que esperavam eles no momento da formação dos Estados Unidos? Os vivos devem se submeter às

² SCALIA, Antonin. Originalism: the Lesser Evil. **University of Cincinnati Law Review**. Vol. 57 1989. p. 849 e 862-864. Available at: <<http://scholarship.law.uc.edu/uclr>>

escolhas dos mortos? Estas são algumas perguntas que se colocam sempre que o tema é posto à mesa e se situam no centro das intermináveis discussões entre originalistas e não originalistas, nome dado à corrente oposta e que rejeita uma submissão irrestrita às intenções do passado.

Uma análise mais detida sobre os erros e acertos destas linhas teóricas pode ser encontrada em diferentes estudos, especialmente dos anos 1970 em diante, momento em que, graças às obras de autores como Antonin Scalia e Robert Bork, o pensamento originalista foi reabilitado.³ Um dado, contudo, que não é comumente explorado diz respeito à compreensão acerca do momento de formação do Estado norte americano, quando os valores hoje invocados foram transformados em normas jurídicas e deram forma às instituições do novo país.

A fim de lançar luzes sobre o assunto, mostra-se relevante retomar a trajetória de formação do Estado norte americano, termo que se utiliza para identificar o tipo de organização político institucional desenhado na América do Norte e que serviu de modelo para boa parte do mundo ocidental. Isto porque, toda vez que se levantam vozes em defesa dos valores

³ Estudo mais aprofundado sobre este tema foi feito em SANTIAGO, Marcus Firmino *et. alli.* O Obama Care e o Conservadorismo Constitucional. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano 2, n.º 6, 2016. Disponível em <<http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/rjlb-2016-06>>

que orientaram os *país fundadores*, estas se referem a uma realidade por muitos desconhecida e que precisa ser resgatada.

O objetivo deste estudo é analisar os principais eventos e os aspectos centrais do debate político e jurídico que se situam na origem do Estado norte americano, buscando evidenciar quais seriam os diferentes interesses e valores presentes dentre os grupos que mais intensamente contribuíram para definir as linhas mestras do desenho institucional adotado naquele país.

Para tanto, é observada uma sequência temporal de fatos que se iniciam nas décadas anteriores à Declaração de Independência e se estendem até a conclusão do processo de unificação, tendo por base uma pesquisa bibliográfica pautada em autores norte americanos e europeus que buscaram resgatar estes dados, fornecendo, assim, instrumental para sua análise e crítica.

2 A AMÉRICA DO NORTE EM FINS DO SÉCULO XVIII: OS CONFLITOS COM A INGLATERRA

A organização social, econômica e político administrativa das colônias inglesas na América do Norte em muito diferia do modelo adotado na porção ibérica do continente. Como regra, os colonos ingleses gozavam de razoável autonomia, sendo-lhes reconhecido o direito à auto-organização, o que lhes permitia manter um sistema de governo local e conselhos representativos, além de um conjunto de regras jurídicas próprias.

Como explica Thomas Cooley, “O povo das Colônias tinha previamente exercido um poder como que indefinido de legislar por si, amplamente em algumas Colônias, restritamente em outras.”⁴ David Mayer acrescenta que os principais juristas do Século XVIII, como William Blackstone e Thomas Jefferson, concordavam que o sistema legislativo inglês possuía uma autoridade restrita na América e que apenas atos do Parlamento que mencionassem expressamente as colônias teriam efeito sobre estas.⁵

Em termos de organização social, nas colônias do centro-norte havia uma estrutura bastante homogênea, sem clara distinção de classes, ao contrário do sul onde, embora não houvesse nobreza, prevalecia um modelo mais hierarquizado, especialmente por conta da presença intensiva de escravos. De toda forma, em que pesem as distinções entre norte e sul, ao longo do Século XVIII começou a se desenvolver um crescente comércio dentre as colônias, o que permitiu um intenso intercâmbio social e forneceu o primeiro elemento de conexão entre os diferentes colonos que habitavam aquela vasta região.

⁴ COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Trad. Ricardo R. Gama. Campinas: Russell, 2002, p. 17.

⁵ MAYER, David N. The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism. **Washington University Law Review**. Vol. 70, Issue 1. January 1992. Available at: http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol70/iss1/5. Access on 15 January 2015.p. 199.

A integração econômica entre as colônias, por outro lado, logo se mostrou uma fonte de animosidades com a metrópole, especialmente porque a circulação de mercadorias vindas do norte rivalizava com os produtos ingleses, afetando diretamente o equilíbrio nas trocas comerciais. Como explica Celso Furtado:

As linhas gerais da política inglesa passaram a ser as seguintes: fomentar nas colônias do norte aquelas indústrias que não competissem com as da Metrópole, permitindo a esta reduzir suas importações de outros países; não permitir que a produção manufatureira das mesmas nos demais setores concorresse com as indústrias da Metrópole em outros mercados coloniais. As medidas coercitivas começam a surgir quando as colônias do norte chegam a concorrer com a Metrópole nas exportações de manufaturas.⁶

Não bastasse este fator de tensão, em meados do Século a Inglaterra se envolveu em mais um conflito com as demais potências europeias, a Guerra dos Sete Anos (1756-1763), que teve por elemento central a disputa por domínios coloniais.

⁶ FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 153.

Fortemente onerada em suas finanças, a Coroa inglesa decidiu sobretaxar as colônias ao argumento de que fizera uma guerra em sua defesa. Diversas leis (o *Sugar Act*, em 1764, e o *Stamp Act*, em 1765, foram as primeiras) foram promulgadas objetivando tributar atividades comerciais desenvolvidas na América. E despertaram a fúria dos colonos. Como se lê na obra de Friedrich Hayek:

Quando, em 1767, este Parlamento inglês, modernizado, já comprometido com o princípio da soberania parlamentar, ilimitada e ilimitável, declarou que um grupo majoritário de representantes seu podia aprovar qualquer lei que julgasse conveniente, a declaração foi recebida com exclamações de horror pelos habitantes das colônias. James Otis e Sam Adams, de Massachusetts; Patrick Henry, de Virgínia, e outros líderes das colônias ao longo da costa gritaram: ‘traição!’ e ‘Magna Carta!’⁷

Thomas Cooley comenta que os impostos não eram particularmente pesados e possivelmente teriam passado despercebidos, não fosse a certeza de que seriam o prenúncio de

⁷ E. Mims Jr. The majority of the people. *apud* HAYEK, Friedrich A. **Os Fundamentos da Liberdade**. São Paulo: Visão, 1983, p. 205.

outros atos abusivos.⁸ Os colonos se sentiram traídos pelo Parlamento. Este atentava contra tudo por que seus antepassados haviam lutado ao suprimir o sentido básico de liberdade tão caro aos britânicos. Neste momento, veio à tona mais uma causa de ressentimento: a vedação aos habitantes da América de eleger seus próprios representantes. *No taxation without representation* logo se apresentou como uma máxima repetida por todos os cantos. Já que não podiam escolher os membros do Parlamento, os colonos entendiam que este não teria poderes para taxá-los de modo diferenciado em relação aos habitantes da metrópole.

Rapidamente começaram a surgir lideranças e iniciou-se um processo de articulação entre as colônias. Já em 1765 realizou-se o Congresso da Lei do Selo, em Nova York, ato inicial da crescente resistência que, em uma década, acabaria desembocando na guerra de independência.⁹

Entre 1765 e 1770, diversas outras medidas inglesas foram objeto de contestação e boicotes. Em 1773, o *Tea Act* (que estabelecia um regime de monopólio para o comércio de chá com as colônias) gerou uma violenta reação (*The Boston Tea Party*),

⁸ COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional...** *Op. cit.*, p. 18.

⁹ A Lei do Selo acabou revogada pelo Parlamento, mas este ato veio acompanhado de uma declaração afirmando a capacidade desta instância de legislar para as colônias sobre todo e qualquer assunto. COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional...** *Op. cit.*, p. 18.

confrontada pela Coroa inglesa tanto militarmente quanto por meio da edição de um conjunto de medidas conhecidas como *Leis Intoleráveis*, em 1774.¹⁰

Cada vez mais o Parlamento e a Coroa mostravam-se como fontes de arbítrio, usurpadores de direitos e liberdades dos habitantes da América que, por seu turno, viam a si mesmos como cidadãos britânicos que não mereciam ser discriminados e oprimidos.

A sequência de encontros nos quais foram orquestradas as medidas de reação contra a metrópole ofereceu a oportunidade para a afirmação de lideranças políticas entre os colonos e contribuiu para estreitar laços e identificar valores e ideais comuns. Nesta etapa inicial, compreendida entre 1764 e início de 1775, a principal reivindicação era a exigência de tratamento igualitário e o direito à representação parlamentar, como fora obtido pelos escoceses em 1707.¹¹

Horst Dippel reproduz a declaração formulada em 05 de setembro de 1774, ato final do encontro realizado na Pensilvânia, que explicita estas intenções claramente conciliatórias:

Que los súbditos de su Majestad en América son deudores del mismo deber de lealtad y son titulares de los mismos derechos,

¹⁰ VAN CAENEGEM, R. C. **Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009. p. 187-188.

¹¹ VAN CAENEGEM, R. C. **Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. *Op. cit.*, p. 204-205.

privilegios e inmunidades que sus compatriotas de Gran Bretaña.[...] Que una Ley emanada del Parlamento, como la recientemente promulgada, dirigida a imponer un cerco sobre el puerto de Boston *es incompatible con nuestra concepción de la Constitución inglesa* [...] Que *afirmamos* que el Parlamento de Gran Bretaña ni tiene, ni ha tenido nunca, ningún derecho a gravar con tributos a los súbditos de Su Majestad en América, por cuanto la Constitución no tolera, de ningún modo, que se impongan impuestos sin representación; conceptos estos absolutamente inseparables, hasta el punto de que cualquier petición de contribuir económicamente con los poderes públicos debe ser canalizada a través de los representantes del Pueblo. (*The Pennsylvania Packet*)¹²

Gradualmente foi ficando claro para as lideranças do movimento de resistência que o princípio de *soberania parlamentar*, vigente na Inglaterra desde fins do Século XVII, tinha se tornado indefensável. Os colonos haviam trazido consigo

¹² DIPPEL, Horst. El Concepto de Constitución en los Orígenes del Constitucionalismo Norteamericano (1774-1776). *In Fundamentos. Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 6. 2010, p. 206-207.

para a América a certeza de que nenhum poder deveria ser arbitrário, posto que sempre limitado por uma lei superior, que lhe antecede e legitima. Quando perceberam como o Parlamento houvera deturpado estas ideias, premissas básicas do liberalismo político consagrado pela Revolução Inglesa, tomaram para si a iniciativa de desenvolverem seu próprio modelo ideal de Estado.¹³

Os Congressos Continentais da Filadélfia (o primeiro realizado em 1775 e o segundo em 1776) orquestraram uma resposta dos colonos à crescente violência inglesa, colocando em marcha uma reação militarizada e de caráter separatista. Não havia mais espaço para negociar e já estava claro que a Inglaterra jamais lhes concederia o mesmo status social, jurídico e político ostentado pelos habitantes da metrópole.¹⁴

O ato final deste processo se deu a 04 de julho de 1776, com a Declaração de Independência e o subsequente início da Revolução Americana.¹⁵ A independência das agora ex-colônias

¹³ HAYEK, Friedrich A. **Os Fundamentos da Liberdade**. *Op. cit.*, p. 206-207.

¹⁴ COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional...** *Op. cit.*, p. 17.

¹⁵ A guerra de independência se arrastou por 7 anos e envolveu a França e a Espanha, que enviaram tropas para lutar ao lado dos revolucionários. No caso da Espanha, perdas territoriais sofridas com a Guerra dos 7 Anos impulsionaram o país a tomar parte na independência norte-americana: “En el contexto de las consecuencias de la guerra de los Siete Años debe entenderse la intervención de España en la guerra de Independencia de los Estados Unidos (1775-1783) y los resultados contradictorios del Tratado de Versalles de 1783, ya que si por una parte España recuperaba las floridas y

foi finalmente reconhecida pela Inglaterra em 1783, por meio do Tratado de Versailles, cuja assinatura foi intermediada pela França.

3 SURGE UM NOVO MODELO DE ESTADO

Sob a liderança do Congresso Continental, nome dado ao órgão de representação cuja primeira incumbência foi conduzir a guerra de independência, cada uma das 13 ex-colônias ingressou imediatamente em um processo de auto-organização, constituindo-se como Estados soberanos. Neste momento, já eram evidentes alguns dos valores que orientavam as lideranças políticas que se puseram a desenhar um novo modelo de organização estatal.

Embora, em princípio, das colônias tenham nascido 13 países soberanos e independentes entre si, já em 1776 fica claro existir um conjunto de princípios que é por todos incorporado e compartilhado.

Da obra de John Locke (1632-1704) vêm os fundamentos do liberalismo político, o reconhecimento da liberdade como um

Menorca, por otra reconocía la independencia de Estados Unidos, un peligroso competidor en las fronteras septentrionales de las Indias y un peligroso ejemplo para los independentistas hispanos.” RÍO, Rosario de la Torre del. **El Congreso de Viena (1814-1815)**. Madrid: Catarata y Universidad Complutense de Madrid, 2015, p. 18.

valor inerente à natureza humana e um direito que precisa ser reconhecido e protegido contra a tendência dos governantes ao arbítrio. Também neste autor se assenta a afirmação da capacidade dos homens de definirem juridicamente seus direitos básicos e, com isso, assegurar a proteção às suas liberdades essenciais e à sua propriedade, assentando, assim, o princípio do *rule of law*.¹⁶

Da França também afluíram influências decisivas, plasmadas nas obras de Rousseau e Montesquieu, o que foi facilitado pelo diálogo constante mantido por diversas lideranças revolucionárias com pensadores que refletiam os ideais do iluminismo francês. Naturalmente, no processo de discussão sobre um novo modelo de estado para os americanos, era forte a rejeição ao autoritarismo monárquico francês, o que realçava o interesse por autores que o questionavam, tais como os dois aludidos contratualistas.¹⁷

¹⁶ LOCKE, John. O Segundo Tratado sobre o Governo. In: **Dois Tratados sobre o Governo**. Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 391-394. Na perspectiva de Locke, ao Estado cumpre tão somente mediar e resolver os conflitos sociais, participando minimamente da vida privada (uma espécie de Estado *mínimo*). Esta prerrogativa concedida ao ente político, por seu turno, é restrita e condicionada ao dever de respeito às liberdades individuais que os homens guardam consigo e funcionam como limites ao poder dos governantes. Isto porque, no momento em que o contrato social é firmado, há uma renúncia apenas parcial à liberdade, na estrita medida necessária para tornar possível a vida em comum.

¹⁷ Como afirma Pietro Costa a respeito deste intenso intercâmbio cultural: “As trocas e os cruzamentos são intensos: as ex-colônias haviam se nutrido

Em Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) foi buscada a noção de soberania popular, afirmando-se nesta o fundamento estruturante para o poder estatal. Este autor defende o direito de participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões, contribuindo, todos, para a formação da *vontade geral*, uma vontade que ultrapassa os sentimentos egoísticos privados e se identifica como um interesse comum ao agrupamento humano. Uma vez firmado o pacto, a sociedade permaneceria ativa, tomando parte nas decisões coletivas e influenciando decisivamente na formação das leis. Esta ideia se conecta com outro conceito chave – e talvez o mais lembrado – de sua teoria: a noção de *soberania popular*. Com Rousseau finalmente o *locus* da soberania se desloca do monarca para o povo. O povo estava, desde o início, na base da formação do novo Estado.¹⁸

Já de Montesquieu (1689-1755) vieram a divisão de poderes e a defesa quanto à positivação das normas jurídicas estruturantes, ambas reconhecidas como mecanismos essenciais

da cultura florescida entre os séculos XVII e XVIII na Inglaterra, e justamente a Inglaterra saída da revolução de 1689 parecia a tantos observadores franceses um modelo interessante. Os americanos, por sua vez, mostram-se sensíveis ao fascínio das *Lumières* e, às portas da revolução e ao longo de seu desenvolvimento, têm um conhecimento de primeira mão da situação francesa.” COSTA, Pietro. **Poucos, Muitos, Todos**. *Op. cit.*, p. 121.

¹⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 39-43.

para limitação e controle do poder estatal. Aperfeiçoamento das ideias de Locke (que já afirmava algo semelhante, porém limitando-se a distribuir funções entre Parlamento e monarquia), sua teoria vinha ao encontro da necessidade que enxergava de aperfeiçoar o sistema inglês, que em meados do Século XVIII caminhava em rumos tortuosos.¹⁹

Mais importante, contudo que a organização dos poderes estatais é a crítica que faz à onipotência do Parlamento inglês, presente desde as primeiras décadas do Século XVIII, e que colocou em risco a supremacia do *Common Law*, na medida em que aquele passou a funcionar segundo uma lógica de autolimitação.²⁰ Como resposta formula a noção de que somente com regras claras, rígidas e concebidas em conformidade com os interesses sociais é possível utilizar o Direito como instrumento efetivo para limitação do poder estatal. Defende, então, que as decisões estatais devem se submeter a leis previamente elaboradas, garantia única de proteção aos direitos e liberdades individuais.²¹

Outro pensador inglês de influência decisiva foi Thomas Paine (1737-1809), revolucionário desde a primeira hora que, com sua obra *Common Sense*, publicada na América em janeiro de

¹⁹ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007. p. 166.

²⁰ MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. *in* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: UnB, 1998, p. 252.

²¹ MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. *Op. cit.*, p. 168-169.

1776, forneceu as bases para a redação da Declaração de Independência, pela pena de Thomas Jefferson.²²

Paine defendia a adoção de sistemas de governo republicanos, sustentando a incompatibilidade existente entre o respeito à liberdade e a manutenção de regimes monárquicos, fossem absolutistas ou constitucionais. Reconhecia, ainda, o governo representativo como a melhor alternativa à democracia clássica, permitindo harmonizar os diferentes interesses vigentes em Estados grandes e sociedades complexas.²³

Mais interessante e inovador em sua obra, contudo, era sua defesa quanto à necessidade de respeito aos pactos que, ao longo do tempo, haviam sido firmados entre os colonos, os quais funcionariam como o verdadeiro *contrato social* dos americanos e que não se confundia com aquele vigente na Inglaterra.²⁴ Em sua

²² PAINE, Thomas. Senso Comum. *in* WEFFORT, Francisco (org.). **Os Pensadores**. Vol. XXIX. São Paulo: Abril, 1973. Sobre o autor, sua vida e obra, veja-se AMARAL, Diogo Freitas do. **História do Pensamento Político Ocidental**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 258-261.

²³ COSTA, Pietro. **Poucos, Muitos, Todos**. Lições de história da democracia. Trad. Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: UFPR, 2012. p. 92-93.

²⁴ Por exemplo, o *Mayflower Compact*, elaborado em 1620, no dia em que os primeiros colonos desembarcaram no novo mundo, fugidos da perseguição religiosa na Inglaterra, ou as cartas por meio das quais a coroa inglesa concedia liberdades administrativas e definia princípios de auto organização para as colônias. JELLINEK, Georg. **Teoría General del Estado**. Trad. Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1970, p. 385 e p. 389.

perspectiva, os colonos não deveriam lutar para serem reconhecidos como cidadãos britânicos, mas para serem livres para viver de acordo com seus costumes e modelo de organização político social. A luta em defesa de um contrato social americano, que estaria sendo violado pela opressão inglesa seria, portanto, o fundamento de legitimidade do movimento revolucionário.

A presença destes elementos conceituais comuns fez com que todos os novos países, a despeito de suas diferenças, compartilhassem um conjunto de caracteres, o que permite falar, já em 1776, em um modelo de organização estatal típico da América do Norte ou, para simplificar, um *Estado norte americano*.

Neste sentido, a Declaração de Independência se apresenta como o primeiro documento estruturante que congregou os princípios cardeais que seriam incorporados ao Estado norte americano.²⁵ A influência do contratualismo é

²⁵ A DECLARAÇÃO DE INDEPENDÊNCIA DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Quando, no curso dos acontecimentos humanos, se torna necessário a um povo dissolver os laços políticos que o ligavam a outro, e assumir, entre os poderes da Terra, posição igual e separada, a que lhe dão direito as leis da natureza e as do Deus da natureza, o respeito digno para com as opiniões dos homens exige que se declarem as causas que os levam a essa separação. Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, *que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos*

evidente, assim como a certeza quanto à existência de direitos inatos que os homens guardam consigo e se constituem como diretrizes para a ação estatal. Lá também se encontram afirmados o direito de resistência à opressão e a capacidade da sociedade de romper o Estado e refundá-lo sobre novas bases. E, mais importante, já se proclama a soberania popular, princípio vetor para a legitimação do novo Estado que então surgia.

Este *Estado norte americano* se estrutura a partir das seguintes premissas:

a) Liberdade individual

Prega-se o máximo respeito às liberdades e a mínima interferência estatal na vida privada (força da teoria de Locke). A liberdade é o grande valor em jogo e a base a partir da qual se estrutura o Estado norte americano, além de refletir o status de autonomia vigente na maioria dos domínios coloniais. Este é um dos aspectos em que a Revolução Americana revela seu lado

governados, que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade. (...)

Disponível em <<http://constitution.org/usdeclar.htm>> Acesso em 05 jan. 2016. Tradução livre.

conservador, qual seja, de luta pela manutenção de um modo de vida construído anteriormente e ameaçado pelo conflito com a metrópole.

Na América do Norte, perseverou a noção de liberdade e de limite ao poder nascida com a *Glorious Revolution*, a qual não admitia a soberania parlamentar e sustentava a submissão de todas as instâncias ao *Common Law*:

Para os habitantes da colônia, liberdade significava que o governo deveria ter poderes apenas para ações explicitamente previstas por lei, a fim de que ninguém pudesse estar investido de poder arbitrário.²⁶

Nota-se ainda, desde o início, a exaltação de postulados identificados com o *liberalismo econômico*, como a livre iniciativa e a liberdade de escolha profissional (cumpre referir que *A Riqueza das Nações*, de Adam Smith, foi publicada no mesmo ano de 1776), traços característicos do modelo produtivo adotado especialmente nas colônias do centro-norte e que influenciavam diretamente na organização social vigente. Por outro lado, subsistia a necessidade de a defesa intransigente da liberdade conviver com o regime escravagista, dominante no sul.

b) Igualdade

²⁶ HAYEK, Friedrich. **Os Fundamentos da Liberdade**. *Op. cit.*, p. 208-209.

Na concepção norte-americana, este valor pode ser traduzido pelas ideias de *igual liberdade* e *igualdade de oportunidades*. Sua materialização se dá ante a ausência de distinções sociais pautadas em privilégios de sangue, reflexo do fato de as colônias nunca terem conhecido divisões sociais de natureza nobiliárquica.²⁷

O relativo equilíbrio entre as classes sociais (novamente, excluindo desta equação os escravos) era um motivo de orgulho para os norte americanos, que viam nisto uma evolução diante da sociedade nobiliárquica tradicional inglesa. Daí que a Revolução, também quanto a este aspecto, tinha um caráter conservador, na medida em que buscava manter uma ordem de valores já presente dentre os colonos.²⁸

c) Constitucionalismo e supremacia do Direito

Nesta seara, em princípio nota-se uma reprodução do modelo inglês de *rule of law*, afirmando a precedência do Direito sobre o poder político. Contudo, os norte americanos incorporaram a seu sistema algo completamente inovador ao promoverem a positivação do *Common Law* pelas Constituições,

²⁷ VAN CAENEGEM, R. C. **Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. *Op. cit.*, p. 204.

²⁸ COSTA, Pietro. **Poucos, Muitos, Todos**. *Op. cit.*, p. 100

compreendidas como documentos jurídicos fundamentais a partir dos quais o Estado se estrutura.²⁹

Como explica Hayek, a ruptura revolucionária exprimiu a quebra da confiança que os colonos tinham na Constituição inglesa e seu sistema de garantias fundamentais. Quando descobriram que os princípios nos quais haviam acreditado firmemente, tinham pouca força e não podiam ser invocados contra as pretensões do Parlamento, perceberam que eles próprios precisariam construir os fundamentos que conduziriam sua sociedade.³⁰

A preocupação em redigir Constituições escritas deriva, fundamentalmente, do temor quanto à fragilidade da Constituição inglesa, estruturada como um conjunto esparso de regras e princípios escritos e não escritos, somado à tradição colonial de se organizar a partir de documentos escritos. Sobre este segundo aspecto, diz Hayek:

Eles consideravam doutrina básica a existência de uma ‘Constituição permanente’, essencial para o governo de uma nação livre, e acreditavam que Constituição implicava governo limitado. Desde o início de sua história, estavam familiarizados com documentos escritos que definiam e circunscreviam os poderes do governo, como

²⁹ VAN CAENEGEM, R. C. **Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. *Op. cit.*, p. 211

³⁰ HAYEK, Friedrich. **Os Fundamentos da Liberdade**. *Op. cit.*, p. 207

o compromisso assinado no *Mayflower* e os estatutos coloniais.³¹

De fato, ainda em 1776, oito dos treze países cuidaram de elaborar suas Constituições escritas, no que foram aos poucos seguidos pelos demais.³²

d) Regime de governo republicano e separação de poderes

A República se faz presente em todos os novos Estados, exprimindo a rejeição ao modelo monárquico, seja pelo risco à liberdade que ele representaria, seja pelo repúdio a um modelo social pautado em diferenças de classe e privilégios de sangue.³³ A postura refratária à monarquia ilustra a força de pensadores como Thomas Paine e Jean-Jacques Rousseau entre as lideranças da Revolução Americana e sua tendência a identificar nos reis figuras potencialmente autoritárias.

³¹ HAYEK, Friedrich. **Os Fundamentos da Liberdade**. *Op. cit.*, p. 207-208

³² COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional...** *Op. cit.*, p. 22. Cooley explica que: “Todos os Estados, menos dois, redigiram Constituições por escrito. Rhode Island e Connecticut continuaram, por alguns anos, regendo-se pelas cartas de privilégios obtidas da Inglaterra no tempo de Carlos II.” (p. 335)

³³ COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional...** *Op. cit.*, p. 335.

O cuidado em conter o poder dos governantes também levou à adoção, em todos os países de algum sistema de divisão de poderes. Havia uma busca generalizada por negar um modelo onde o Parlamento se apresentava como o opressor, crítica dominante, como visto anteriormente, nos anos que antecederam a explosão revolucionária.³⁴ Ao mesmo tempo, tinha-se certa a necessidade de evitar o risco de incorporar uma figura que se assemelhasse a um rei despótico. Isso era reflexo tanto da rejeição ao absolutismo europeu quanto da memória ainda viva entre os descendentes dos primeiros imigrantes, muitos dos quais fugiram para a América em busca de liberdade, especialmente religiosa, por ocasião da Revolução Inglesa e sua luta contra o despotismo dos reis Stuart.

e) Soberania popular

A Revolução Americana exaltava o papel da sociedade como fonte do poder estatal e detentora de um poder supremo, devendo os atos estatais serem praticados em seu nome, o que denota a forte influência do pensamento de Rousseau. O povo fez a Revolução e lutou para criar um novo modelo de Estado, que agisse em seu nome e defendesse seus valores.

David Mayer explica que os americanos rejeitavam frontalmente a noção de soberania parlamentar vigente na

³⁴ COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional...** *Op. cit.*, p. 51.

Inglaterra graças à influência de Blackstone,³⁵ afirmando a titularidade popular do poder soberano como elemento central ao processo revolucionário: “(...) the foundation of the American republic lay in the principle the Declaration of Independence enunciated, that governments derive their Just powers from ‘theconsentofthegoverned.’”³⁶

Este princípio era derivado do pensamento de Rousseau que, por sua vez, mostrava-se como um desdobramento natural das ideias esposadas pelo *Whigs*, a corrente liberal dominante ao final da Revolução Inglesa e que exerceu influência decisiva sobre a formação do pensamento constitucional norte americano.

Por outro lado, a crítica de Rousseau aos sistemas representativos não encontrou eco. Estes foram vistos, desde um primeiro momento, como condição para viabilizar o exercício da soberania popular, permitindo a um grupo de escolhidos governar

³⁵ Sobre o princípio da soberania parlamentar vigente na Inglaterra do Século XVIII, dizia Blackstone: “Parliament, Blackstone concluded, can, in short, do everything that is not naturally impossible; and therefore some have scrupled to call it's power, by a figure rather too bold, the omnipotence of parliament. True it is, that what they do, no authority on earth can undo.” BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. *apud* MAYER, David N. *The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism*. Op. cit., p. 202.

³⁶ MAYER, David N. **The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism**. Op. cit., p. 204.

de forma transcendente aos interesses privados.³⁷ Horst Dippel transcreve, em seu estudo sobre as origens do constitucionalismo norte americano, uma passagem que ilustra as convicções vigentes quanto ao *locus* da soberania residir no povo e em sua capacidade de o delegar a um corpo de representantes:

Considerando que el origen de todo poder reside en el pueblo, que su ejercicio se efectúa únicamente para su bien, y que el poder ilimitado conduce a la tiranía, resulta completamente imprescindible para que los ciudadanos puedan sentirse a salvo, el que cuando procedan a delegar el poder, retengan la facultad de controlarlo efectivamente, evitando así que sea utilizado en su contra. Y es que el poder que no se controla acaba siendo tiránico y la sujeción ilimitada, sin ningún mecanismo correctivo, lleva a la esclavitud. (Considerations on the Mode of electing Delegates to the General Congress, en el *Connecticut Courant*, de 10 de junio de 1776)³⁸

³⁷ COSTA, Pietro. **Poucos, Muitos, Todos**. *Op. cit.*, p. 109

³⁸ DIPPEL, Horst. **El Concepto de Constitución en los Orígenes del Constitucionalismo Norteamericano**. *Op. cit.*, p. 57-58

Os Estados Unidos, como Paine houvera afirmado, era a terra prometida da nova fórmula político-constitucional: a república plasmada e reforçada pela representação.³⁹

Embora diferentes entre si, cada um dos treze Estados surgidos com a Independência compartilhou estes princípios, evidenciando a preocupação em construir um poder político limitado e comprometido com o reconhecimento do poder soberano do povo e a defesa da liberdade individual contra o arbítrio dos governantes. A partir daquele momento, os textos constitucionais adquiriram um novo e radical significado: o de momento materializador das conquistas políticas e sociais revolucionárias.

Assim, mais do que assentar a base jurídica para organização política, administrativa e social dos novos Estados, as Constituições funcionaram como verdadeira positivação do novo contrato social firmado entre os norte-americanos, mescla de revolução com conservação. Concretizaram-se, enfim, as ideias de Montesquieu acerca da necessidade de as normas básicas estruturantes serem definidas de forma objetiva, formando um conjunto de disposições claras e estáveis que organizam e restringem o exercício do poder político estatal.

4 A UNIFICAÇÃO E A CONSTITUIÇÃO DE 1787

³⁹ COSTA, Pietro. **Poucos, Muitos, Todos**. *Op. cit.*, p. 132.

A existência autônoma dos 13 países perdurou por cerca de uma década, após o que colocou-se em marcha acelerada o processo de unificação que redundou na formação dos Estados Unidos da América.

Interessante notar que, apesar de todos os elementos de identidade presentes desde antes da Declaração de Independência, o que motivou o estreitamento de laços foi a instabilidade política vigente em diversos Estados, consequência especialmente da crise financeira que muitos viviam e das disputas comerciais nas quais estavam mutuamente envolvidos. Este somatório de fatores era visto como um elemento de fragilidade a afetar a unidade até então presente.

Desde 1775, às vésperas da Declaração de Independência, havia uma forte integração entre as então colônias que se buscava traduzir em um acordo, intitulado *Articles of Confederation and Perpetual Union of the Colonies*, cuja versão original foi elaborada por Benjamin Franklin.⁴⁰ Foram necessários, contudo, alguns anos de discussão até que se chegasse a um texto definitivo ratificado por todos. Durante este período, compreendido entre 17 de novembro de 1777 e 1º de março de 1781, ficaram claras as divergências presentes.

⁴⁰ MADISON, James. **Introduction to the Debates in the Federal Convention of 1787.** Disponível em http://constitution.org/dcf/dfc_0001.htm Acesso em 05 abr. 2016.

As recorrentes discussões acerca de quais seriam os poderes conferidos ao órgão de representação supranacional – o Congresso Continental – perpassavam questões como: a proporcionalidade da representação de cada Estado (relativamente a sua população ou a seu peso econômico); o tamanho das contribuições financeiras e militares individuais para a Confederação; o temor em ter sua autonomia restringida; ou o que Madison classificou como o ciúme diante do risco de ver um Estado vizinho fortalecido.⁴¹

Assim, a Confederação nasceu oficialmente em 1781, legitimando juridicamente uma situação de fato que já se fazia presente há anos.⁴² Sua vida foi relativamente curta e bastante conturbada, especialmente por conta da fraqueza do órgão central para regular o comércio entre os Estados e impor a estes o cumprimento de suas obrigações financeiras perante o Congresso Continental. Nas palavras de Charles Beard:

⁴¹ MADISON, James. **Introduction to the Debates in the Federal Convention of 1787**. Op. cit.

⁴² Charles Beard assim resume o modelo organizacional da confederação: “There was a loose union of thirteen sovereign states under the Articles of Confederation. The national government consisted of a legislature of one house in which the states had a equal voting power. There was no executive department and no general judiciary.” BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. New York: The Macmillan Company, 1921. p. 52.

The central government had no power to regulate commerce and to tax directly; and in the absence of these powers all branches of the government were rendered helpless. (...) Under this system, the state legislatures were substantially without restrictions or judicial control; private rights in property were continually attacked by stay laws, legal tender laws, and a long range of measures framed in behalf of debtors; and in New England open rebellion had broken out.⁴³

Nos anos anteriores à Convenção, diversas petições vinham sendo encaminhadas ao Congresso Continental reivindicando ações mais efetivas em defesa da estabilidade do comércio e do respeito aos contratos, da segurança nos mares, da garantia dos créditos e da proteção à propriedade privada. Os governos dos Estados, em regra, eram apontados como os algozes que feriam a liberdade, a segurança e a propriedade, além de se mostrarem incapazes de assegurar as condições necessárias para o desenvolvimento do comércio e das transações financeiras.⁴⁴

A Confederação fora investida de poderes para legislar sobre diversos assuntos, mas não teve força para se fazer obedecer. Como explica Hayek: “A principal lição que se pode tirar do período da Confederação foi a comprovação de que simplesmente

⁴³ BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. *Op. cit.*, p. 52-53.

⁴⁴ BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. *Op. cit.*, p. 56-57.

transpor o texto constitucional para o papel não contribuiria para alterar a situação, a menos que se criasse um mecanismo explícito para fazê-lo cumprir.”⁴⁵

A fraqueza do governo central e seus equivalentes locais era vista com preocupação por lideranças como George Washington, que temiam o triunfo dos inimigos, especialmente a Inglaterra que desde início entendia que a América seria incapaz de sobreviver sem o controle das potências europeias. Como consequência destes problemas, disseminou-se o clamor por um governo central forte, capaz de fazer frente às dificuldades que se avolumavam, evidenciando o sentido de união presente entre os habitantes dos diferentes Estados: “That the economic groups in question looked to a new national government as the ones our of relief and advantage, is shown in a hundred contemporary pamphlets and newspaper articles. It was in fact the topic of the times.”⁴⁶

Nota-se que a busca pela integração era um valor presente e disseminado, que claramente se sobrepunha às diferenças existentes. É este sentimento que move as discussões antecedentes à Convenção da Filadélfia, convocada para revisar os

⁴⁵ HAYEK, Friedrich. **Os Fundamentos da Liberdade**. Op. cit., p. 216.

⁴⁶ BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. Op. cit., p. 53.

Artigos da Confederação. Madison descreve a mobilização social que estimulou a Convenção a redefinir suas atribuições:

(...) in the interval between the proposal of the Convention and the time of its meeting, such had been the advance of public opinion in the desired direction, stimulated as it had been by the effect of the contemplated object, of the meeting, in turning the general attention to the Critical State of things, and in calling forth the sentiments and exertions of the most enlightened and influential patriots, that the Convention thin as it was did not scruple to decline the limited task assigned to it and to recommend to the States a Convention with powers adequate to the occasion.⁴⁷

Em resposta ao movimento social, os Estados trataram de conferir a seus delegados poderes mais amplos, além de, em vários casos, indicar representantes mais qualificados para tomar parte nos debates que se seguiriam.⁴⁸

Assim que iniciou seus trabalhos, em 25 de maio de 1787, os delegados reunidos na Convenção da Filadélfia colocaram em marcha o que Thomas Cooley interpreta como “(...)

⁴⁷ MADISON, James. **Introduction to the Debates in the Federal Convention of 1787**.Op. cit.

⁴⁸ MADISON, James. **Introduction to the Debates in the Federal Convention of 1787**.Op. cit.

um processo revolucionário [que] só encontrava justificação ante as circunstâncias que tinham levado a União à borda da dissolução.”⁴⁹ Teve início, então, a *U.S. Constitutional Convention*, que se estendeu até 17 de setembro de 1787 e cuidou de desenhar a completa integração dos 13 países em um único Estado soberano, organizado na inovadora forma de uma *federação* e regido por uma Constituição que replicava os elementos característicos do Estado norte americano já presentes desde 1776.

O ponto central dos trabalhos era a busca por criar um governo forte, mas que não se tornasse autoritário. Afinal, embora entre todos houvesse amplo consenso acerca da insuficiência dos poderes da Confederação, persistia a preocupação fundamental em conter a força dos governantes.⁵⁰

A federação, então, foi concebida como a forma de organização político administrativa que permitiria conjugar um governo central forte e dotado de autoridade incontestável com a autonomia dos entes locais. Criou-se, com isto, um sistema que permitiria simultaneamente valorizar as semelhanças e os valores comuns compartilhados (como a defesa da liberdade, a soberania popular ou o sistema republicano, por exemplo) e respeitar as

⁴⁹ COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional...** *Op. cit.*, p. 26.

⁵⁰ HAYEK, Friedrich. **Os Fundamentos da Liberdade.** *Op. cit.*, p. 217.

diferenças existentes entre os norte-americanos. E as diferenças eram várias e bastante significativas.

Charles Beard destaca que a maioria dos delegados presentes na Convenção não tinham uma formação intelectual forte. Eram, ao contrário, pessoas práticas, cujas preocupações habitavam o mundo dos fatos e se refletiam na busca por resultados tangíveis para seus problemas cotidianos. As grandes discussões filosóficas ou políticas não lhes eram caras.⁵¹

Eram indivíduos inseridos em um contexto de profundas experimentações, onde as instituições ainda eram muito novas e as ideias de futuro extremamente fluidas. Com isso, frequentemente discordavam a respeito de questões centrais como a formação e o papel do Senado, a forma de eleição para o Executivo, a manutenção dos legislativos estaduais ou seu grau de autonomia. Ainda não havia consensos sólidos quanto ao desenho das instituições e dos instrumentos necessários para colocar em funcionamento o modelo de Estado almejado para o novo país que surgia.

Temas como o direito ao voto e o estabelecimento ou não de critérios censitários, a forma de eleição para Executivo e Legislativo, o grau de autonomia federativa ou o poder de intervenção do governo no comércio e na economia em geral

⁵¹ BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States.** *Op. cit.*, p. 189.

forma intensamente debatidos por líderes como Alexander Hamilton, James Madison ou George Washington.⁵²

Por outro lado, estava presente um conjunto de valores alinhado com o pensamento contratualista liberal (tanto em sua vertente política quanto econômica) que, dando continuidade ao projeto que já vinha sendo delineado desde antes da independência, formaram as vigas mestras do Estado norte americano. Daí que, como afirma Beard, apesar das divergências presentes, foi possível construir uma base consensual ampla em torno do projeto de Constituição defendido pela corrente Federalista, o grupo dominante na *U.S. Constitutional Convention*: “The conclusion seems warranted that the authors of The Federalist generalized the political doctrines of the members of the Convention with a high degree of precision, in spite of the great diversity of opinion which prevailed on many matters.”⁵³

Este acordo de vontades em torno de um projeto comum refletiu o sentimento presente junto aos líderes do movimento de unificação, que acabou sendo majoritariamente acolhido, em que

⁵² Beard, no Capítulo X de sua obra já referida, intitulado ‘As Doutrinas Políticas dos Membros da Convenção’, traz interessante síntese sobre os principais pontos defendidos por cada um dos delegados. BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. *Op. cit.*, p. 189 a 216.

⁵³ BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. *Op. cit.*, p. 216.

pesem as diversas críticas formuladas durante o processo de ratificação a que a Constituição foi submetida em cada um dos Estados, momento no qual o trabalho dos delegados reunidos na Filadélfia foi submetido ao escrutínio popular.⁵⁴

Em verdade, seguindo as orientações da Convenção, os Estados formaram assembleias exclusivas para analisar e votar a Constituição, segundo uma regra de tudo ou nada, já que não lhes era permitido propor alterações em seu texto. E, como Explica Beard, embora o referendo popular fosse um instituto já conhecido à época, não foi cogitado. Daí que, diante da ausência de mecanismos que tivessem permitido uma manifestação social direta, resta bastante difícil afirmar o grau de aceitação popular alcançado pelo projeto constitucional: “In view of the fact that there was no direct popular vote taken on the Constitution, it is therefore impossible to ascertain the exact number of ‘the people’ who favored its adoption.”⁵⁵

O fechamento a uma participação popular ampla e irrestrita no processo de ratificação reflete um dado característico daquele momento: o predomínio do pensamento conservador.

⁵⁴ BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. *Op. cit.*, p. 239.

⁵⁵ BEARD, Charles A. **An Economic Interpretation of the Constitution of the United States**. *Op. cit.*, p. 240.

5 O CONSERVADORISMO COMO UM TRAÇO CARACTERÍSTICO DA *U.S. CONSTITUTIONAL CONVENTION*

Apesar do liberalismo refletir um movimento de transformação e avanço, especialmente quando analisado sob a perspectiva das lutas que se travavam no continente europeu, a leitura feita pelos norte-americanos acerca dos valores liberais acabou por levar à construção de um país predominantemente conservador e refratário à participação de segmentos sociais mais baixos. A preocupação em garantir a propriedade e os valores liberais burgueses relacionados à autonomia da vontade, além de restringir o acesso de massas populares às instâncias de poder, acabou por se mostrar dominante e hegemônico.

Gerardo Pisarello sustenta que o movimento que deu origem à *U.S. Constitutional Convention* foi diferente daquele que houvera levado à declaração de independência. A abertura integradora presente em 1776, que priorizava a união de todos os americanos em sua luta contra o inimigo comum, foi substituída pela defesa de um projeto de poder que mirava a conservação de uma ordem de privilégios que vinha sendo conquistada pela elite política à qual coube desenhar a unificação. Em 1787, o “(...) propósito era asegurar un gobierno fuerte que neutralizara las

amenazas internas al orden económico, frenando las tendencias democráticas o democratizantes.”⁵⁶

De maneira mais aguda, Van Caenegem corrobora este ponto de vista afirmando:

Os líderes da Revolução americana detestavam um Estado tirânico, ou mesmo um Estado somente forte. Queriam liberdades para eles, mas não para os seus inferiores, cujo destino era a menoridade legal e falta de liberdade para os escravos, e a dependência política para os brancos pobres que não tinham voto.”⁵⁷

Um exemplo do que este autor afirma pode ser encontrado no *Naturalization Act*, de 1790, legislação que definiu os critérios para titularidade da nacionalidade norte-americana. E que o fez de forma excludente, somente conferindo tal status para os que, simultaneamente, residissem no território por ao menos dois anos, tivessem bom caráter, fossem brancos e livres.⁵⁸ Garantia-se, assim, que o risco de uma ‘tirania das maiorias’ fosse

⁵⁶ PISARELO, Gerardo. **Un Largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático.** Madrid: Trotta, 2011. p. 68.

⁵⁷ VAN CAENEGEM, R. C. **Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental.** *Op. cit.*, p. 210.

⁵⁸ COSTA, Pietro. **Poucos, Muitos, Todos.** *Op. cit.*, p. 172.

contido graças às restrições à participação política e à proteção aos direitos de propriedade.⁵⁹

Aliás, no estudo dos debates acerca do processo de formação do Estado norte americano, especialmente na unificação, chama a atenção a escassez de menções ao termo *democracia*, o que permite concluir que o *contramajoritarismo* defendido pelos líderes do movimento já refletia a noção excludente que, tempos depois, autores socialistas sustentaram criticamente em relação ao pensamento liberal. Em outras palavras, o *povo*, em cujo nome a Constituição foi feita, foi chamado aos campos de batalha para lutar pela independência, mas retirado de cena (ou, ao menos, teve seu protagonismo eclipsado) depois que o projeto de poder da elite liberal burguesa finalmente prevaleceu.

Uma leitura mais acurada da principal obra em defesa da nova Constituição, redigida durante os dois anos em que se deram os debates em torno da ratificação, é capaz de ilustrar o que ora se afirma. O *Federalista*, coletânea de panfletos elaborados por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay sob o pseudônimo *publius*, contém uma defesa pormenorizada da

⁵⁹ PISARELO, Gerardo. **Un Largo Termidor**. *Op. cit.*, p. 67.

Constituição e, por conseguinte, dos princípios estruturantes do novo país que surgia.⁶⁰

O conjunto de artigos dá a perceber que *estabilidade e ordem* eram valores cardeais na formação dos Estados Unidos. Além do receio quanto à quebra da unidade presente entre os Estados, também os conflitos sociais compunham a pauta de preocupações que orientaram os líderes federalistas.

No *paper* 10, redigido por James Madison, a “dissensão e a desordem”, causadas pelos conflitos entre facções, são vistas como riscos para a “segurança pessoal e a conservação dos direitos de propriedade”. As facções, por sua vez, são definidas como “(...) uma reunião de cidadãos, quer formem a maioria ou a minoria do todo, uma vez que sejam unidos e dirigidos pelo impulso de uma paixão ou interesse contrário aos direitos dos outros cidadãos, ou ao interesse constante e geral da sociedade.”⁶¹

Na sequência do artigo, o autor indica claramente qual seria o principal antagonismo presente nas sociedades, a opor diferentes facções: “(...) a causa que mais comumente tem dado lugar ao nascimento das facções tem sido a desigual distribuição

⁶⁰ Interessante síntese sobre a obra e seus autores encontra-se no site da Embaixada Americana: <<http://iipdigital.usembassy.gov/st/portuguese/publication/2014/07/20140716304056.html#axzz4O7Z75Kfl>>.

⁶¹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003. p. 60.

das propriedades. Os interesses dos proprietários têm sido diferentes interesses daqueles que não o são.”⁶²

E arremata: “É de necessidade que entre as nações civilizadas se formem interesses de agricultura, interesses de manufaturas, interesses de comércio, interesses capitalistas e outros menos importantes que dividem a sociedade em diferentes classes com vistas e sentimentos diferentes.”⁶³

Os *interesses menos importantes* precisam ceder ante a necessidade de assegurar a integridade do objetivo maior. O que Madison chama ‘espírito de facção’ teria causado as crises que colocaram em risco a Confederação e precisava ser contido para viabilizar o novo país, sem o que este também estaria fadado à dissolução. O pensamento liberal, especialmente em sua vertente econômica, parece impulsionar o autor em sua defesa dos escopos do capital contra oposições que se apresentem, venham elas de grupos minoritários ou majoritários. E esta linha ideológica orienta a definição do que seja o interesse da sociedade como um todo, mesmo que partes significativas dela discordem...

A crítica ao projeto Federalista e à Constituição foi disseminada e também gerou numerosos artigos e panfletos, elaborados de forma assistemática e sem uma liderança

⁶² HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. *Op. cit.*, p. 61.

⁶³ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. *Op. cit.*, p. 61.

centralizada, contudo. Vários destes escritos – conhecidos como os *textos anti-federalistas* – foram compilados e fornecem uma base para que se compreendam diversos pontos de divergência presentes naquele momento.⁶⁴

Em resposta ao temor expresso por Madison quanto à atuação das facções, John Francis Mercer, auto intitulado ‘um fazendeiro de Maryland’, busca demonstrar que uma sociedade livre é formada por pessoas e grupos divergentes e que isso é essencial para prevenir a tirania.

Um primeiro aspecto abordado diz respeito à afirmação feita pelo mesmo James Madison no *paper* 37 de que a “(...) Convenção escapou por milagre da funesta influência do espírito de animosidade e de partido (...)” o que lhe permitiu, sacrificando “(...) ao bem geral todos os interesses e opiniões particulares (...)”, construir uma unanimidade em torno da qual todos os representantes se conciliaram.⁶⁵

Falando especificamente sobre a formação de um governo nacional, John Mercer sustenta que, ao perceber o que criaram, parte dos convencionais renegou sua obra:

⁶⁴ A coletânea pesquisada foi elaborada por Bill Bailey tendo por base a obra de Morton Borden, usualmente reconhecida como a melhor e mais sistemática compilação de textos anti-federalistas, embora não a mais abrangente, por ter deixado de fora vários artigos. BAILEY, Bill (org.). **The Antifederalist Papers**. Available at www.thefederalistpapers.org Access on 26 oct. 2016.

⁶⁵ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. *Op. cit.*, p. 227.

But even then the advantages and disadvantages of national government operated so strongly, although silently, on each individual, that the conflict was nearly equal. A third or middle opinion, which always arises in such cases, broke off and took the lead—the national party [thus] assisted, pursued steadily their object—the federal party dropped off, one by one, and finally, when the middle party came to view the offspring which they had given birth to, and in a great measure reared, several of them immediately disowned the child.⁶⁶

A partir daí, demonstra que existem alguns grandes e significativos grupos dentro da sociedade Americana, sendo que dois dentre os mais expressivos são compostos por proprietários de terras e capitalistas. Após destacar virtudes e defeitos (mais estes que aquelas) de cada um, conclui sustentando a necessidade de conviverem diferentes partidos, que congreguem as diversas opiniões presentes em qualquer grupamento humano:

(...) on the preservation of parties, public liberty depends. Whenever men are

⁶⁶ MERCER, John Francis. On the Preservation of Parties, Public Liberty Depends. In BAILEY, Bill (org.). **The Antifederalist Papers**. p. 32. Available at <www.thefederalistpapers.org> Access on 26 oct. 2016.

unanimous on great public questions, whenever there is but one party, freedom ceases and despotism commences. The object of a free and wise people should be so to balance parties, that from the weakness of all you may be governed by the moderation of the combined judgments of the whole, not tyrannized over by the blind passions of a few individuals.⁶⁷

Sociedades onde há uma unanimidade tendem a suprimir a liberdade e abrem espaço para o despotismo. Daí ser possível inferir que, na visão do autor, um povo sensato deve preferir ser governado por pessoas que busquem o equilíbrio entre os diferentes pensamentos concorrentes, afastando o risco de ser tiranizado por alguns indivíduos. O que evidentemente reflete de maneira muito mais clara a noção contemporânea de democracia.

O debate travado em torno da conveniência, ou não, de coexistirem grupos discordantes é um exemplo das divergências presentes na América de 1787 e que levaram, segundo Morton Borden, a que se firmasse uma espécie de acordo tácito acerca de como a Constituição deveria ser interpretada e aplicada. A abertura interpretativa precisaria ser incorporada ao pensamento constitucional, permitindo que as críticas dos anti-federalistas

⁶⁷ MERCER, John Francis. **On the Preservation of Parties**, Public Liberty Depends. *Op. cit.*, p. 35.

fossem absorvidas e influenciassem a futura aplicação de seus comandos. Nas palavras do autor:

Therefore, to win the support of their opponents, the proratificationists essentially had to consent to a doctrine of interpretation that must be considered a part of the Constitution, and that therefore must be the basis for interpretation today. This doctrine can be summed up by saying, "if a construction would have been objectionable to the anti-federalists, it should be initially presumed unconstitutional".⁶⁸

O que se percebe dos dados coletados é que a Constituinte norte americana não foi um momento milagroso, mas uma assembleia muito parecida com todas as demais, com convergências e divergências, acordos e conflitos, de modo que não se pode sustentar – em que pese uma base comum de conceitos e experiências – ter existido um consenso unânime em torno do modelo de Estado que, naquele momento, se pretendia legar às gerações futuras.

Isto evidencia o equívoco do pensamento originalista que, em nome do resgate de valores históricos, nega todo um

⁶⁸ BORDEN, Morton. Introduction to the anti-federalist papers. In BAILEY, Bill (org.). **The Antifederalist Papers**. *Op. cit.*, p. 2.

horizonte de possibilidades interpretativas que se busca adjudicar à Constituição norte americana. O fechamento à evolução dos costumes (que envolvem questões como relações homoafetivas, por exemplo) e a rejeição a um Estado mais participativo (com uma constante crítica a ações voltadas a reduzir a desigualdade social) são sustentadas na defesa de um modelo de Estado idealizado no passado e que refletiria o sonho dos norte-americanos.

Como se vê nas linhas ora traçadas, o sonho dos pais fundadores na verdade reflete um projeto particular, capitaneado por um grupo que logrou impor aos demais sua visão de mundo. Um país onde os valores liberais deveriam prevalecer, mas sempre com respeito à ordem e à hierarquia social; onde a propriedade privada e os interesses dos proprietários teriam primazia; onde a vontade social e a soberania popular deveriam ser traduzidas pelos mais capazes, funcionando antes como um fundamento de validade para suas próprias decisões que como mecanismo para formação democrática de vontades coletivas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pensamento originalista defende que a Constituição norte americana deve ser interpretada e aplicada tendo por base os referenciais valorativos eleitos pelos constituintes, os *pais fundadores*. Ao fazer isto, os autores adeptos desta corrente sustentam um dever de coerência das gerações presentes com

aquela que originalmente desenhou o Estado norte americano, mantendo, assim, a integridade do sistema jurídico que deu forma à sua nação.

Por vezes, parece que as palavras de Antonin Scalia e seus seguidores refletem algo como uma deificação dos constituintes originários, que teriam tido a capacidade de transformar em normas jurídicas positivas todo um conjunto de valores e conquistas sociais que não se restringiriam a uma geração, mas que pertencem a toda a humanidade.

A análise aqui feita permite afirmar que 1787 talvez não tenha sido um momento ‘mágico’, especial, como muitos norte americanos gostam de lembrar. Em verdade, os eventos ocorridos durante a *U.S. Constitutional Convention* indicam um concerto entre forças plurais, ora convergentes, ora divergentes, que sonhavam com diferentes possibilidades de futuro. Exatamente como aconteceu e acontece ainda hoje em vários lugares do mundo.

A Constituição que nasceu naquele momento foi o fruto dos acordos possíveis, que talvez não refletissem os ideais plenos de liberdade, igualdade ou soberania popular defendidos por tantos. Em suma, a Assembleia Constituinte norte-americana assemelha-se bastante a diversas outras, com todas as suas virtudes e defeitos.

A influência do pensamento liberal político e econômico foi marcante e decisiva e refletiu um traço cultural daquela

sociedade, presente desde antes da independência, que impulsionou várias das inovações institucionais então forjadas e exportadas, nas décadas seguintes, para o restante do mundo ocidental.

Este predomínio do liberalismo, contudo, não foi capaz de dar origem a uma sociedade aberta a todos. A liberdade dos homens de negócios e proprietários de terras e escravos, o grupo que desenhou o Estado norte americano, tinha suas particularidades e não parece tão afeita a princípios democráticos como se alardeia hoje.

Em verdade, nota-se uma identidade entre a geração atual – dominada pelo resgate do conservadorismo – e aquela representada pelas vozes majoritárias presentes na *U.S. Constitutional Convention* no que tange à tendência a reduzir os espaços de participação e defesa de interesses das classes populares. Veja-se, a propósito, a celeuma em torno da extensão do acesso à saúde para os mais pobres proporcionada pela legislação conhecida como Obama Care e a avalanche de críticas ao que vem sendo considerada uma invasão sobre a liberdade individual. Políticas públicas como esta, que visam a implementar ou ampliar sistemas de proteção social, são usualmente desqualificadas em vista de sua pretensa inadequação face aos valores defendidos pelos pais fundadores. Valores que, como vistos, não eram tão consensuais assim, além de não refletirem, necessariamente, a vontade geral da nação. Parece que os

conservadores de hoje se vêm bem acompanhados ao estenderem as mãos a seus companheiros do passado...

REFERÊNCIAS

AMARAL, Diogo Freitas do. **História do Pensamento Político Ocidental**. Coimbra: Almedina, 2012.

BEARD, Charles A. *An Economic Interpretation of the Constitution of the United States*. New York: The Macmillan Company, 1921.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

BORDEN, Morton. Introduction to the anti-federalist papers.*in* BAILEY, Bill (org.). **The Antifederalist Papers**. Available at <www.thefederalistpapers.org> Access on 26 oct. 2016.

COOLEY, Thomas M. **Princípios Gerais de Direito Constitucional nos Estados Unidos da América**. Trad. Ricardo R. Gama. Campinas: Russell, 2002.

COSTA, Pietro. **Poucos, Muitos, Todos**. Lições de história da democracia. Trad. Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: UFPR, 2012.

DIPPEL, Horst. El Concepto de Constitución en los Orígenes del Constitucionalismo Norteamericano (1774-1776). **Fundamentos**.

Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional. Oviedo: Junta General del Principado de Asturias, n. 6. 2010.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil.** 34. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista.** Trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HAYEK, Friedrich A. **Os Fundamentos da Liberdade.** São Paulo: Visão, 1983.

LOCKE, John. O Segundo Tratado sobre o Governo. In **Dois Tratados sobre o Governo.** Trad. Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MADISON, James. **Introduction to the Debates in the Federal Convention of 1787.** Disponível em <http://constitution.org/dfc/dfc_0001.htm> Acesso em 05 abr. 2016.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. *in* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** 11. ed. Brasília: UnB, 1998.

MAYER, David N. The English Radical Whig Origins of American Constitutionalism. **Washington University Law Review.** Vol. 70, Issue 1. January 1992. Available at:

<http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol70/iss1/5>

Access on 15 January 2015

MERCER, John Francis. On the Preservation of Parties, Public Liberty Depends. *In* BAILEY, Bill (org.). **The Antifederalist Papers**. Available at www.thefederalistpapers.org Access on 26 oct. 2016.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

PAINE, Thomas. Senso Comum. *in* WEFFORT, Francisco (org.). **Os Pensadores**. Vol. XXIX. São Paulo: Abril, 1973.

PISARELO, Gerardo. **Un Largo Termidor**. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid: Trotta, 2011.

RÍO, Rosario de la Torre del. **El Congreso de Viena (1814-1815)**. Madrid: Catarata y Universidad Complutense de Madrid, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

SANTIAGO, Marcus Firmino *et. alli.* O Obama Care e o Conservadorismo Constitucional. **Revista Jurídica Luso Brasileira**. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Ano 2, n.º 6, 2016. Disponível em <<http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/rjlb-2016-06>>.

SCALIA, Antonin. Originalism: the Lesser Evil. **University of Cincinnati Law Review**. Volume 57, 1989. Availableat: <<http://scholarship.law.uc.edu/uclr>>.

VAN CAENEGEM, R. C. **Uma Introdução Histórica ao Direito Constitucional Ocidental**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2009.

**A CENTRALIDADE DO CONSTITUCIONALISMO
AMERICANO NA TEORIA CONSTITUCIONAL
CONTEMPORÂNEA**

**THE CENTRALITY OF AMERICAN
CONSTITUTIONALISM IN CONTEMPORARY
CONSTITUTIONAL THEORY**

José Ribas Vieira¹

RESUMO: O núcleo central do artigo é sobre a centralidade do constitucionalismo americano na teoria constitucional contemporânea que tem sido marcada por novos segmentos no âmbito do constitucionalismo anglossaxão os quais foram mapeados na recente obra de Stephen Gardbaun podendo-se destacar a reforma institucional inglesa, que criou a Corte Suprema, e o debate dialógico canadense, com seus reflexos na Nova Zelândia e na Austrália. Têm se destacado no debate constitucional americano as tensões geradas pelas crescentes demandas de controle social, como as políticas estatais de combate ao terrorismo.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo americano; Teoria

¹ Doutor e Mestre em Direito pela UFRJ. Professor do PPGD - Mestrado e Doutorado da Pontifícia Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio e do PPGD - Mestrado e Doutorado da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ.

constitucional contemporânea; Constitucionalismo anglossão; Centralidade.

ABSTRACT: The central core of this article is about the centrality of American constitutionalism in contemporary constitutional theory that has been marked by new segments within the framework of Anglo-American constitutionalism which were mapped in the recent work of Stephen Gardbaun, highlighting the english institutional reform that created the Supreme Court, and the Canadian dialogic debate, with its reflections in New Zealand and Australia. The tensions generated by the growing demands for social control, such as state anti-terrorism policies, have been highlighted in the US constitutional debate.

KEYWORDS: American constitutionalism; Contemporary constitutional theory; Anglo saxon constitutionalism; Centrality.

1 INTRODUÇÃO

Minha trajetória pessoal de estudos e pesquisas no âmbito do Direito sempre estabeleceu um diálogo próximo com a Ciência Política, em razão de minha formação acadêmica nessa seara e pela atuação como professor de Ciência Política, na Universidade Federal Fluminense, no final da década de 70 do sec. XX, culminando com meu concurso para a cadeira de Direito e Política, na Universidade Federal do Rio de Janeiro. Nessa linha, dediquei-me, desde então, ao estudo das bases do chamado

constitucionalismo moderno.

Recorrendo à teoria política inglesa do sec. XVII, em especial, aos contratualismos de Hobbes e Locke², iniciei a análise crítica do constitucionalismo a partir de seus fundamentos políticos³. Compreendo esse período histórico como o momento deflagrador do fenômeno sociopolítico que denominamos *constitucionalismo*. Assim, distancio-me da interpretação do constitucionalista italiano Maurizio Fioravanti, que identifica diferentes modelos constitucionais presentes, ainda que com grandes diferenças, desde a Antiguidade Clássica.

Entendo que é no sec. XVII que se inicia a delimitação dos conceitos e institutos que anunciam o surgimento do constitucionalismo propriamente dito. Dessa forma, minha compreensão da origem do constitucionalismo contrapõe-se à de Fioravanti, por constatar que esse fenômeno somente se consolida a partir do século XVIII.

Prossegui no estudo das configurações do constitucionalismo, inicialmente, a partir da contribuição francesa do final do sec. XVIII⁴, inclusive em meu Pós-doutorado na

² LEYDEN, W. Von. Hobbes and Locke. **The politics of freedom and obligation**. London: The Macmillan Press, 1982.

³ CHAPPEL, Vere (Org.). **The Cambridge Companion to Locke**. New York: Cambridge University Press, 1995.

⁴ Häberle não nega a ideia de um aperfeiçoamento no decorrer da evolução histórica político-institucional do constitucionalismo, ainda que veja nos

Université de Montpellier I, na França. Nessa oportunidade, dediquei-me ao estudo da influência do pensamento do abade Emmanuel Sieyès, cujo pensamento político moldou a teoria do *poder constituinte democrático*. Atualmente, podemos reconhecer alguns de como a recuperação desse período tem sido uma vertente do constitucionalismo contemporâneo, por exemplo, com as leituras do Professor porto-riquenho Joel Cólón-Rios, que identifica uma teoria do poder constituinte subjacente à obra de Rousseau, propondo uma desconstrução da distinção estanque entre poder constituinte originário e derivado⁵.

Do principal escrito de Sieyès, *O Que é o Terceiro Estado*⁶, pode ser traçado um diagrama representativo da dinâmica da teoria do poder constituinte. Nesse diagrama, podemos identificar uma dicotomia entre *Constituição* e a noção de *Nação (Povo)*⁷. Porém, no projeto institucional de Sieyès, essa

eventos revolucionários culminantes em 1789 o ponto central e definidor desse modelo teórico. Häberle, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad**. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional. Madrid: Trotta, 1998.

⁵ COLÓN-RIOS, Joel I. **Weak Constitutionalism** – Democratic legitimacy and the question of constituent power. New York: Routledge, 2013.

⁶ Para mais informações, vide epílogo de minha lavra para a edição SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituição burguesa**. Qu'este-ce que le Tiers État? 6 ed. Rio de Janeiro, 2014.

⁷ PASQUINO, Pasquale. **SIEYÈS: et l'invention de la Constitution en France**. Paris: Odile Jacob, 1998.

dicotomia não traduz um tensionamento⁸ entre a teoria constitucional e a teoria política. Para o pensador francês, a ideia de *Constituição* acaba diluindo-se na de *vontade da Nação*, pois essa segue podendo alterar o texto constitucional conforme sua vontade presente.

Essa falta de tensionamento na teoria constitucional francesa impediu que houvesse um permanente debate no seu universo teórico. Sieyès percebeu essa fragilidade da sua concepção de Constituição, propondo a criação de um *Júri Constitucional*, que teria como função fazer prevalecer a força normativa da Constituição diante da vontade geral do povo. A proposta de Sieyès não vingou⁹ e somente com a Constituição de 1958 foi instituído o Conselho Constitucional, que, entretanto, somente teve seu papel institucional reconhecido, efetivamente, nos anos 70 do sec. XX¹⁰, com a construção jurisprudencial do conceito de bloco de constitucionalidade¹¹.

⁸ Optou-se pelo termo tensionamento, ao invés de tensão, com o intuito de delimitar um conceito próprio das relações sociopolíticas e institucionais, sem confundi-lo com termos já usuais no idioma português.

⁹ A recusa, e conseqüente opção por um controle essencial político, justificase pela grande desconfiança do movimento revolucionário francês em relação aos tribunais, intimamente ligados ao Antigo Regime.

¹⁰ SIEYÈS, Emmanuel J. **Ouvres de Sieyes**. Paris: Edhis, 1990.

¹¹ Sobre o conceito de bloco de constitucionalidade, vide o verbete *bloc de constitutionnalité* de Luis Favoreau, na DUHAMEL, Olivier; MÉNY, Yves. **Dictionnaire constitutionnel**. Paris: PUF, p. 89-91, 1992.

Aqui, o que interessa, é o fato de que a doutrina francesa da prevalência da Nação significou a perda de espaço político-institucional para o desenvolvimento de uma teoria constitucional verdadeiramente moderna. A ausência da análise do tensionamento entre a teoria política e a teoria constitucional impediu um maior desenvolvimento do constitucionalismo francês.

Essa omissão francesa será, em parte, suprida pelo constitucionalismo alemão do sec. XIX. Em parte, porque, segundo o clássico estudo de Fioravanti sobre o pensamento alemão desse período, o tensionamento não se deu no espaço constitucional, mas sim na tardia construção do Estado alemão. O fracasso da Revolução Liberal de 1848 abriu caminho para que, na Alemanha, prevalecesse a ideia de *Staat* ao invés da noção de *Volk*. Já no final do sec. XIX, a Constituição de 1871 tinha pouca relevância. O sistema político-institucional alemão esvaziava o sistema constitucional parlamentar, uma vez que o Gabinete de Governo não era formado pelo Parlamento, mas sim pela burocracia administrativa. Esse era o chamado *Estado Dual*. Esse tensionamento institucional alemão no campo estatal acabou reforçado por uma ideia de herança do Sacro Império Romano-Germânico. Assim como aquele império ancestral, o Estado alemão unificado de 1870/71 não tinha bases modernas, sendo constituído de uma compreensão difusa de vínculos culturais comuns e não adstrita aos limites das fronteiras territoriais. A Constituição de Weimar, de 1919, não conseguiu superar esses

arcaísmos da estatalidade alemã, não permitindo a evidenciação de um verdadeiro tensionamento com a Constituição¹². Faltou ao Regime de 1919 uma jurisdição constitucional efetiva, que fizesse prevalecer o texto constitucional sobre as conjunturas políticas de Estado¹³. A noção de um corpo constitucional foi esvaziada em favor da discussão schmittiana de legitimidade¹⁴. Nem mesmo a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, conseguiu criar um significativo tensionamento institucional, muito em decorrência de sua provisoriedade, prevista no artigo 147, que previa sua vigência até o advento da Constituição da Alemanha reunificada¹⁵. Essa falta de tensionamento também se deu pelo papel apaziguador exercido pelo Tribunal Constitucional¹⁶ e por determinados pontos

¹² JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Org.). **Weimar** – a jurisprudence of crisis. Berkeley: University of California Press, 2000.

¹³GOZZI, Gustavo; SCHIEVA, Pierangelo (Org.). Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale. Bologna: Società editrice il Mulino, 1986.

¹⁴ SCHMITT, Carl. Legalidade e legitimidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

¹⁵ KÄGI, Werner. **La Constitución como ordenamento jurídico fundamental del Estado** – Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional. Madrid: Dykinson, 2005.

¹⁶ MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

de direitos fundamentais, como é o caso do artigo 19, § 2¹⁷, da Lei Fundamental, sobre a essência dos direitos fundamentais, em que a rápida solução de conflitos envolvendo a concretização de direitos pelo Tribunal acaba interrompendo o aprofundamento dos tensionamentos institucionais. Otto Bachof e Konrad Hesse reconheceram essa interrupção do tensionamento através das decisões do Tribunal Constitucional alemão¹⁸. Em linhas gerais, o debate constitucional alemão pós-45 arrefeceu as tensões institucionais, muito em razão da referida atuação apaziguadora.

Assim, tendo ventilado o debate inglês do sec. XVII, os avanços teóricos franceses do sec. XVIII e o papel da estatalidade alemã importa, agora, ponderar e examinar como o constitucionalismo americano foi além desses referenciais. Pergunta-se: por que o constitucionalismo americano permanece com sua pujança institucional em pleno sec. XXI, conformando o que denominamos de *constitucionalismo contemporâneo*?¹⁹

2 DELIMITANDO O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

¹⁷ “Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.”

¹⁸ BENDA; MAIHOFER; VOGEL; HESSE; HEYDE. **Manual de Derecho Constitucional**. Madrid: Marcial Pons, 1996.

¹⁹ Entende-se constitucionalismo contemporâneo como o conjunto formado pelas contribuições do constitucionalismo norte-americano, bem como da teoria anglossaxã, em especial, nas vertentes inglesa e canadense, e do denominado novo constitucionalismo latino-americano.

A teoria constitucional contemporânea tem sido marcada por novos segmentos no âmbito do constitucionalismo anglossaxão, os quais foram mapeados na recente obra de Stephen Gardbaun²⁰, podendo-se destacar a Reforma Institucional inglesa, que criou a Corte Suprema, e o debate dialógico canadense, com seus reflexos na Nova Zelândia e na Austrália²¹.

A questão que se coloca é: Por que o constitucionalismo americano tem estado tão presente no debate constitucional contemporâneo?

O histórico exposto das vertentes do constitucionalismo europeu nos indica que a resposta está no conjunto de tensionamentos que sobressaem no debate constitucional norte-americano.

No início dos anos 90 do século passado, o constitucionalista americano Stephen Griffin, apontou que a Constituição de 1787 apresentou um conjunto de tensionamentos institucionais. Griffin não inicia sua obra *American Constitutionalism*²² pela exposição pelo *judicial review*, como, em

²⁰ GARDBAUN, Stephen. **The new commonwealth model of constitutionalism: Theory and practice.** New York: Cambridge University Press, 2013.

²¹ Vide Colón-rios, **Op. cit.**

²² GRIFFIN, Stephen M. **American Constitutionalism.** From theory to politics. Princeton: Princeton University Press, 1996.

geral, fazem os teóricos americanos. O professor da Universidade de Tulane defende que o debate constitucional americano não deve somente buscar compreender a Constituição de Filadélfia, mas também seus tensionamentos permanentes, dos quais se destaca o próprio *judicial review*. Por isso, uma abordagem crítica do constitucionalismo americano deve começar por uma teoria política, que ele denomina “de médio alcance”. É esta teoria que o leva a indicar a força que decorre do debate dos tensionamentos institucionais²³. Essa perspectiva leva-o a questionar o alcance já, no preâmbulo, da clássica expressão constitucional *We the people*. Ele questiona se as consequências constitucionais que têm sido inferidas pelo debate americano dessa expressão têm um verdadeiro caráter democrático. Segundo o autor, a vagueza da expressão permite interpretações diversas e conflitantes, o que, inevitavelmente, evidencia os tensionamentos políticos presentes na vida institucional americana.

Para uns, ela apresenta um lastro contratualista, evidenciado no célebre *caso Verdugo*, de 1990²⁴, julgado sob a

²³ VIEIRA, José Ribas (Org.). **Teoria constitucional norte-americana contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

²⁴ Em *United States vs. Verdugo Urquidez*, a Suprema Corte americana reformou decisão do Tribunal Federal do 9º Circuito, decidiu que a 4ª Emenda da Constituição americana, que assegura a inviolabilidade de pessoas, casas, documentos e bens contra buscas e apreensões ilegais, não se aplicava fora dos Estados Unidos. Logo, não poderia ser invocada pelo cidadão mexicano Verdugo, levado à força para julgamento nos Estados Unidos, ainda que casa, no México, tenha sido objeto de busca ilegal por agentes norte-americanos (53. 110 S. Ct. 1056, 1990).

presidência do *Justice* William Rehnquist. Nesse julgamento, a Corte entendeu que o cidadão mexicano Verdugo Urquidez não integra o *contrato americano*, não sendo, portanto, abarcado pelas proteções asseguradas na Constituição ao seu povo. Porém, outros interpretam o significado da expressão como concessão de autoridade ao Estado para o exercício do poder. Na verdade, Griffin destaca que essa expressão, apesar de célebre e nuclear para o constitucionalismo americano, não possui uma interpretação unívoca, possibilitando uma multiplicidade de significados em sentidos muito diversos. Consequentemente, a disputa pelo sentido constitucional da expressão *We the people* é permanente.

Outro tensionamento está no artigo 5º sobre o Poder Constituinte Derivado, com destaque para as críticas de Thomas Jefferson. A extrema dificuldade de alteração do texto constitucional e a defesa da Constituição como *legado* para as gerações futuras asseguram a permanente dramaticidade ao debate político-institucional americano. Os Convencionados de Filadélfia entendiam a Constituição como um *legado moral* para as gerações futuras, uma espécie de padrão de moralidade política e institucional com pretensão de atemporalidade, enquanto Jefferson defendia a necessidade de periódicas atualizações do texto constitucional a cada trinta ou quarenta anos²⁵. Atualmente,

²⁵ “Os mortos não têm nenhum direito. Nosso criador fez a Terra para o uso dos vivos não dos mortos.”

Bruce Ackerman recupera as críticas de Jefferson para a defesa da sua teoria dos *momentos constitucionais*.

Não esgotando os tensionamentos evidenciados pelo constitucionalismo americano, podemos apontar, ainda, o artigo 3º da Constituição de 1787, que interpretado a partir do texto nº 78, escrito por Alexander Hamilton para os *Federalist Papers*, suscita o papel do Poder Judiciário no exercício do *judicial review*. Esse texto segue, ainda hoje, levantando uma ampla discussão sobre as teorias de supremacia judicial, e é desse quadro que emerge a dicotomia mais tensionada entre majoritarismo e contrajoritarismo.

3 A OBRA FEDERALISTA

Na obra clássica da teoria política *O Federalista*, ganha destaque, pela primeira vez, o tensionamento constitucional entre majoritarismo e contramajoritarismo²⁶. Essa obra, elaborada para justificar a ratificação da Constituição de Filadélfia, constitui um importante repertório interpretativo, em que sobressai a preocupação com o desenho democrático. Nessa direção, destaca-se o famoso texto nº 10, da autoria de Madison. Apresenta-se a necessidade de “uma democracia para conter as facções”. Madison sentia o perigo de interesses de segmentos da sociedade cooptarem o Estado, até mesmo pela experiência de ver proprietários e

²⁶ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

comerciantes endividados ascendendo às assembleias locais a fim de legislar em causa própria²⁷.

A proposta assim consolidada é de termos uma teoria de conflitos políticos sob o controle equilibrado e dosado de mecanismos democráticos diferenciados institucionalmente. É nesse espaço que podemos procedera leitura das categorias de majoritarismo e contramajoritarismo²⁸. Por outro lado, essa interpretação democrática esboçada por Madison, sofre, atualmente, uma inflexão. Larry Kramer, defensor do constitucionalismo popular, resgata outro perfil da concepção democrática de Madison²⁹. Kramer propõe uma democracia mais ampla e participativa, crendo na participação popular e deliberação pública como vias de superação da disputa entre meros interesses facciosos. Porém, em contraponto, baseando-se em pesquisas e registros históricos, Griffin aponta o desinteresse da sociedade americana pela participação política. O autor

²⁷ GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**. Barcelona: Ariel, 1996.

²⁸ SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The paradox of Constitutional Democracy and Project of Political Justification. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 47.

²⁹ ellos, encontramos a autores como Larry Kramer, Akhil Amar, Jack Balkin, Sanford Levinson, Richard Parker o Mark Tushnet, todos ellos reunidos por una común desconfianza frente al elitismo que distingue a la reflexión jurídica contemporánea, a la vez que críticos de la obsesiva atención que se dedica en ella al poder judicial.

demonstra como a “opinião pública americana” tende a interpretar a necessidade de sua participação política como sintoma de uma disfunção do governo de ocasião. Em resumo, para o cidadão americano em geral, se ele precisa intervir, é porque o governo “não está fazendo o seu trabalho”.

Mais recentemente, apareceu no cenário teórico americano a contribuição interpretativa de Stanford Levinson, propondo uma apropriação crítica da obra Federalista. Levinson destaca como os federalistas estavam prioritariamente preocupados com questões práticas essenciais para a preservação do país recém-independente, enfocando temas como unidade, preservação do território, sistema financeiro e segurança externa. Eles não tinham em mente a confecção de uma teoria político ou institucional razoavelmente complexa e, muito menos, com pretensão de universalidade e ânimo de eternidade.

Podem ser percebidos, nessas leituras, chegando a altura do século XXI, uma dinâmica e um debate permanente do constitucionalismo americano, principalmente em relação aos tensionamentos entre a dinâmica política e a teoria constitucional, entre majoritarismo e contramajoritarismo.

Portanto, parte importante do constitucionalismo americano está no tensionamento entre majoritarismo e contramajoritarismo, entre os defensores de uma democracia mais participativa ou mesmo radical, e aqueles que ressaltam a necessidade de conter as deliberações de maiorias conjunturais em nome da preservação dos direitos dos grupos eventualmente

minoritários³⁰. Mais uma vez, percebe-se que a adequada compreensão do fenômeno constitucional depende, em primeiro lugar, do reconhecimento do tensionamento entre política e direito, e, em segundo, da necessidade da complementariedade entre a teoria constitucional e a ciência política. Autores como Kramer erram em sua análise ao se limitarem a uma visão unilateral desse processo, hipervalorizando ora o elemento político, ora o elemento institucional³¹.

4 ENTRE MAJORITARISMO E CONTRAMAJORITARISMO

A variável *majoritarismo vs. contramajoritarismo* está presente na discussão de poder de emenda³². A Convenção de

³⁰ PILDES, Richard H. Is the Supreme Court a 'Majoritarian' Institution? New York University School of Law. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper**, n. 11-01, jan., 2011.

³¹ Em junho de 1950, ao tomar posse como o último catedrático de Direito Constitucional, Afonso Arinos de Mello Franco apresenta ao que ele denominou de *uma leitura política do ensino do Direito Constitucional*. Ele concebia essa disciplina também no plano da institucionalidade, ao invés de se limitá-la a meras glosas dogmáticas, como era a praxe acadêmica da época. Disponível em: <<http://www.direito.ufrj.br/ppgd/images/PPGD/pdf/RevJ4.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

³² No exame de como o majoritarismo e o contramajoritarismo aparecem no tensionamento da teoria constitucional americana, não abordo a vertente interpretativista, de autores como Ronald Dworkin. Enfoca-se na vertente

Filadélfia de 1787 pontuou a delimitação do poder de emenda, prevalecendo uma postura institucional contrária a tese de Jefferson. Este defendia a abertura periódica de um procedimento facilitado de alteração constitucional. A opção convencional pela grande rigidez da Constituição americana segue estimulando a evidência dos tensionamentos institucionais presente entre a política americana e sua teoria constitucional. Essa perspectiva pode ser identificada já na decisão do famoso caso *McCulloch v. Maryland* (1819), que exemplifica a proposta da Suprema Corte de buscar princípios justiça natural na visão *pais fundadores* para subsidiar suas decisões. Para Edward White³³, o período até Marshall é a pré-história do constitucionalismo americano³⁴. Em seguida, desenvolve-se uma fase historicista.

Segundo White, no final do século XX, ocorre “giro histórico” do constitucionalismo, com a retomada da perspectiva historicista, destacando-se correntes como o originalismo, a teoria dos momentos constitucionais e os fundamentos do constitucionalismo popular. Assim, evidencia-se, mais claramente, uma disputa entre um majoritarismo democrático e um

institucionalista, de figuras como Mark Tushnet e Bruce Ackerman, entre outros, além da compreensão de giro histórico, apontada por Edward White. BOBBITT, Philip. **Constitutional fate: theory of the Constitution**. New York: Oxford University Press, 1984.

³³ WHITE, G. Edward. **History and the Constitution: collected essays**. Durham: Carolina Academic Press, 2007.

³⁴ VIEIRA, José Ribas (Org.). **Teoria constitucional norte-americana contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen juris, p. 04-06, 2011.

contramajoritarismo com base em determinadas visões constitucionais, como o originalismo. Nessa linha, White critica a proposta contramajoritária de Alexander Bickel, o qual acusa de esvaziar o contramajoritarismo de seu conteúdo histórico, criando categoria abstrata *ahistórica*.

Em relação ao tensionamento majoritarismo-contramajoritarismo, Bruce Ackerman defende que, a despeito de seu difícil processo de emenda, a Constituição de 1787 segue mudando através de “momentos constitucionais”. Nesses momentos, marcados por grandes eventos ou discussões nacionais, o conteúdo normativo da Constituição é problematizado, rediscutido e, eventualmente, redefinido. Assim, ele incorpora aos eventos informais de atualização da Constituição, atores não judiciais, como os movimentos sociais, recorrentemente responsáveis pela problematização de grandes questões nacionais, como prova a questão da luta pelos direitos civis da população negra americana. Griffin aceita a *teoria dos momentos constitucionais*, mas pondera que, em realidade, teríamos mais momentos constitucionais do que Ackerman anteviu, ainda que não discrimine tais alternativas.

De um modo global, o poder de emenda adotado pela Constituição de 1787, em termos de mudança constitucional, tolhe uma visão majoritária do processo constitucional americano. A grande dificuldade de alteração do texto constitucional opera um significativo efeito contramajoritário. Em relação a esse

tensionamento, o cientista político John Ferejohn defende a desnecessidade de alteração do texto constitucional, propondo que a atualização da ordem constitucional pode ser viabilizada por novas leis de natureza estatutária, como exemplifica o caso do *Obamacare*, que instituiu significativa reforma do sistema público americano de saúde³⁵.

Fundamentado numa perspectiva empírica, o cientista político Robert Dahl postula, em 1957, sua concepção majoritária³⁶. Ele defende que a Corte Suprema americana traduz, de forma permanente, a vontade majoritária. Para o autor, existem mecanismos institucionais e/ou políticos que promovem a articulação da expressão majoritária da sociedade com a Corte Suprema. Por isso, o *judicial review* e o majoritarismo não são incompatíveis, mas sim complementares. Em contraponto, cinco anos mais tarde, em 1962, Alexander Bickel apresenta sua concepção de contramajoritarismo, reconhecendo, porém, o perigo dessa corrente para o processo democrático³⁷. Como solução a essa dificuldade, Bickel ressalta a importância de a Suprema Corte cultivar aquilo que chamou de *virtudes passivas*, defendendo que os juizes da Suprema Corte devem se pautar por

³⁵ ESKRIDGE, William N.; Ferejohn, John. **A Republic of Statutes: The New American Constitution**. New Haven: Yale University Press, 2010.

³⁶ DAHL, Robert A. Decision making in a Democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. **Role of the Supreme Court Symposium**, n. 1, Journal of Public Law, p. 279-295, 1957..

³⁷ BICKEL, Alexander M., The least dangerous branch. **The Supreme Court at the bar of politics**. New York: Bobbs-Merrill, 1962.

medidas de contenção, a fim de conciliar o *judicial review* com a vontade democrática, por exemplo, deixando espaço para a maturação sociopolítica de certas controvérsias. Atualmente, as virtudes passivas elencadas por Bickel passam por uma leitura dialógica, em que a suprema judicial deve franquear espaço para a participação de outros atores no processo de interpretação constitucional. Ele defende procedimentos como o “amadurecimento”, em que a Corte posterga o julgamento, esperando que a causa e suas interpretações amadureçam, e o “minimalismo”.

Os tensionamentos abordados por Dahl e Bickel são melhor evidenciados quando analisados no bojo de situações concretas, como pode se ver no caso *Brown*, de 1954, no caso *Griswold v. Connecticut* (381 U.S. 479), de 1965, que antecipa partes do julgamento do aborto de 1973 (*Roe v. Wade*). Decisões como essa pontuam a trajetória da Corte Warren, como um momento de enfrentamento do tensionamento entre majoritarismo e contramajoritarismo, o qual já não podia mais ser meramente diluído ou ignorado. Destacadamente, a partir desse momento, a teoria constitucional americana procura novos caminhos, como a proposta teórica de Bruce Ackerman.

5 O DEPARTAMENTALISMO DE THAYER

Em 1893, na *Harvard Law Review*, James Thayer publica

o seu clássico texto sobre o *judicial review*³⁸. Lá está a tese do *departamentalismo*, em que defende a autonomia de competência dos poderes políticos. Nesse modelo, todos os poderes têm competência e legitimidade para a interpretação da Constituição, diluindo a questão do majoritarismo e contramajoritarismo.

Em certa medida, o viés departamentalista é retomado por Larry Kramer em texto de 2007³⁹, em que rebate as críticas à sua concepção de constitucionalismo popular. Ele questiona a atribuição da última palavra à supremacia judicial ao defender a necessidade de participação de todos os poderes constituídos no processo de interpretação constitucional. Vê-se, portanto, como também essa apropriação crítica do antigo departamentalismo se dá sob um viés marcadamente dialógico.

6 O PROCEDIMENTALISMO DE ELY

No início dos anos 80 do século XX, ultrapassando a fim superar a dicotomia majoritarismo-contramajoritarismo, John H. Ely propõe uma linha de pensamento diferenciada, partindo da

³⁸ THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, vol. VII, oct., n. 03, 1893.

³⁹ KRAMER, Larry D. Democracia deliberativa e constitucionalismo popular: James Madison e o “Interesse do Homem”. **Limites do controle de constitucionalidade**. São Paulo: Lumen Juris, p. 85-148, 2009.

defesa intransigente da democracia representativa⁴⁰.

Na parte final de sua obra, ele preceitua que, quando a democracia está sob “suspeição”, a sociedade deve se resguardar em determinados procedimentos. Ely resgata a decisão do caso *United States v. Carolene Products Company* (304 U.S. 144), de 1938, mais precisamente, o conteúdo de sua célebre nota n. 4, em que há uma histórica defesa das minorias⁴¹. Na sua visão, seu procedimentalismo afasta a contradição contramajoritária, pois, ao defender as minorias através de decisões tomadas na observância de procedimentos formais instituídos, a maioria também está decidindo, pois instituidora de tais procedimentos.

7 CONSTITUCIONALISMO POPULAR E DEMOCRÁTICO

Nos anos 90 do século passado, começam a se destacar as contribuições Mark Tushnet, inicialmente integradas nos *Critical Legal Studies*. Após adotar uma postura mais radical, Tushnet produz sua obra com o sugestivo nome de *Tirando a Justiça das Cortes*. Nela, Tushnet aproxima-se das diretrizes do

⁴⁰ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiância**. Uma toeira do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

⁴¹ Nas palavras de Ely: “(...) o direito constitucional existe para aquelas situações em que o governo representativo se torna suspeito, não para aquelas em que sabemos que ele é digno de confiança.”. ELY, John Hart. *Op. cit.*, 2016, p. 246.

constitucionalismo popular, mas mantendo uma posição mais intermediária do que a de Larry Kramer⁴², com a defesa de uma distinção que ficou famosa, aquela entre *judicial review* forte e fraca.

Nessa vertente da democratização do constitucionalismo, autores como Robert Post e Reva Siegel têm ressaltado a simbiótica relação de permanente aperfeiçoamento entre a decisão judicial e a sociedade⁴³. Destaque-se o processo político-social do *backlash*⁴⁴, em que a rejeição popular da decisão da jurisdição constitucional, apesar de problemática, tende a ensejar o aperfeiçoamento das decisões judiciais e do próprio processo decisório, tendo, portanto, um importante efeito positivo para o Poder Judiciário. Post e Siegel escreveram um famoso texto a respeito da reação sobre a decisão do aborto⁴⁵.

⁴² KRAMER, Larry D. **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad**. Madrid: Marcial Pons, 2011. (KRAMER, Larry D. *The people themselves: popular constitutionalism and judicial review*. New York: Oxford University Press, 2004.

⁴³ POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático**: por una reconciliación entre Constitución y Pueblo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, p. 43-118, 2013.

⁴⁴ KLARMAN, Michael. **How Brown changed race relations: the backlash thesis**. *The journal of American history*, v. 81, n. 1, 1994.

⁴⁵ POST, Robert C. **Democracy, expertise, academic freedom**: A first amendment jurisprudence for the modern State. New Haven: Yale University Press, 2012. POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Roer age: democratic constitutionalism and backlash**. *Havard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 42, 2007.

Jack Balkin⁴⁶ com o seu “living originalism” tem sido elencado no constitucionalismo democrático, uma vez que, para ele, a Constituição deve ser constantemente construída, ao invés de meramente aplicada ou interpretada. Ele pretende uma síntese criativa entre os contrapontos do originalismo clássico e da corrente da *living constitution*, cujos resultados práticos ainda carecem de análise⁴⁷.

8 TEORIAS DIALÓGICAS

Cristine Bateup⁴⁸ elabora, de forma sistemática, uma reflexão a respeito das teorias dialógicas. Ela apresenta tanto um caráter descritivo quanto uma perspectiva normativa. Após fazer um amplo inventário das teorias dialógicas, a autora propõe uma síntese, reunindo determinadas versões dessa matriz teórica, resultando numa versão final própria, ainda que assemelhada à teoria de Friedman.

A professora Christine Bateup sistematizou as diferentes

⁴⁶ BALKIN, Jack M. **Living Originalism**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

⁴⁷ STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

⁴⁸ BATEUP, Christine. **The dialogic promise**. Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. *Brooklyn Law Review*. Vol. 71:3.

propostas teóricas genericamente denominadas *teorias dialógicas*, que reúnem propostas de espectro bem diverso, como o resgate teórico de Bickel, o constitucionalismo democrático, de Post e Siegel, o constitucionalismo popular, de Kramer, e a tese de Barry Friedman.

Na sua obra de 2010, *The Will of the People*⁴⁹, Barry Friedman trabalha a relação entre opinião pública e jurisdição constitucional, entendendo suas decisões como parte de um diálogo com a sociedade, imprescindível para a construção da legitimidade da atuação da Corte na aplicação da norma constitucional.

Buscando apresentar uma versão síntese das teorias dialógicas, Bateup propõe uma espécie de *modelo de parceria*, em que os atores judiciais e não-judiciais são reconhecidos como iguais participantes no processo de interpretação da Constituição. Percebe-se como a teoria dialógica de Friedman serviu de núcleo para essa proposta-síntese, pois compreendida como parte essencial do constitucionalismo contemporâneo, ainda que, não se possa negligenciar o caráter problemático de categorias como “opinião pública”.

Diferindo um pouco, a proposta dialógica de Rosalind

⁴⁹ FRIEDMAN, Barry. **The will of the people**. How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

Dixon⁵⁰ qualifica seu dialogismo com o que chama de constitucionalismo cooperativo, enfocando na análise comparada de modelos constitucionais⁵¹.

Roberto Gargarella tem sido um dos maiores interpretes da contribuição americana e do diálogo latino-americano. Segundo Gargarella, historicamente, os países latino-americanos importaram, equivocadamente, a teoria conflitiva americana entre majoritarismo e contramajoritarismo. O constitucionalista argentino defende que a construção de um constitucionalismo latino-americano deve passar pela virada rumo à apropriação crítica das teorias dialógicas. Porém, cumpre perguntar se, diante da recorrente instabilidade política latino-americana, não seria mais adequado problematizarmos, primeiramente, a tese da disfuncionalidade, de Griffin, ou mesmo a *tese da desobediência constitucional*, de Louis Michael Seidman.

Após 1945, a Europa recebeu a teoria constitucional

⁵⁰ DIXON, Rosalind. Para fomentar el dialogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, p. 51-104, 2014.

⁵¹ A importância do constitucionalismo cooperativo porque a transição do sec. XX para o XXI é marcada pelo surgimento de novas denominações para movimentos constitucionais, como o constitucionalismo de transição, de transformação e o experimental. Essas formas surgem, principalmente, no bojo do constitucionalismo latino-americano.

americana, notadamente, na concretização das normas constitucionais, dentro de um cenário de redemocratização. Nessa linha, teve destaque as experiências do *judicial review*, em especial, na concretização dos direitos fundamentais, temperando o estrito modelo formal kelseniano de controle de constitucionalidade para além da defesa da ordem objetiva.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O debate americano constitucional do tensionamento entre majoritarismo e contramajoritarismo supera, hoje, as vertentes institucionais e interpretativas, para voltar-se para o texto constitucional e sua legitimidade. Obras recentes, como a de Stephen Griffin, apontando para a “disfuncionalidade” da Constituição de 1787, e a de Louis Seidman, defendendo uma posição de “desobediência” ao texto constitucional por uma perspectiva interpretativa, têm feito coro ao questionamento da Constituição como um *mito moderno*.

Têm se destacado no debate constitucional americano as tensões geradas pelas crescentes demandas de controle social, como as políticas estatais de combate ao terrorismo. As estratégias estatais de vigilância e controle de dados tem se chocado com direitos subjetivos consagrados e caros à sociedade americana. Recentes disputas sobre diversos temas problemáticos, como as questões ambientais, de imigração e sobre políticas sociais, como a levantada no julgamento do *Obamacare*, têm

revelado uma sociedade americana altamente fragmentada, com tensionamentos não imaginados pelo círculo homogêneo dos pais fundadores, e, conseqüentemente, com soluções não prevista na Constituição de 1787.

O constitucionalismo americano evidencia a importância da compreensão da complexidade do fenômeno constitucional, bem como a necessidade de abordar a relação entre a teoria institucional e a ciência política. Nesse sentido, ele tem ido até o questionamento da própria ideia de Constituição, servindo de lição para questionarmos ainda mais a irrefletida importação de paradigmas constitucionais e de pensamento ou mesmo a repetição de fórmulas do passado sem o necessário diálogo. Assim, as instabilidades que tem historicamente marcado Brasil e a América Latina servem de prova da necessidade de atentarmos para as contribuições da experiência americana no tratamento de seus tensionamentos político-constitucionais, em especial, na compreensão da complementariedade entre a teoria constitucional e a ciência política, a fim de construir matrizes teóricas, desenhos e práticas institucionais capazes de se alimentarem da experiência internacional, mas de forma crítica e atenta as singularidades de nossa realidade institucional, política e social.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **The decline and fall of the American Republic**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2010.

BALKIN, Jack M. **Living Originalism**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

BATEUP, Christine. The dialogic promise. Assessing the normative potential of theories of constitutional dialogue. **Brooklyn Law Review**, vol. 71:3.

BICKEL, Alexander M., The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics. New York: Bobbs-Merrill, 1962.

CHAPPEL, Vere (Org.). **The Cambridge Companion to Locke**. New York: Cambridge University Press, 1995.

COLÓN-RIOS, Joel I. **Weak Constitutionalism**. Democratic legitimacy and the question of constituent power. New York: Routledge, 2013.

DAHL, Robert A. Decision making in a Democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. Role of the Supreme Court Symposium, n. 1, **Journal of Public Law**, p. 279-295, 1957.

DIXON, Rosalind. Para fomentar el dialogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles. In: GARGARELLA, Roberto (Org.). **El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, p. 51-104, 2014.

DUHAMEL, Olivier; MÉNY, Yves. **Dictionnaire constitutionnel**. Paris: Puf, p. 89-91, 1992.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

ESKRIDGE, William N.; FEREJOHN, John. **A Republic of Statutes: The New American Constitution**. New Haven: Yale University Press, 2010.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales**. Madrid: Trotta, 2014.

FRIEDMAN, Barry. **The will of the people**. How public opinion has influenced the Supreme Court and Shaped the meaning of the Constitution. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

GARDBAUN, Stephen. **The new commonwealth model of constitutionalism: theory and practice**. New York: Cambridge University Press, 2013.

GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno**. Barcelona: Ariel, 1996.

GOZZI, Gustavo; SCHIEVA, Pierangelo (Org.). **Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale**. Bologna: Società editrice il Mulino, 1986.

GRIFFIN, Stephen M. **American Constitutionalism**. From theory to politics. Princeton: Princeton University Press, 1996.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. 2. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

JACOBSON, Arthur J.; SCHLINK, Bernhard (Org.). **Weimar – a jurisprudence of crisis**. Berkeley: University of California Press, 2000.

KÄGI, Werner. **La Constitución como ordenamento jurídico fundamental del Estado** – Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho Constitucional. Madrid: Dykinson, 2005.

KLARMAN, Michael. **How Brown changed race relations: the backlash thesis**. The journal of American history, v. 81, n. 1, 1994.

KRAMER, Larry D. **Democracia deliberativa e constitucionalismo popular: James Madison e o “Interesse do Homem”**. Limites do controle de constitucionalidade. São Paulo: Lumen Juris, p. 85-148, 2009.

KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. New York: Oxford University Press, 2004.

LEYDEN, W. Von. Hobbes and Locke. **The politics of freedom and obligation**. London: The Macmillan Press, 1982.

MARTINS, Leonardo. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Montevideú: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

PASQUINO, Pasquale. **SIYEES: et l'invention de la Constitution en France**. Paris: Odile Jacob, 1998.

PILDES, Richard H. Is the Supreme Court a 'Majoritarian' Institution? New York University School of Law. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper**, n. 11-01, jan., 2011.

POSNER, Eric A.; Vermeule, Adrian. **The Executive unbound**. After the Madisonian Republic. New York: Oxford University Press, 2010.

POST, Robert C. Democracy, expertise, academic freedom: A first amendment jurisprudence for the modern State. New Haven: Yale University Press, 2012.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. **Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre Constitución y Pueblo**. Buenos Aires: SigloVeintiuno, p. 43-118, 2013.

POST, ROBERT. Roer age: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, 2007.

SÁNCHEZ-CUENCA, Ignacio; LLEDÓ, Pablo. (Org.). **Artículos federalistas y antifederalistas**. El debate sobre la Constitución americana. Madrid: Alianza Editorial, 2002.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituição burguesa**. Qu'este-ce que le Tiers État? 6 ed. Rio de Janeiro, 2014.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Ouvres de Sieyès**. Paris: Edhis, 1990.

STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

SULTANY, Nimer. The State of Progressive Constitutional Theory: The paradox of Constitutional Democracy and Project of Political Justification. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, vol. 47, p. 371-455, 2012.

THAYER, James Bradley. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review**, vol. VII, oct., n. 03, 1893.

VIEIRA, José Ribas (Org.). **Teoria constitucional norte-americana contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011.

WHITE, G. Edward. **History and the Constitution**: collected essays. Durham: Carolina Academic Press, 2007.

WHITTINGTON, Keith E. Political foundations of judicial supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and constitutional leadership. *In*: U. S. History. New Jersey: Princeton University Press, 2007.

A CONTRIBUIÇÃO DE RONALD DWORKIN PARA A
TEORIA DO DIREITO
A PARTIR DO PARADIGMA DA INTEGRIDADE

RONALD DWORKIN'S CONTRIBUTION TO THE THEORY
OF LAW
FROM THE PARADIGM OF INTEGRITY

*Elke Mara Resende Netto Armando*¹

RESUMO: Este trabalho discute algumas das principais contribuições de Ronald Dworkin para a Teoria do Direito, notadamente o paradigma do Direito como Integridade. Buscamos identificar em que medida sua proposta pode acrescentar à problemática atual da interpretação jurídica, observando como sua hermenêutica do Direito coaduna com a situação jurídica observada na contemporaneidade a partir de sua aceção de direito como integridade. Ao examinarmos em que medida a filosofia dworkiniana responde a indagações dirigidas à epistemologia do Direito hodierna, observamos que o jurista e filósofo rompe com as doutrinas positivistas e pragmatistas na medida em que examina a prática jurídica sob um modelo por ele

¹ Pós-graduanda em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Gama Filho (UGF). Professora do curso de graduação em Direito no Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves (UNIPTAN). Bacharel em Direito pela Fundação Presidente Antônio Carlos (FUPAC).. Advogada. E-mail: elkearmando@gmail.com.

caracterizado como Princípio da Integridade. Em sua teoria da hermenêutica jurídica, o jusfilósofo problematiza a presença dos juízos de moralidade política na prática da interpretação jurídica e, mais ainda, preconiza a preservação da imparcialidade nessa interpretação. Nesse sentido, ao priorizar em sua filosofia do Direito valores como a coerência, a justiça, a equidade e o respeito aos princípios sedimentados na comunidade, Dworkin fornece caminhos para a consubstanciação de um Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Ronald Dworkin; Teoria do Direito; Interpretação Jurídica; Direito como Integridade; Democracia Associativa.

ABSTRACT: This paper discusses some of the major contributions by Ronald Dworkin's Theory of Law, especially the paradigm of law as integrity. We sought to identify the extent to which his proposal may add to the current problems of legal interpretation, noting how his hermeneutics of law is consistent with the legal situation in the contemporary world through his conception of law as integrity. To examine to what extent dworkinian philosophy responds to inquiries addressed to today's epistemology of law, we note that the jurist and philosopher breaks with positivist and pragmatists doctrines in the sense he examines the legal practice under a model characterized by him as Principle of Integrity. In his theory of legal interpretation, the jusphilosopher discusses the presence of the judgments of political morality in the practice of legal interpretation and, moreover,

advocates the preservation of impartiality in this interpretation. Accordingly, considering the priority given in his philosophy of law to values such as consistency, fairness, equity and respect to the principles cultivated in the community, Dworkin provides paths towards the realization of a democratic state.

KEYWORDS: Theory of Law; Legal Interpretation; Law as Integrity; Associative Democracy.

1 INTRODUÇÃO

Uma das características marcantes da contemporaneidade consiste na ênfase na democracia como um dos grandes ideais a serem concretizados pelas comunidades nacionais. Essa crença na democracia constitui um corolário do Estado de Direito, originado do ideal de liberdade contra o absolutismo em prol da disseminação igualitária dos valores democráticos, notadamente os chamados direitos humanos fundamentais (COMPARATO, 2003). Com efeito, as lutas sociais travadas desde as últimas décadas exemplificam a centralidade da democracia como objetivo de luta política no qual tomam parte movimentos sociais diversos (feministas, anti-racistas, ambientalistas, homoafetivos, entre outros), cada qual reivindicando direitos que, em última instância, relacionam-se à busca por legitimidade. Vale mencionar, também, os levantes populares nos países árabes e na Europa em prol da democracia participativa.

Não obstante os esforços efetuados em prol da concretização da democracia, essa luta está longe de encerrada, pois alguns grupos mais favorecidos têm-se mantido social e politicamente hegemônicos frente a outros (GIANNETTI, 2003). Isso implica, em esfera nacional, a formação de fronteiras internas pelo desempoderamento material e simbólico de determinadas regiões (o norte e o nordeste, no caso brasileiro) ou comunidades (os índios e os camponeses, por exemplo) marcadas por um histórico de desigualdade. Já em esfera transnacional, implica uma espécie de neoimperialismo escamoteado, sob a égide da globalização, por políticas econômicas e culturais que beneficiam as nações mais desenvolvidas (COSTA, 2006).

Frente a esse panorama, observa-se, no Direito contemporâneo, uma reflexão sobre seu estatuto social e jurisprudencial com vistas a adequá-lo a novas configurações sócio-culturais, morais e políticas. Donde a multiplicidade de estudos voltados para uma interpretação revisionista da Teoria do Direito e da Filosofia do Direito (OLIVEIRA, 2012). Inserido nesse contexto, este trabalho monográfico procede a um exame de alguns aspectos do pensamento do filósofo e jurista estadunidense Ronald Dworkin, professor de teoria e filosofia do Direito em Oxford, notabilizado por seu posicionamento crítico frente às correntes positivista e pragmatista em favor de uma concepção de Direito como Integridade e por sua reflexão acerca da prática hermenêutica no sistema jurídico.

Uma vez que a totalidade da obra de Dworkin é de difícil apreensão por ser vasta e complexa, este trabalho propõe menos um estudo detalhado sobre os postulados desse autor do que uma discussão mais pontual acerca das contribuições do jusfilósofo para a Teoria do Direito, notadamente o paradigma do Direito como Integridade, mediante uma leitura suas obras de maior envergadura, sobretudo *Levando os direitos a sério* (2002), *O império do Direito* (2003) e *La democracia possible* (2008), nas quais o autor apresenta possíveis caminhos para a consolidação de um Estado Democrático de Direito. Ao descrever e analisar alguns dos tópicos mais relevantes da teoria de Dworkin, buscamos identificar em que medida sua proposta pode acrescentar à problemática atual da interpretação jurídica, observando como sua hermenêutica do Direito coaduna com a situação jurídica observada na contemporaneidade a partir de sua acepção de direito como integridade em contraposição às perspectivas teóricas positivista e pragmatista.

2 A ACEPÇÃO DE DEMOCRACIA PROPOSTA POR DWORKIN

Em um contexto no qual grupos minoritários buscam espaço social e reivindicam direitos, investigar as formas de participação dos cidadãos no que Habermas (2003) denominou “esfera pública” configura um imperativo teórico e político de extrema relevância. Cumpre mencionar, de saída, que

os decênios finais do século XX foram balizados pelo advento de democracias constitucionais em substituição a modelos ditatoriais até então vigentes em países regidos pelo militarismo ou pela ditadura. Nesse contexto, passa a prevalecer a ideia de que a comunhão dos princípios democráticos e constitucionais configura um *modus operandi* governamental mais justo do que os modos de governo constitucionais em que não predomina a democracia (TRINDADE, 2002).

Embora o Estado Constitucional tenha emergido em simultaneidade com o Estado Democrático e de alguma forma ambos tenham em sua gênese fundamentos similares, o liame entre constitucionalismo e democracia não raro envolve conflitos em situações nas quais a solidificação do paradigma constitucional (no qual o governo é restritivo) limita o paradigma democrático (no qual o governo é exercido pelo povo) e vice-versa. Frente a essa dualidade, a democracia constitucional tem como desafio diminuir os conflitos ocorrentes em comunidades nacionais que, malgrado se constituam a partir de consenso coletivo, caracterizam-se pelo fato de os desejos dos cidadãos serem circunscritos por regras constitucionais por vezes inflexíveis (TOURAINÉ, 1996).

Em face dessa problemática, alguns posicionamentos teóricos contemporâneos têm apostado na ênfase no liame entre o direito e a moral. Segundo Sarmiento e Souza Neto (2007), trata-se de uma vertente a que se tem denominado neoconstitucionalismo

e que se distingue do jusnaturalismo pelo atrelamento do direito a uma perspectiva moral fundamentada em valores políticos e legitimada na prática ao invés de fazê-lo a partir de uma moral universalizante. Conforme acrescenta Vieira (2006), o neoconstitucionalismo tem entre suas maiores especificidades a importância conferida aos princípios e aos direitos fundamentais, bem como a valorização do pluralismo nos âmbitos jurídico e político e o julgamento de interesses.

A fim de se conceber a democracia é necessário levar em consideração os direitos humanos fundamentais, auspiciados pela noção de que há direitos fundamentais que devem ser propugnados no interior dos Estados de Direito. De acordo com Bobbio (2004) e Rabenhorst (2001), os direitos fundamentais constituem um fator preponderante para a efetivação da cidadania e, por extensão, da democracia, de modo que quando os direitos humanos fundamentais não são legitimados e assegurados não pode haver democracia. Portanto, um dos desafios nucleares da concretização da cidadania no interior de uma ambiência multicultural consiste na efetivação dos direitos fundamentais, no sentido de auferir aos mais diferentes grupos a oportunidade de exercer a dignidade em sua completude.

Na contemporaneidade, um dos arautos dessas discussões no âmbito do Direito é Ronald Dworkin, de modo que uma das entradas possíveis para a compreensão do seu pensamento jusfilosófico consiste em sua acepção de democracia, a qual procuramos caracterizar nesta seção do trabalho. Ao refletir

sobre uma perspectiva democrática possível, o jusfilósofo se volta para o paradigma estadunidense, que, a seu ver, passa por uma fase de grave risco político, devido, em parte, à ausência de debate político. Longe de ser uma prerrogativa norte-americana, essa situação tem ressonâncias em praticamente toda a cultura ocidental pretensamente democrática. Por isso a análise de Dworkin assume um caráter transnacional, podendo ser aplicada, *mutatis mutandis*, a contextos nacionais mais diversos, embora tenha como ponto de referência a situação dos Estados Unidos.

No entendimento de Dworkin (2008), duas concepções de democracia disputam espaço. Para a concepção majoritária, a democracia é o governo da vontade da maioria. A concepção alternativa, adotada por Dworkin, é a concepção associativa da democracia. As pessoas governam a si mesmas como associadas em uma empresa política coletiva. Nesse quadro, as decisões da maioria só serão democráticas se cumprirem certas condições protetivas dos cidadãos, sócios de pleno direito desta empresa. Assim, a comunidade que ignora sistematicamente os interesses de minorias ou grupos não merece a qualificação de democrática.

Esse doutrinador preconiza em sua teoria a consubstanciação de um espaço democrático no qual a diversidade seja valorizada em contraposição a uma perspectiva societária homogeneizante e monolítica. Com esse fito, o autor adota a noção de democracia associativa, partindo da premissa de que todos os modos de vida são igualmente legítimos perante o

Estado e de que toda vida humana possui um valor objetivo, não apenas subjetivo:

Ésta es una cuestión de valor objetivo, no meramente subjetivo; quiero decir que el hecho de que una vida humana tenga éxito o fracase no es sólo importante para la persona de cuya vida se trata, o sólo importante si, y porque, eso es lo que ele quiere. El éxito o fracaso de culaquier vida humana es algo importante em sí mismo, es algo que todos tenemos razones para querer o deplorar. [...] Así, con arreglo al primer principio, todos nosotros deberíamos lamentar que una vida se malogre como algo malo em sí mismo, sea la vida que se trate la nuestra o la de cualquier otra persona (DWORKIN, 2008, p. 24-25).

A seu ver, a democracia implica considerar todos os sujeitos como seres humanos merecedores de dignidade, de modo que o direito basilar consiste em receber igual tratamento por aqueles que estão no poder. Desta sorte, o primado da dignidade humana é ferido quando determinada parcela da população de uma entidade geopolítica é excluída dos direitos de decisão sobre os rumos de sua comunidade. Contrariamente, ratifica-se a dignidade humana todos têm igual direito participativo nos processos decisórios. Esses princípios constituem os pontos nevrálgicos da acepção de democracia associativa idealizada por Dworkin.

Para Dworkin (2008), a edificação de uma sociedade democrática pressupõe a assunção, por parte dos cidadãos, de uma posição ativa nos processos decisórios e no desenvolvimento societário, inclusive no que tange ao exercício do poder, tanto sob um prisma horizontal (entre concidadãos) quanto sob um viés vertical (entre concidadãos e Estado). Nesse sentido, pode-se afirmar que sua aceção de democracia associativa coaduna com a configuração sociocultural e política contemporânea, balizada pelo princípio multiculturalista, uma vez que tem em mira suplantar as discrepâncias no exercício da cidadania entre os cidadãos.

Na concepção dworkiana de democracia associativa, preconiza-se um regime democrático no qual não se exclui nenhum interesse em favor de outros, um regime no qual a associação implica, em fundamento, relações de respeito entre todos os cidadãos, de modo recíproco. Nesses termos, a democracia está intimamente atrelada aos outros aspectos da moralidade política e, por isso, deve visar a uma igualdade associativa a fim de se poder ter noção se uma decisão é ou não democrática; isso a partir de noções como igualdade, liberdade e justiça.

Em um contexto balizado pela divergência, Dworkin estabelece como primeiros passos para a consolidação da democracia associativa a observância a dois esteios nucleares, quais sejam, a igualdade e o autogoverno. A seu ver, a igualdade

constitui o elemento nuclear da noção de dignidade humana. A fim de que isso ocorra, os governantes não podem conceder prerrogativas a determinados grupos em detrimento de outros, já que a Constituição consagra direitos iguais a todos. O segundo elemento preconizado por Dworkin é o autogoverno, ou seja, o ordenamento político precisa levar em consideração a autonomia individual sobre a gestão de sua própria pessoa. Em outras palavras, o autogoverno consiste no modo como os sujeitos gerenciam a si próprios (DWORKIN, 2008).

Em sua perspectiva de integração, Dworkin (2005) sustenta que o indivíduo integrado deposita confiança na capacidade da organização social conferir a todos um mesmo tratamento, pois crê que todas as pessoas, sem embargo de suas diferenças culturais, sociais e econômicas, dão importância à ideia de justiça, de interesses coletivos, de bem comum e de possibilidade de divergência sadia. A seu ver, a dignidade da pessoa humana, vinculada aos direitos de liberdade e igualdade, constitui uma base fundamental para a convivialidade em um Estado Democrático e implica que cada cidadão possa exprimir sua opinião, seu modo de vida, ainda que tais características não sejam partilhadas homogeneamente pela coletividade. Isso significa que a democracia consiste em um regime no qual o conflito e a divergência são legítimos, pois o direito à diversidade é um pressuposto necessário para a democracia.

Essa perspectiva coaduna com a valorização dos direitos humanos. Tornou-se comum denominar “direitos humanos” os

direitos que concernem à dignidade da pessoa humana. Tais direitos não existem porque foram delegados pelo Estado mediante seu poder legislativo, mas, sim, porque os próprios cidadãos os constituíram mediante suas conquistas. De forma simplificada, pode-se afirmar que os Direitos humanos são possuídos pelos sujeitos simplesmente por serem humanos. Embora pareça muito simples, a noção de direitos humanos tem um caráter histórico marcado por grandes lutas e por isso é um feito revolucionário (LAFER, 1988). Devido a grandes massacres, escravizações e violências contra negros, judeus e indígenas, dentre outros, chegou-se à ideia de que os indivíduos precisam ser respaldados como possuidores de direitos incontestáveis. Por serem fundamentais, eles não podem ser negados nem trocados (VIEIRA, 2006). A valorização dos direitos humanos por Dworkin (2002) é tal que o jurista e filósofo os identifica, metaforicamente, como coringas, uma vez que eles, a exemplo das cartas do baralho, são investidos de um valor supremo em relação a quaisquer outros.

Portanto, a observância aos direitos fundamentais está no cerne da perspectiva democrática, pois constitui um indicador de cidadania, uma vez que a maior potencialidade da democracia consiste na possibilidade de os cidadãos atuarem com responsabilidade na esfera pública.

3 CRÍTICAS AO POSITIVISMO E AO PRAGMATISMO

A concepção de democracia assumida por Dworkin reflete em sua aceção de Direito e, por conseguinte, leva-o a tecer críticas contundentes às doutrinas positivista e pragmatista. O jusfilósofo estadunidense concebe o Direito enquanto fenômeno a ser interpretado, ou seja, a conceituação do que venha a ser o Direito implica, a um só tempo, interpretação do fazer jurídico e apresentação de um modo de interpretá-lo. É precisamente por isso que o autor considera importante discutir a interpretação em termos filosóficos, com o fito de esclarecer como ela se dá no âmbito do Direito e fazer frente ao às perspectivas às quais ele se opõe, notadamente o positivismo e o pragmatismo.

Por considerar o positivismo atrelado unicamente aos dispositivos reguladores jurídicos, o jusfilósofo se esforça para argumentar como tal modelo não consegue corresponder à complexidade de muitos casos com os quais o judiciário tem se deparado atualmente. Ao considerar que a concretização dos direitos fundamentais depende de se considerar tanto os princípios quanto as regras, o que vai de encontro a uma perspectiva normativa, Dworkin (2002) sustenta que para se levar os direitos sério é preciso, antes, desvencilhar-se da tradição positivista.

Para Dworkin (2002), na perspectiva positivista a prática jurídica se vincula às resoluções políticas precedentes, as quais criam normas jurídicas e nessas normas são expostos quais matérias devem ser tuteladas pela ingerência estatal. Uma vez que

tais decisões, mesmo em sua totalidade, não conseguem abranger todo o escopo das práticas sociais, quando inexistente uma jurisdição que consiga abarcar alguns casos específicos, o juiz se vale do poder discricionário para estabelecer um direito novo.

Em tais situações, a perspectiva positivista pondera que o direito estabelecido pelo juiz não era possuído por nenhuma das partes em litígio enquanto não foi criado e declarado judicialmente. Em outros termos, o positivismo concebe o Direito como uma gama de normas primárias e secundárias. Assim, essas novas regras são legitimadas juridicamente após testagem, sendo validadas mediante outra, que a precede, e que também precisa ser testada.

Ao proceder a uma avaliação dos princípios que fundamentam o positivismo jurídico, Dworkin observa que o paradigma positivista tem como base fundamentos como: i) a concepção de que o Direito vigente em uma coletividade constitui um grupo de regras das quais a comunidade se vale para estabelecer quais normas podem ser aproximadas e diferenciadas levando em consideração sua origem ou modo de evolução; ii) o rol de tais normas transcende a noção de Direito, resultando que se uma ou outra norma não dá conta de abranger um determinado caso, este não pode ser resolvido sob o jugo legal. Assim, o caso há que ser resolvido por um juiz avalizado pelo poder discricionário, ou seja, que transcende o limite da lei (DWORKIN, 2002).

Nesse sentido, quando se defrontam com casos sem precedentes, nos quais inexistem um direito pressuposto para as partes envolvidas numa lide, os juizes se vêm forçados a encontrar uma solução extrínseca ao Direito instituído. Em tais condições, devem lançar mão do seu poder discricionário. Nessa perspectiva, Dworkin observa que o Direito concebe as leis judiciais antecedentes como menos relevantes do que realmente são. Ao conceber o Direito nesses termos, o juiz, segundo Dworkin (2003), torna-se incongruente em relação ao ordenamento jurídico ao engendrar um novo direito a partir de embasamentos estranhos às resoluções políticas preexistentes.

Ao não problematizar o modo como os juizes se atêm às resoluções jurídicas precedentes ainda que em casos de difícil resolução, o positivismo se mostra falho enquanto hermenêutica da atividade judiciária (DWORKIN, 2003). Ao ver de Dworkin (2002), o positivismo incorre em equívoco ao se restringir a um padrão balizado por sistema de regras, passando ao largo da relevância de outros aspectos, os quais o jusfilósofo chama, em sentido lato, de princípios.

Ao se contrapor à perspectiva discricionária, vinculado ao positivismo, Dworkin acaba travando conflitos também com o pragmatismo. Segundo o jusfilósofo, o pragmatismo não confere importância necessária ao passado, pois passa ao largo das resoluções políticas antecedentes caso estas não tenham utilidade no futuro. Na perspectiva do pragmatismo, a ação coercitiva não encontra justificção no passado, afinal, não se pode auferir a um

cidadão um direito que prejudique outrem. Se bem que considere que o Direito não pode se basear somente no passado (tradição) sem ter uma mirada para o futuro, Dworkin considera que a perspectiva do pragmatismo não está afinada com uma realidade na qual os direitos e as regras declarados legalmente devem ser observados.

Dworkin (2003) considera inadmissível que o Direito tenha como um de seus fundamentos essa perspectiva pragmatista de eficiência. O autor não concorda com a subestimação da lei e dos antecedentes judiciais. Isso significa não levar os direitos a sério. Ora, se for possível proscrever os direitos já sedimentados e os antecedentes judiciais em prol de uma proposta de melhoria, essas pessoas não possuem um direito de fato. Em outros termos, levar os direitos a sério implica conceber que tais direitos têm existência factual e sejam capazes de restringir toda busca por melhoria para a comunidade. Isso porque tal melhoria deve se fundamentar nos direitos dos indivíduos, e não o oposto.

Sob esse prisma, o viés pragmatista incorre em erro ao propugnar um Direito destituído de direitos e que, por conseguinte, não é capaz de explicar atitudes coercitivas provenientes do Estado. Ademais, não consegue explicar de forma adequada uma atividade judicial contemporânea:

O pragmatismo não exclui nenhuma teoria sobre o que torna uma comunidade melhor.

Mas também não leva a sério as pretensões juridicamente tuteladas. Rejeita aquilo que outras concepções do direito aceitam: que as pessoas podem claramente ter direitos, que prevalecem sobre aquilo que, de outra forma, asseguraria o melhor futuro à sociedade. Segundo o pragmatismo, aquilo que chamamos de direitos atribuídos a uma pessoa são apenas os auxiliares do melhor futuro: são instrumentos que construímos para esse fim, e não possuem força ou fundamento independentes (DWORKIN, 2003, p.195).

Na perspectiva pragmatista, a decisão judicial seria orientada somente para o porvir, passando-se ao largo das regras e interpretações passadas. Noutros termos, o interprete teria liberdade para tomar decisões conforme lhe aprouvesse, bastando que seus processos decisórios fossem congruentes com as projeções para o futuro. Conforme a perspectiva dworkiniana, a aceção de Direito enquanto Integridade seria bem mais compatível com o ordenamento jurídico hodierno, como se verá na seção seguinte deste artigo.

Segundo Dworkin (2003), essa perspectiva colide com as aspirações sociais em relação ao que o autor denomina integridade, e este é o núcleo da teoria dworkiniana. Para ele, embora seja marcada por pluralidades e dissensões, uma comunidade possui alguns princípios basilares, tais como a liberdade, a equidade e a moralidade. Além disso, esses princípios

nucleares se consubstanciam como cânones que devem ser considerados na interpretação das leis vigentes nessa mesma comunidade.

Ainda que haja discordâncias em relação à envergadura e ao conteúdo desses princípios, a comunidade considera que o Direito deve ser revolido não a partir apenas de um desses princípios de forma estanque, mas de maneira coesa. Assim, o jusfilósofo identifica certa organicidade entre o Direito e a comunidade política, de modo que mesmo quando a resolução de um caso fosse A, poder-se-ia decidir por B a fim em observância à integridade do Direito em dada comunidade. Assim, essa segunda decisão é legitimada porque a integridade constitui um princípio absolutamente legítimo (DWORKIN, 2003). O princípio da Integridade será discutido mais detalhadamente nas seções seguintes.

4 REGRAS E PRINCÍPIOS

Outro ponto relevante na Teoria do Direito dworkiniana consiste na distinção entre regras e princípios. Ao preconizar a integridade como virtude cardinal numa comunidade jurídica, Dworkin (2003) descreve três diferentes modalidades de comunidades, quais sejam:

(i) o primeiro supõe que os membros de uma comunidade tratam sua associação apenas como um “acidente de fato da história ou da geografia” (ex.: dois náufragos numa mesma ilha) e que, portanto, padeceriam de uma convivência forçada, não se verificando um verdadeiro sentimento associativo;

(ii) o segundo modelo apresentado é o de uma comunidade de “regras”, em que seus membros aceitam o compromisso geral de obedecer às regras estabelecidas de modo específico por esta comunidade, porém negam que estas regras foram negociadas com base num compromisso comum com princípios subjacentes que são, eles próprios, fontes de obrigação;

(iii) o terceiro modelo associativo é o da comunidade de “princípios”, na qual as pessoas aceitam que são governadas por princípios comuns e não apenas por regras criadas por um acordo político. Para tais pessoas, a política tem natureza diferente: é uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, que concepção se deve ter de justiça, equidade, devido processo legal, etc. (DWORKIN, 2003, p. 252-254).

Podemos observar que, desses três paradigmas de comunidade supracitados, o que se mostra mais congruente com aquele idealizado pelo autor no que tange à valorização da integridade é aquele que preconiza os princípios. De fato, uma das

importantes teorizações de Dworkin consiste na distinção entre regras e princípios.

Dworkin (2002) afirma que os ordenamentos jurídicos não se constituem somente por normas, mas, outrossim, por princípios que não se reduzem facilmente a uma regra de reconhecimento universal e que são também cruciais para a formatação de uma decisão jurídica. Assim, os princípios têm um estatuto distinto das regras, pois se o confronto travado entre regras culmina na deslegitimação de uma delas, o enfrentamento entre princípios resulta tão somente na prevalência de um sobre o outro em uma circunstância específica, e não na invalidação do outro no sistema jurídico.

A seu ver, as regras são excludentes, de modo que não se pode considerar duas delas, quando contrapostas, como igualmente relevantes: uma ou outra deve ser invalidada em prol da escolhida. Já os princípios podem ser justapostos a outros princípios e regras. De fato, na concepção de Dworkin, conceber os princípios enquanto direitos implica recusar a tradição positivista, uma vez que estas são falhas ao partirem da premissa de que há um teste basilar válido para o aparato jurídico como um todo.

Considerando a complexidade do sistema jurídico atual, Dworkin sustenta que em um litígio dificilmente uma das partes não tenha nenhum direito, pois, ainda que não haja uma regra que lhe atribua direito, existirá um princípio que determinará que

uma das partes tem razão. Assim, a prática jurídica deve ser tomada não como uma atividade exercida por juízes que lançam mão da prerrogativa discricionária a fim de resolver as lacunas nas normas jurídicas, mas, sim, como uma atividade exercida por juízes que, em face de situações nas quais as normas não se mostram suficientes para contemplar certas demandas, procuram estabelecer princípios e, desse modo, assinalam qual curso deve ser seguido no processo.

5 O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Esta seção discute a teoria do direito como integridade, propalada por Dworkin (2002) como ponto cardinal para a fundamentação do ordenamento jurídico. Tal como definido por Dworkin (2002), o Direito como Integridade constitui um meio de analisar o fenômeno jurídico tentando suplantar as limitações das correntes positivista e pragmatista para uma melhor interpretação do ordenamento jurídico atual. Dadas as divergências entre o positivismo e o pragmatismo, Dworkin não procura tomar parte de uma delas; em vez disso, salienta as falhas de ambas e tenta suplantá-las a partir da noção de Direito como Integridade, que implica um atrelamento entre o Direito e a política.

De acordo com Dworkin (2002), os princípios precisam ser respeitados não simplesmente porque garantem determinado objetivo (político, econômico, social, etc.), mas, sim, porque

dizem respeito a uma demanda por igualdade, justiça e direitos. Assim, os argumentos baseados em princípios visam concretizar direitos em nível individual, ao passo que aqueles de ordem política visam concretizar direitos coletivos. Nesse sentido, o exercício do poder judiciário se calcaria em noções baseadas em princípios, enquanto as proposições baseadas em política ficariam a cargo do exercício parlamentar. Ao vincular a interpretações aos desígnios do intérprete, mas ressaltar a circunscrição de seu poder discricionário, Dworkin considera que ele deve se manter em posição dialógica com a comunidade em relação interativa.

Ao pensar numa coletividade personalizada, Dworkin entende que o corpo político engendra direitos e deveres partilhados pelos indivíduos. Assim, valoriza-se o papel desempenhado por todos os sujeitos inscritos no interior de uma coletividade, de modo que ele se torna agente na edificação dos princípios que vão reger o todo social. Nesse sentido, a concepção de Direito como Integridade se distingue por preconizar um Direito que se institui mediante dois agentes numa via de mão dupla, quais sejam, o locutor e seu interlocutor.

De fato, o princípio da integridade diz respeito à coerência de princípios no interior de uma comunidade geopolítica personificada, na qual a comunidade possui agência moral, sem embargo das divergências entre os sujeitos que partilham dela (DWORKIN, 2003). Os princípios associados à Integridade não são universais, ou seja, são específicos de uma

comunidade política em particular, uma vez que, ao ver do autor, os princípios existentes em uma coletividade se vinculam aos processos sociais e históricos particulares daquela comunidade, e cada comunidade tem seus próprios princípios de acordo com suas especificidades.

Na perspectiva da integridade, a coerência não se baseia somente em leis instituídas pelo sistema, principalmente, em regras subliminares vinculadas às decisões políticas que foram efetuadas no passado, bem como em princípios vigentes na coletividade. Assim, numa comunidade de princípios os cidadãos são geridos não somente por decisões políticas como também por princípios partilhados, afinal, os deveres e direitos coletivos não se circunscrevem às decisões monocentrais advindas das instituições reguladoras, mas, primordialmente, por princípios que exercem função unificadora.

Ainda segundo Dworkin (2003), somente quando se institui uma comunidade de princípios, vinculados às suas especificidades históricas, haverá uma coesão capaz de assegurar o princípio da integridade. O Estado só terá legitimidade plena, segundo Dworkin, quando o princípio da integridade for considerado nos processos decisórios das instituições que forma esse Estado e também no comportamento cotidiano dos sujeitos que estão sob a égide estatal.

Para Dworkin (2003), uma comunidade em que a integridade é preconizada enquanto virtude constitui um paradigma de comunidade especial na medida em que a

autoridade moral é elevada a fim de fundamentar a supremacia da coerção. A seu ver, a integridade tem relevância prática porque compete para a otimização do Direito. Na medida em que os sujeitos se reconhecem como gerenciados não somente por normas claras, consagradas por deliberações políticas legadas pelo passado, mas por outras normas oriundas dos princípios pressupostos por tais decisões, o repertório de regras consagradas publicamente é passível de se dilatar ou se comprimir, à proporção que os indivíduos adquirem mais condições de compreender e respeitar tais princípios.

Assim, o paradigma judiciário da integridade pressupõe que os juízes sejam capazes de considerar direitos e deveres legais como sendo estabelecidos por uma só pessoa, ou seja, a comunidade personificada. Dworkin estabelece uma teoria geral do Direito na contemporaneidade para reflita acerca dos princípios da igualdade política, bem como da justiça e dos processos judiciais de forma correlata. Dentro do paradigma da integridade a agência do juiz na interpretação jurídica é um aspecto que Dworkin problematiza com veemência, como se verá na seção seguinte.

5.1. O Juiz Hércules

Os poderes legislativo e judiciário assumem relevância fundamental para a concepção de democracia no pensamento de

Dworkin. Segundo o doutrinador, o legislativo deve responder ao imperativo da integridade ao conferir coesão moral à gama de regras vigentes na comunidade, isto é, qualquer ação decisória há que considerar em que medida sua posição é congruente com o repertório de princípios existentes na comunidade. Por seu lado, o poder judiciário precisa conceber a lei como situada no interior de um conjunto balizado pela coesão moral e, para isso, há que lançar mão do paradigma do juiz Hércules a fim de otimizar seus processos decisórios (DWORKIN, 2003).

Para exprimir sua concepção de como seria um método decisório ideal, Dworkin (2002) se vale da figura do juiz Hércules, dotado de aptidão, sapiência, calma e perspicácia. Possuidor de poderes e de tempo necessário para suas tomadas de decisão, Hércules consegue avaliar a totalidade das leis e dos antecedentes judiciais do sistema jurídico no qual ele atua, e de sua avaliação consegue captar os princípios que lhe servem de base. A partir dessa análise, ele pode julgar com vistas a realizar, da melhor maneira possível, os princípios adequados aos interesses coletivos de sua comunidade.

Ao se valer da metáfora hercúlea, Dworkin não pressupõe um juiz dotado de poderes sobre-humanos, pois a metaforização é utilizada para ilustrar como se daria a atuação dos juízes em termos de suas aptidões e encargos numa perspectiva idealizada. Ademais, baseia-se nas acepções de regra e princípio, mencionadas anteriormente, considerando que a distinção entre os dois conceitos reside no modo de aplicação de ambos, já que a

regra se pauta na radicalidade do tudo-ou-nada, enquanto o princípio se pauta na ponderação, ou seja, no comportamento reflexivo em face de questões polêmicas. Assim, em face de casos de fácil resolução, os juízes se valeriam da aplicação de regras, mas, diante de casos mais complicados, nos quais inexistente um paradigma decisório prévio, eles lançariam mão dos princípios (DWORKIN, 2002).

Em comentário às divergências teóricas entre Dworkin e Hart, Pereira (2012) esclarece:

O primeiro filósofo é apologista da seguinte metodologia: o direito positivado deve estar apto a responder a todas as questões juridicamente suscitadas; porém, caso se revele insuficiente, o Juiz deverá fazer uso da sua própria discricionariedade (aqui entendida já como poder discricionário) para assim colmatar as lacunas legais ao mesmo tempo que contribui para a construção do Direito. Ora, como não podia deixar de ser, esta abertura à entrada para acena jurídica do poder discricionário do Juiz da teoria de Hart é alvo de profundas críticas por parte de Dworkin que, inovadoramente, sugere que o resgate do Direito em falta por meio da compreensão conjunta do sistema principiológico que fundamenta todo o sistema jurídico. Ou seja, Dworkin, a fim de evitar esta margem de discricionariedade do

Juiz, pretende encontrar as peças em falta no puzzle do Direito, partindo já do alcance das normas jurídicas e, com os demais elementos constituintes do Direito, encontrar internamente a solução. Daí surgir a figura do *juiz Hércules e da única resposta correcta*. (p. 45; ênfase original).

Numa de suas obras fundamentais, Dworkin (2003) explica em que termos o Direito é contemplado em sua teoria:

Estudaremos o argumento jurídico formal a partir do ponto de vista do juiz, não porque apenas os juízes são importantes ou porque podemos compreendê-los totalmente se prestamos atenção ao que dizem, mas porque o argumento jurídico nos processos judiciais é um bom paradigma para a exploração do aspecto central, proposicional, da prática jurídica. Os cidadãos, os políticos e os professores de direito também se preocupam com a natureza da lei e a discutem, e eu poderia ter adotado seus argumentos como nossos paradigmas, e não os do juiz. Mas a estrutura do argumento judicial é tipicamente mais explícita, e o raciocínio judicial exerce uma influência sobre outras formas de discurso legal que não é totalmente recíproca. (p. 19).

Pela citação, observamos que Dworkin concebe o Direito a partir de um padrão hermenêutico centrado na figura do juiz, notadamente em situações nas quais este precisa tomar decisões difíceis, ou seja, nos casos que lhe exigem esforço de interpretação para selecionar qual regra ou princípio será usado.

Segundo o autor, mesmo em tais casos, o juiz, ao lançar mão de uma gama de princípios acerca dos direitos e deveres dos sujeitos, chegará à interpretação mais viável da composição política e do sistema jurídico vigente na comunidade para tomar a melhor decisão. Ou seja, mesmo em face de casos complexos, o juiz deve manter observância aos direitos pré-estabelecidos ao invés de criar novos direitos. Deve resolver questões polêmicas com base na melhor das interpretações, lançando mão dos princípios de forma coerente com a moralidade vigente em uma comunidade.

Essa argumentação, desenvolvida, sobretudo, em *Levando os direitos a sério* (2002), vai ao encontro da noção de direitos humanos fundamentais na medida em que Dworkin a situa adjuntamente a uma concepção de justiça na qual todos os concidadãos são humanamente iguais, sem embargo de suas disparidades culturais, raciais e socioeconômicas.

De acordo com Dworkin (2002), os juízes, ao estabelecerem direitos jurídicos, levam em conta as tradições morais sedimentadas na sociedade e apropriadas institucionalmente. O jusfilósofo, ao contrário do que possa

parecer inicialmente, não se vincula à corrente jusnaturalista, uma vez que a moralidade por ele preconizada se dá a partir de princípios tais como moralidade, teoria política e direito institucional. Nesses termos, a moralidade propugnada pelo juiz tem em mira a proteção do direito institucional no qual está inscrito e, além disso, a manutenção de congruência com princípios jurídicos institucionalmente legitimados. Assim, o juiz dworkiniano, em seu estabelecimento de direitos, não passa ao largo das tradições morais cristalizadas em uma coletividade, ainda que ele não partilhe dessas mesmas tradições (2002).

A partir do protótipo do juiz Hércules, o jusfilósofo procura idealizar um paradigma a ser utilizado em processos decisórios na seara judicial com vistas à diminuição do índice de erros (DWORKIN, 2002). Todavia, se o Hércules da mitologia constitui-se como um semideus, aquele imaginado por Dworkin não o é porque seu poder é limitado, afinal, ele precisa agir em conformidade com princípios e regras pré-estabelecidos. Nas palavras de Dworkin,

O leitor entenderá agora por que chamei nosso juiz de Hércules. Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes de direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas (DWORKIN, 2002, p. 182).

Uma vez que a base da teoria de Dworkin consiste na valorização da coerência, o modelo hercúleo consiste numa forma de enfatizar como deveriam ser efetuadas as tomadas de decisões judiciais. O juiz Hércules idealizado pelo jusfilósofo a fim de concretizar o modo de interpretação legislativa dworkiniano precisa deixar claro, em seu juízo acerca do Direito, a interpretação mais adequada dos princípios de igualdade em sua ambiência comunitária. De acordo com Dworkin, o Direito na atualidade se define pela concretude, pela determinação por uma integridade inclusiva. E é precisamente esse Direito que o juiz, seguindo o paradigma de Hércules, deve por em prática.

5.2. Metáfora do romance em cadeia

O romance em cadeia constitui outra metáfora adotada por Dworkin para problematizar a prática interpretativa do juiz e seus limites decisórios segundo o princípio da integridade e o ideal democrático.

Para Dworkin (2003), a prática judicial tem em mira o futuro, embora não prescindia do pretérito. Trata-se de uma dupla mirada, que contempla tanto o que já está sedimentado quanto tem um horizonte evolutivo. Isso significa que as regras e os antecedentes judiciais têm relevância ao configurarem uma

referência adotada pelos juízes para orientarem sua prática, sem, contudo, considerarem que terão nas resoluções políticas precedentes as regras que serão reiteradas *ad infinitum*. As resoluções políticas precedentes, as quais são concebidas como um todo coeso e inscrito em uma comunidade, que possui desejos sociais coesos, norteiam a atividade jurídica rumo à sua melhoria na consubstanciação desses princípios.

O autor compara a atividade jurídica a uma obra romanesca, escrita de forma perene por diversos autores, e os escritores (no caso, os geradores do sistema jurídico) comporiam cada um seu capítulo, mas levando em conta o que seus precursores escreveram nos seus respectivos capítulos e buscando da um bom desenvolvimento à história, a partir do que esta já vinha se desenvolvendo:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade (DWORKIN, 2003, p. 276).

Numa acepção metafórica de direito como um romance em cadeia, o juiz figura como escritor situado em uma etapa dessa cadeia, de modo que precisa levar em conta as decisões políticas de seus precursores ao adicionar ao enredo sua contribuição pessoal para o êxito da narrativa (DWORKIN, 2003).

Nessa perspectiva, as resoluções de casos complicados adviriam não do poder discricionário do juiz, mas da avaliação abrangente acerca da lei e dos antecedentes judiciais, nos quais se situam os fundamentos norteadores da ação política e judicial da coletividade, levando-o a optar pela decisão que seja a mais leal a eles. Assim, o exercício criativo do juiz não se atrelaria à eficiência, mas, antes, ao modo como as regras coadunam com princípios, com vistas ao incremento da norma, e à concretização de seus objetivos, os quais são sedimentados enquanto princípios.

Isso porque, tal como proposto por Dworkin (2002), o paradigma do direito como “integridade” considera que a comunidade política se encontra sob um jugo não somente das decisões políticas advindas dos poderes legislativo e executivo como, fundamentalmente, do sistema de princípios pressupostos por tais decisões. Desta sorte, os princípios precisam ser levados em consideração pelos juízes como embasamento para seus processos decisórios em casos complexos, de modo que:

Um juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados de acordo com a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz (DWORKIN, 2003, p. 263).

Ora, conforme o paradigma do “Direito como integridade”, o Direito não há que ser concebido pelo sistema judiciário enquanto um conjunto estabelecido de resoluções políticas passadas, mas, sim, como uma totalidade em que diversos fatores devem ser levados em consideração. Nesses termos, as decisões dos juízes não devem decorrer de suas preferências particulares, mas, sim, ser legitimadas enquanto demonstração de princípios, harmonizados de tal sorte como se criados por um só autor:

O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de

justiça e equidade (DWORKIN, 2003, p. 271-272).

O juiz, enquanto autor inserido na narrativa do romance em cadeia, não pode fazer *tabula rasa* da preeminência do legislativo, pois, conforme já afirmado anteriormente, ele tem de levar em conta o legado de seus antecessores já consagrado no sistema. Assim, o juiz não pode assumir um papel tirânico, uma vez que seu desígnio não pode ser imposto imperiosamente em seus processos decisórios. Essas teorizações confluem para a consubstanciação de um sistema legislativo e judiciário em que as tomadas de decisão em ambas as esferas sejam efetuadas de forma democrática (DWORKIN, 2003). Ainda conforme o autor,

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos. (...) Isto incluirá convicções sobre adequação e justificação. As convicções sobre a adequação vão estabelecer a exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se aceitável. Qualquer

teoria plausível desqualificaria uma interpretação de nosso próprio direito que negasse abertamente a competência ou a supremacia legislativa (...). Esse limiar eliminará as interpretações que, de outro modo, alguns juízes prefeririam, de tal modo que os fatos brutos da história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questões de justiça. Diferentes juízes vão estabelecer esse limiar de maneira diversa. Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral (DWORKIN, 2003, p. 305-306).

O princípio da integridade não pressupõe que os juízes adotem indiscriminadamente as resoluções tomadas no passado, mas, contrariamente, que concebam o Direito como sendo organizado por princípios congruentes, nomeadamente a justiça e a igualdade. Dito de outro modo, segundo o paradigma da integridade o passado institucional tem grande relevância, porém os processos decisórios empreendidos no sistema judiciário não podem ser realizados mediante uma simples repetição do passado. O poder judiciário precisa, pois, conciliar a observância às resoluções políticas da coletividade com as novidades que os

agentes dos processos jurídicos acrescentam ao repertório já existente no Direito estabelecido. Nesses termos, o juiz, exerce, em seu papel de interpretação, um duplo papel de crítico e autor, já que ao mesmo tempo deve analisar o passado e agir criativamente. Por isso a metáfora do romance em cadeia, no qual cada autor deve dar prosseguimento à história construindo um enredo coeso com o que foi escrito por seus predecessores, tal como se a obra fosse elaborada por um só autor.

O juiz, quando em face de um caso de difícil solução, encontra-se em condição semelhante à do romancista em cadeia, pois precisa dar prosseguimento à interpretação acerca dos direitos e deveres dos cidadãos como se tais direitos e deveres fossem estabelecidos por um só autor, qual seja, a comunidade personificada. Todavia, distintamente da lógica estabelecida no romance em cadeia, a integridade do direito não é sustentada pelo julgamento de padrões estilísticos, mas, antes, pelo julgamento dos princípios jurídicos já convencionados pelos concidadãos. Donde a necessidade de se manter congruente, em suas decisões, com as decisões anteriores.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O escrutínio da democracia na contemporaneidade constitui uma temática cara às pesquisas atuais na seara das Humanidades, em particular no campo epistemológico do

Direito. Nesse cenário, este trabalho procurou examinar em que medida a perspectiva dworkiniana do Direito como Integridade traz respostas consistentes para as indagações dirigidas à epistemologia do Direito na atualidade.

Na filosofia de Dworkin, o ideal de atitude democrática tem como complementação duas conceituações por ele criadas, quais sejam, a noção de comunidade de princípios e o Princípio da Integridade. Tais conceitos se atrelam à acepção de coerência de princípios no cerne de uma coletividade que partilha interesses políticos em comum, de modo que as tomadas de decisão serão tão legítimas quanto obedecerem aos princípios instituídos (DWORKIN, 2003).

Com vistas à conceituação do Direito mediante uma perspectiva teórica capaz de explanar o fazer jurídico na contemporaneidade, Dworkin se distancia das noções tradicionais de Direito, oriundas do positivismo e do pragmatismo, em favor de uma teoria que concebe o Direito como Integridade. Considerando o liame entre o Direito e a ingerência exercida por um Estado que almeja assegurar determinados direitos e deveres pré-determinados, Dworkin empreende uma análise do positivismo, do pragmatismo e da integridade, estabelecendo distinções entre essas perspectivas a partir do modo como cada qual explica como a prática judicial é influenciada por decisões políticas anteriores.

Conforme visto neste trabalho, na contemporaneidade, a atividade judiciária se caracteriza por uma concepção de Direito

balizada pela crescente inscrição dos atores do poder judiciário como “criadores” de direitos. Isso é evidente na caracterização do juiz, na metáfora criada por Dworkin, como um escritor de romance, malgrado no Direito a dimensão criativa deva obedecer a restrições que não ocorrem no campo da criação estética.

Em decorrência do solapamento das balizas entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, as práticas interpretativas efetuadas na seara do Direito precisam ter em seu horizonte referencial o liame entre Direito e Política enquanto instâncias inter-relacionadas. Atento a esse imperativo, Dworkin procede a uma interpretação da prática judicial enquanto um exercício hermenêutico, no qual a dimensão da criatividade é circunscrita pelo compromisso de levar em conta as resoluções políticas antecedentes.

Todavia, na perspectiva de Dworkin as resoluções políticas precedentes devem ser consideradas não como modelos a serem emulados, mas, sim, como um conjunto de regras e princípios que precisam ser ressignificados segundo as especificidades de novos contextos sociais e jurídicos para que se mantenham atualizados e efetivos. Ao assumir esse ponto de vista, o jurista e filósofo estadunidense rompe com as doutrinas positivistas e pragmatistas na medida em que examina a prática jurídica sob um modelo por ele caracterizado como Princípio da Integridade.

Conforme o paradigma da integridade, a prática jurídica constitui um *work-in-process* nunca acabado, pois está sempre sendo atualizado. Esse trabalho é também coletivo, pois não apenas visa o bem-estar de uma comunidade de princípios como leva em consideração os próprios princípios aceitos pela comunidade e sedimentados em seu arranjo social. Trata-se de um trabalho coletivo, ainda, porque os operadores jurídicos não têm autonomia para tomarem decisões conforme seu desejo pessoal, pois devem levar em conta o que foi estabelecido no passado por seus predecessores para, a partir desses parâmetros, tomar decisões que visem ao aperfeiçoamento da comunidade.

Assim, o operador do Direito deve agir no limite da lei, mantendo rígida observância ao conjunto de ritos e medidas protocolares que caracterizam a especificidade de seu enquadramento funcional. Nesses termos, a prática jurídica consiste na esfera de atuação em que o agente, numa ordem social democrática, deve satisfazer o interesse coletivo, agindo dentro das balizas delimitadas judicialmente para o exercício de seu cargo. Nesse sentido, qualquer forma de abuso de poder, de anteposição do interesse individual ao bem-estar coletivo ou de concessão de privilégios redundante em ofensa aos princípios éticos e morais.

Este texto não teve o intento de propugnar ou contestar o paradigma jurídico do Direito como Integridade. Dentro das limitações de um trabalho monográfico de extensão limitada, procuramos somente descrever *grosso modo* alguns dos pontos

nevrálgicos de sua teoria e contextualizá-la em uma conjuntura contemporânea de reflexão sobre a prática jurídica. De qualquer modo, foi possível observar o esforço do jusfilósofo em propor uma concepção de Direito que visa à efetivação de um Estado Democrático de Direito a partir da ruptura com legados do positivismo e do pragmatismo. Nesse sentido, podemos considerar que as contribuições de Dworkin para a Teoria do Direito são relevantes, independentemente das contestações que se possam fazer a elas.

O pensamento de Dworkin, ao enfatizar as tomadas de decisão do juiz e as questões aí envolvidas, constitui um importante instrumental para a compreensão do papel desempenhado pelo judiciário no Estado Democrático de Direito. Afinal de contas, o Poder Judiciário é potencialmente uma instância capaz de prover proteção aos grupos minoritários e subalternos em face das formas de desigualdade e da ingerência estatal.

Dentre seus vários méritos, Dworkin se debruça, a partir do paradigma do Direito como Integridade, sobre uma das questões mais complexas no âmbito da filosofia do direito, qual seja, a interpretação. Em sua teoria da hermenêutica jurídica, o jusfilósofo tem o mérito de problematizar a presença dos juízos de moralidade política na prática da interpretação jurídica e, mais ainda, de fazê-lo tendo em mira a preservação da imparcialidade nessa interpretação.

Nesse sentido, ao preconizar em sua filosofia do Direito valores como a coerência, a justiça, a equidade e o respeito aos princípios coadunados com o ideal de moralidade cultivado por uma determinada comunidade, Dworkin fornece caminhos para a consubstanciação de um Estado Democrático de Direito. Assim, consideramos que sua teoria constitui uma das formas legítimas de interpretação do Direito contemporâneo, embora, evidentemente, não seja a única e haja controvérsias acerca de sua fundamentação.

REFERÊNCIAS

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

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Sérgio. *Dois atlânticos*: teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: Teoria e prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **La democracia possible**: princípios para um nuevo debate político. Barcelona: Paidós Ibérica, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GIANNETTI, Eduardo. **Vícios privados, benefícios públicos?: A ética na riqueza das nações**. São Paulo: Cia. das Letras, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

OLIVEIRA, Alfredo Emanuel de Farias. **O fundamento dos direitos da personalidade**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

PEREIRA, Maria Amélia Simões Mesquita. **A humanidade do Julgador e a demanda judicial: que relação com a verdade?** Dissertação (Mestrado em Direito Judiciário). Escola de Direito, Universidade do Minho, 2012.

RABENHORST, Eduardo. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Orgs.). **A constitucionalização do direito**: Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** Petrópolis: Vozes, 1996.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**. São Paulo: Direito GV/Malheiros, 2006.