

Revista VIDERE

Ver, olhar, considerar.



ISSN 2177-7837
Dourados, v. 08. n.15, jan/jun.2016

Revista da Faculdade de Direito e Relações Internacionais & do Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos da UFGD - Universidade Federal da Grande Dourados

UFGD editora

VIDERE

v. 08, n. 15



UNIVERSIDADE FEDERAL
DA GRANDE DOURADOS
Coordenadoria Editorial

UFGD
Reitora: Liane Maria Calarge
Vice- Reitor: Marcio Eduardo de Barros

COED
Coordenador Editorial: Rodrigo Garófallo Garcia
Técnico de Apoio: Givaldo Ramos da Silva Filho

FADIR
Diretor da Faculdade de Direito e Relações Internacionais: Alfa Oumar Diallo

Conselho Editorial Internacional
Dr. Amine Ait Chaalal (Universidade Católica de Louvain-La-Neuve – Belgica); Dr. Daniela Castilhos (Universidade Portucalense – Portugal); Dr. Daniel G. Shattuc (Universidade do Novo México – USA); Dr. Eugéne Tavares (Unidade Assane Seck de Ziguinchor – Senegal); Dr. Gonçal Mayos Solsona (Universidade de Barcelona); Dr. Juan Ramón Pérez Carrillo (Universidade de Granma – Cuba); Dr. Nuria Belloso Martín (Universidade de Burgos – Espanha); Dr. Francesco Rubino (Universidade de Paris I – França); Dr. Paulo Ferreira da Cunha (Universidade do Porto – Portugal); Dr. Rodrigo Perez (Universidade de Atacama – Chile); Dr. Bruno Sena Martins (Universidade de Coimbra)

Conselho Editorial Nacional
Dr. Alexandre Melo Franco Bahia (UFOP); Dr. Amilton Bueno de Carvalho (TJRS); Dr. Dr.Antônio Carlos Diniz Murta (FUMEC); Dr.Bruno Galindo (UFPE); Me. Camila Soares Lippi (UNIFAP); Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite (UFES); Dr. Celso Hiroshi Iocohama (UNIPAR); Dr. Cesar Augusto Baldi (UNB); Dr. Cristina Pazo (Universidade de Vitória); Dr. Edson Fernando Dalmonte (UFBA); Dr. Edson Ferreira de Carvalho (UNIFAP); Dr. Fábio Amaro da Silveira Duval (UFPel); Dr. Francisco Pereira Costa (UFAC); Dr. José Ribas Vieira (UFRJ); Dr. Maria dos Remédios Fontes Silva (UFRN); Dr. Maria Goreti Dal Bosco (UFF); Dr. Marilia Montenegro Pessoa de Mello (UFPE); Dr. Rafael Lamera Cabral (UFERSA); Me. Renan Honório Quinalha (USP); Dr. Renato Duro Dias (UFRG); Dr. Rafael Salatini de Almeida (UNESP); Dr. Roberto Fragale Filho (UFF); Dr. Samuel Barbosa (USP); Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho (UFG); Dr. Saulo Tarso Rodrigues (UFMT); Dr. Sebastião Patricio Mendes da Costa (UFPI); Me. Thaisa Maira Held (UFMT); Dr. Vanessa Alexandra de Melo Pedroso (UCP); Dr. Wanise Cabral Silva (UFF)

Conselho Editorial Interno
Dr. Helder Baruffi - UFGD
Me. Tiago Resende Botelho - UFGD
Me. Arthur Ramos do Nascimento - UFGD

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central - UFGD

Videre: Revista da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD/ Universidade Federal da Grande Dourados (v. 8, n. 15, jan./jun. 2016) - Dourados, MS : UFGD, 2016 -.

Semestral

e-ISSN: 2177-7837

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal da Grande Dourados. Faculdade de Direito e Relações Internacionais.

Revista VIDERE
v. 8 n. 15, jan./jun 2016

UNIVERSIDADE FEDERAL
DA GRANDE DOURADOS
Coordenadoria Editorial

Revista Semestral do Programa de Pós-Graduação em Fronteiras e Direitos Humanos
da Universidade Federal da Grande Dourados - UFGD
Videre, Dourados, MS, v. 8, n.15, jan./jun. 2016

VIDERE
v. 8, n.15, jan./jul., 2016

EDITORES

Helder Baruffi
Doutor em Direito & professor aposentado da FADIR – UFGD

Tiago Resende Botelho
Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra & professor da FADIR – UFGD

Arthur Ramos do Nascimento
Mestre em Direito Agrário pela UFG & professor da FADIR - UFGD

REVISÃO
A revisão gramatical é de responsabilidade dos(as) autores(as).

CAPA
Guilherme Leite

MC&G DESIGN EDITORIAL
Adaptação Diagramação

Correspondências para:

UFGD/FADIR
Universidade Federal da Grande Dourados
Faculdade de Direito e Relações Internacionais - FADIR
Rua Quintino Bocaiúva, 2100 - Jardim da Figueira, Dourados - MS, 79824-140
Fones: +55 67 3410-2471 / Fax: +55 67 3421-9493

SUMÁRIO

EDITORIAL 7

APRESENTAÇÃO 9

DIREITOS HUMANOS, POVOS INDÍGENAS E INTERCULTURALIDADE 11
Pedro Pulzatto Peruzzo

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA, SOLIDÁRIA E SUSIDIÁRIA DO ESTADO POR OMISSÃO EM FACE DE DANO AMBIENTAL.....26
Marcelo Antonio Theodoro
Laís Batistuta Silva

OS DIREITOS HUMANOS NAS ENCRUZILHADAS DA EMANCIPAÇÃO: AS LUTAS SOCIAIS E AS ESCALAS DA CONTRA-HEGEMONIA.....54
Adriano Moura
Bruno Sena Martins

PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO, MORALIDADE E REPÚBLICA ...69
Roberto Wanderley Nogueira
Carlos Jair de Oliveira Jardim

PERSPECTIVAS PARA A POLÍTICA FUNDIÁRIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO.....100
Mauê Ângela Romeiro Martins

O INSTITUTO DA SUSPENSÃO E EXPULSÃO DE ESTADOS-MEMBROS NOS TERMOS DA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS.....119
Valéria R. Zanette

IDENTIDADE E DIVERSIDADE CULTURAL COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS: RELAÇÃO DE INSTRUMENTALIDADE E PERSPECTIVAS NO CONTEXTO INTERNACIONAL.....147
Pedro Bastos De Souza

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: O PRINCIPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS RELAÇÕES DE TRABALHO 168
Gabriel Ocampos Ricartes

DA APLICAÇÃO DO JUS COGENS PARA O COMBATE DO GENOCÍDIO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA 190
Josycler Aparecida Arana Santos

O ESTADO GARANTIDOR E A INTERVENÇÃO NA ORDEM ECONÔMICA PARA PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DOS CONSUMIDORES.....212
Raquel de Freitas Manna

DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE E TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL: DA (IR)RACIONALIDADE À NORMATIVIDADE 244
Camila Rodrigues Neves de Almeida Lima

EDITORIAL

A Revista *Videre* é um periódico editado semestralmente pelo curso de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados na cidade de Dourados, Estado de Mato Grosso do Sul, com e-ISSN 2177-7837 e qualificada no Qualis Capes.

O Conselho Editorial da revista, pautado no significado da palavra videre – ver, olhar e considerar -, tem por objetivo publicizar de forma democrática e gratuita as muitas visões, olhares e considerações nas áreas das ciências aplicadas e humanas, envolvendo cientistas nacionais e internacionais

O símbolo da revista, a mulher indígena, foi desenhada pelo grafiteiro Amarelo e encontra-se estampada nos muros do CEUD – UFGD. Representa as questões de gênero e étnica, o multiculturalismo, epistemologia, Direitos Humanos, democracia e teoria do reconhecimento, temáticas de difíceis inserções na realidade regional e nacional. Temas enfrentados na tessitura das letras que constroem a revista.

Os autores e autoras buscam, por meio da interdisciplinaridade das visões, olhares e considerações teorizar a realidade social com seus estudos científicos na página eletrônica da Revista *Videre*.

A Revista *Videre,* para além da contribuição com a propagação das pesquisas científicas, serve de ponte entre as graduações e os programas *stricto sensu*. Desta maneira, abrange temas interdisciplinares, que tratam de assuntos relativos às áreas: Estado e Espaços Jurídicos; Cidadania, Justiça e Reconhecimento; Sistemas Políticos, Democracia, Desenvolvimento e Direitos Humanos; Estudos Internacionais, Multitemáticos e Direito; Gênero, Raça e etnia; Estudos Fronteiriços; Educação, pobreza e desigualdade social; América Latina e seus desafios contemporâneos.

As seções da revista estão divididas em: artigo científico; ensaio; resenha/rescensão; resumo; estudo de caso; agenda e entrevista.

Os trabalhos submetidos à Revista *Videre* passam por pareceristas nacionais e internacionais *ad hoc,* de notório saber e capacidades inquestionáveis, aos quais cabem a decisão pela publicação. Os artigos são avaliados pelos pareceristas em regime de *blind peer-review.* A revisão e o conteúdo dos artigos são de total responsabilidade dos autores e não expressam a opinião do conselho editorial

É autorizada a reprodução do conteúdo publicado, desde que não se altere seu conteúdo e seja citada a fonte.

As capas da Revista *Videre* buscam, desde seu germinar, difundir visões, olhares e considerações a respeito da realidade local do município de Dourados – MS.

O Conselho Editorial interno é composto pelos professores do curso de Direito da Universidade Federal da Grande Dourados Helder Baruffi, Tiago Resende Botelho e Arthur Ramos do Nascimento.

O Conselho Editorial nacional se constrói com o esforço e dedicação de Dr. Alexandre Melo Franco Bahia (UFOP); Dr. Amilton Bueno de Carvalho (TJRS); Dr. Dr.Antônio Carlos Diniz Murta (FUMEC); Dr.Bruno Galindo (UFPE); Me. Camila Soares Lippi (UNIFAP); Dr. Carlos Henrique Bezerra Leite (UFES); Dr. Celso Hiroshi Iocohama (UNIPAR); Dr. Cesar Augusto Baldi (UNB); Dr. Cristina Pazo (Universidade de Vitória); Dr. Edson Fernando Dalmonte (UFBA); Dr. Edson Ferreira de Carvalho (UNIFAP); Dr. Fábio Amaro da Silveira Duval (UFPel); Dr. Francisco Pereira Costa (UFAC); Dr. José Ribas Vieira (UFRJ); Dr. Maria dos Remédios Fontes Silva (UFRN); Dr. Maria Goreti Dal Bosco (UFF); Dr. Marilia Montenegro Pessoa de Mello (UFPE); Dr. Rafael Lamera Cabral (UFERSA); Me. Renan Honório Quinalha (USP); Dr. Renato Duro Dias (UFRG); Dr. Rafael Salatini de Almeida (UNESP); Dr. Roberto Fragale Filho (UFF); Dr. Samuel Barbosa (USP); Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho (UFG); Dr.

Saulo Tarso Rodrigues (UFMT); Dr. Sebastião Patricio Mendes da Costa (UFPI); Me. Thaisa Maira Held (UFMT); Dr. Vanessa Alexandra de Melo Pedroso (UCP); Dr. Wanise Cabral Silva (UFFO Conselho Editorial internacional é honrosamente integrado por Amine Ait Chaalal, Daniela Castilhos, Daniel G. Shattuc; Eugéne Tavares, Gonçal Mayos Solsona, Juan Ramón Pérez Carrillo, Nuria Belloso Martín, Francesco Rubino, Paulo Ferreira da Cunha, Rodrigo Perez Lisicic, Bruno Sena Martins.

O Conselho Editorial internacional é honrosamente integrado por Dr. Amine Ait Chaalal (Universidade Católia de Louvain-La-Neuve – Belgica); Dr. Daniela Castilhos (Universidade Portucalense – Portugal); Dr. Daniel G. Shattuc (Universidade do Novo México – USA); Dr. Eugéne Tavares (Unidade Assane Seck de Ziguinchor – Senegal); Dr. Gonçal Mayos Solsona (Universidade de Barcelona); Dr. Juan Ramón Pérez Carrillo (Universidade de Granma – Cuba); Dr. Nuria Belloso Martín (Universidade de Burgos – Espanha); Dr. Francesco Rubino (Universidade de Paris I – França); Dr. Paulo Ferreira da Cunha (Universidade do Porto – Portugal); Dr. Rodrigo Perez (Universidade de Atacama – Chile); Dr. Bruno Sena Martins (Universidade de Coimbra).

O Conselho Editorial interno da Revista *Videre* pode ser contactado pelo endereço: Universidade Federal da Grande Dourados - Faculdade de Direito e Relações Internacionais – FADIR- Rua Quintino Bocaiúva, 2.100, Jardim da Figueira, CEP 79.824-140, Dourados/MS – telefone: (67)3410-2471 e e-mail: revistafadir@ufgd.edu.br .

APRESENTAÇÃO

É difícil antever o que o futuro pode oferecer e há ventos preocupantes soprando nesse ano de 2016 que se inicia. Diante de tantas questões complexas no cenário político, econômico e social nacional e mundial, há razões para manter a esperança?

A presente edição da Revista *Videre* (jan./jun de 2016) de forma comprometida e atenta às questões inter e transdisciplinares se redefine e revisa, buscando oferecer em suas páginas debates atuais e interessantes. A Faculdade de Direito e Relações Internacionais, "casa" da Revista *Videre,* também caminha nesse sentido e iniciou nesse primeiro semestre de 2016 o Mestrado Interdisciplinar em Fronteiras e Direitos Humanos. O referido programa de pós-graduação stricto senso é mais um resultado dos esforços de muitos colaboradores que atuaram e atuam na revista, buscando sempre a valorização das pesquisas interdisciplinares voltadas, com especial estima, para as temáticas de Direitos Humanos.

A leitora e o leitor observarão na presente edição (e nas futuras) as mudanças realizadas paulatinamente pela equipe editorial da *Videre* que está atuando de forma intensa para melhorar ainda mais o conteúdo, formato e cientificidade em que a revista é oferecida. Essa luta se motiva pela importância de preencher os requisitos Qualis-CAPES-Direito e oferecer sempre o melhor conteúdo para a comunidade acadêmica.

Iniciamos essa apresentação da revista com uma reflexão sobre o futuro e esperança. Há razões para manter a esperança mesmo diante de tempos sombrios? Observando os artigos publicados na presente edição da *Videre* somos levados a acreditar que existe razões para acreditar.

As autoras e os autores, Pedro Pulzatto Peruzzo, Marcelo Antonio Theodoro, Laís Batistuta Silva, Bruno Sena Martins, Adriano Moura, Roberto Wanderley Nogueira, Carlos Jair de Oliveira Jardim, Mauê Ângela Romeiro Martins, Valeria Rodineia Zanette, Pedro Bastos de Souza, Gabriel Ocampos Ricartes, Josycler Aparecida Arana Santos e Raquel de Freitas Manna tiveram seus artigos criteriosamente avaliados por dois avaliadores ad hoc, de notório saber na área exigida pelo artigo, em regime de blind peer-review, que avalizaram a publicação por possuírem rigor científico, criticidade teórica e capacidade de emancipação social.

Esses competentes pensadores dos mais diversos olhares sobre as questões sociais acreditam nos direitos humanos e na Democracia. É possível notar a sensibilidade das pesquisadores e pesquisadores quando o leitor se depara com o zelo na observação da questão indígena e a interculturalidade, na preocupação com o Meio Ambiente e a identificação da responsabilidade objetiva (especialmente em uma realidade como a do desastre de Mariana – MG), o pensamento crítico sobre os direitos humanos e as lutas sociais, a análise madura sobre o Poder Judiciário Brasileiro, questões fundiárias e o Estado Democrático de Direito, entre tantos outros temas.

Não há palavras que possam expressar nossa estima pelas avaliadoras e avaliadores que com empenho, compromisso e zelo analisaram os trabalhos e emitiram seus cuidadosos pareceres. Vocês são partes fundamentais desse grande projeto coletivo que é a *Videre*. Nossa gratidão!

Miguel de Cervantes, em sua mundialmente conhecida obra Dom Quixote de La Mancha, afirma que "A liberdade (...) é um dos mais preciosos dons que os homens receberam dos céus. Com ela não podem igualar-se os tesouros que a terra encerra nem que o mar cobre; pela liberdade, assim como pela honra, se pode e deve aventurar a vida, e, pelo contrário, o cativeiro é o maior mal que pôde vir aos homens." Que nossas leitoras e leitores da Revista *Videre*, ao acompanharem os resultados de pesquisa presentes nessa edição, tenham coragem de continuar lutando pelo que é certo e bom, lutando pela

liberdade; que continuem acreditando e lutando pelos direitos humanos e pela democracia.

Que o conhecimento nos auxilie a identificar os nossos cativeiros (os mais diversos) e sejamos capazes de nos aventurar na vida, buscando a liberdade.

Boa leitura!

Dourados 21 de julho de 2016.

Tiago Resende Botelho & Arthur Ramos do Nascimento
Editores da Revista Videre & Professores da FADIR-UFGD

Revista Videre, Dourados, MS, v. 8, n.15, jan./jun. 2016 - ISSN 2177-7837

DIREITOS HUMANOS, POVOS INDÍGENAS E INTERCULTURALIDADE

Pedro Pulzatto Peruzzo[*]

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo discutir a luta por direitos dos povos indígenas como exercício de cidadania e afirmação dos direitos humanos em um contexto de pluralidade cultural. A interculturalidade será apresentada como uma proposta que avança em relação ao discurso da tolerância e que afirma a necessidade de respeito e convivência entre grupos e indivíduos culturalmente diferenciados para o enraizamento da democracia e da soberania popular no Brasil.

Palavras-chave: Direitos humanos; Povos indígenas; Interculturalidade.

RESUMEN

En este artículo, planteamos la reflexión sobre la lucha por derechos de los pueblos indígenas como ejercicio de la ciudadanía y afirmación de los derechos humanos, en un contexto de diversidad cultural. Consideramos que la interculturalidad es una propuesta que vá más allá del discurso de la tolerancia y afirma la necesidad del respeto y de la convivencia entre grupos e individuos culturalmente distintos para la consolidación de la democracia y de la soberanía popular en Brasil.

Palabras-clave: Derechos humanos; Pueblos indígenas; Interculturalidad.

INTRODUÇÃO

O primeiro artigo da Constituição de 1988 diz que a República Federativa do Brasil constitui-se em estado democrático de direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, consignando ainda, em seu parágrafo único, que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente.

[*] Mestre e doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor pesquisador da Faculdade de Direito da PUC-Campinas. Contato: peruzzopp@hotmail.com

Ora, ao fundar um estado democrático de direito sob pilares como a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político, bem como esclarecer que a democracia pode ser efetivada pela participação popular direta ou indireta, a Constituição esclarece e garante que no território nacional a diversidade cultural, política, de orientação sexual, de opinião, enfim, é característica essencial da democracia.

No entanto, mais importante do que compreender que a diversidade integra a essência da democracia brasileira é compreender que ao fixar como objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I) e a promoção do bem todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, IV), a Constituição também avança na ideia reducionista que afirma a democracia como simples vontade da maioria e consagra uma concepção democrática que se preocupa com o bem de todos, sem exclusão de ninguém, instituindo assim uma base hermenêutica mais aberta para a leitura de todos os outros dispositivos da Carta Política brasileira.

Nesse sentido, o desenvolvimento das ideias que serão apresentadas neste trabalho partirá dessa concepção ampliada de democracia, ou seja, levará em conta a ideia de democracia que, sim, busca obter legitimidade no consenso da maioria, mas que também, e principalmente, exige que esse consenso seja resultado de um momento participativo anterior onde todos, inclusive as minorias, tenham tido a oportunidade de participar dos debates, de manifestar suas opiniões, de sugerir alternativas e de se apresentar enquanto grupo divergente e, por isso mesmo, enquanto grupo que faz viva a diversidade protegida pela Constituição.

A preocupação com a participação das minorias nas tomadas de decisão que movimentam o regime democrático deve ter em vista a necessidade de se considerar a Constituição (e todo ordenamento jurídico) como um corpo vivo, cuja existência, legitimidade e sentido dependem totalmente da sociedade à qual se destina. Exatamente por isso pretendemos não apenas arrolar direitos e citar artigos de lei, mas sugerir medidas emancipadoras a partir das experiências sociais já vividas. Nessa perspectiva, Joaquim José Gomes Canotilho diz que o Direito Constitucional (...) *é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos*

judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma law in book *para uma* law in action*, para uma* living constitution.[1]

O presente trabalho, portanto, será organizado da seguinte maneira: 1- esclarecimento de algumas premissas e conceitos fundamentais relativos aos "povos indígenas" e aos "direitos humanos"; 2- análise da proposta da interculturalidade como espaço dialógico entre grupos e indivíduos culturalmente diferenciados; 3- conclusão, apresentando nossos pontos de vista e perspectivas.

1. QUEM SÃO OS ÍNDIOS

O "índio", como se sabe, é um elemento da tabela periódica, de número atômico 49, descoberto por Ferdinand Reich e Theodor Richter em 1863. Curiosidades (ou aberrações) à parte, sabemos que o termo "índio" é oriundo de um equívoco do colonizador que, ao chegar à América, pensou estivesse chegando às Índias.

O que interessa para o presente trabalho é compreender que desde a denominação genérica utilizada até a forma pela qual os invasores coloniais se manifestaram a respeito do modo de vida particular dos povos originários foi criado um obstáculo para que esses povos dissessem, a partir das suas próprias referências, quem eles eram e o que pensavam sobre os europeus. Os invasores coloniais definiram o nome desses povos e, desconsiderando toda a pluralidade étnica de cada povo, plasmaram em um mesmo conceito abstrato – "índio" - os Guarani, os Xavante, os Tupinambá, os Aimará, os Mapuche, os Yanomami e todos os outros milhares de povos que habitavam e ainda habitam a América.

Vivian Urquidi comenta que o termo "índio" é uma categoria colonial, e pondera:

> Por esse motivo, enquanto *etnia* é uma categoria que descreve e especifica um grupo determinado – aimará, sioux, terena, por exemplo -, com certas características sócio-culturais comuns, *índio* é uma categoria supraétnica, i.e. uma categoria relacional. Além disso, índio é uma generalização que se inicia desde o primeiro contato do colonizador com os povos conquistados, e que unifica e simplifica a diversidade dos povos indígenas. Escamoteia, finalmente, a posição de subordinação em relação ao outro que é dominante e etnicamente diferente.[2]

[1] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional.* Ed.5. Coimbra: Almedina, 1991. p.175/176.
[2] URQUDI, Vivian Grace F. D. *Descolonização e Estados Plurinacionais*. 35º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, 2011, Caxambu-MG. GT 26 – Pensamento social latinoamericano. ANPOCS, 2011.

Classificar *algo* apenas a partir dos nossos próprios referenciais cognitivos, abrindo mão da interação com o objeto a ser classificado e sem se deixar influenciar por ele já se mostra um problema epistemológico há muito debatido. No entanto, classificar *alguém* sem se permitir a convivência e o conhecimento mais completo possível com esse sujeito pela experiência sensível parece-nos constituir um problema ainda mais grave, pois se as coisas não perdem nada ao serem classificadas de forma unilateral, os seres humanos perdem muito, pois perdem a dignidade que constitui a sua essência. A esse respeito, Eduardo Bittar resume a questão de forma bastante precisa:

> (...) A rica experiência humana, se subaproveitada, é desperdiçada, quando o olhar se centra num único canal de expressão, o que na sociedade logocêntrica significa uma supervalorização do discurso verbal, ou quando o olhar despreza as perspectivas culturais por meio das quais se percebe a capacidade criativa, inventiva, humana.[3]

Como se não bastasse a carga colonial do termo "índio", ainda existe (inclusive dentro das academias) quem se atribua o direito de dizer, de categorizar, quem é e quem não índio, quem é índio puro e qual índio já virou "branco". Ora, e por acaso existe brasileiro puro? Qual seria o critério da pureza? O lugar onde se vive ou os pertences que carrega consigo? Será que um hindu se torna japonês por dirigir um carro produzido por uma empresa japonesa? Será que um budista perde sua fé por viver em um país de maioria católica?

Não precisaríamos retornar ao holocausto para esclarecer os problemas dessa ideia de pureza, sendo bastante esclarecer que os conhecimentos tradicionais dos povos indígenas também são apropriados por outras culturas. As trocas culturais sempre aconteceram e no mundo globalizado essas trocas tendem a se intensificar, valendo também anotar que muitas vezes os conhecimentos indígenas são apropriados indevidamente, como no caso de uma pesquisa realizada no Departamento de Psicobiologia da UNIFESP[4] e em outro caso envolvendo a Natura[5].

---

[3] BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, Justiça e Direitos Humano: estudos de teoria crítica e filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 219.

[4] Pesquisa realizada por uma pesquisadora do Departamento de Psicobiologia da UNIFESP com conhecimentos tradicionais do povo Krahô, que culminou em um processo judicial para indenização desse povo. O relato do ocorrido com a comunidade Krahô do Estado de Tocantins, além de ser uma denúncia de uma infinidade de crimes, demonstra como a reação indígena às ilegalidades é abordada pela cultura hegemônica, evidenciando a importância da apreciação crítica e esclarecida da questão. Thiago Ávila analisou o corrido, valendo citar as seguintes passagens do seu estudo: *A tese de doutorado de Rodrigues representa apenas um pequeno conjunto dos dados que a pesquisadora coletou em campo e que são propriedade exclusiva da UNIFESP. Os Krahô não possuem este material, mas o Estado brasileiro sim, na medida em que o CGEN o solicitou à pesquisadora. Na verdade, somente uma pequena parte do conhecimento medicinal Krahô interessou à pesquisadora e foi*

Assim sendo, é importante ficar claro que os indígenas que vivem nas cidades, ou que falam português, ou ainda que se valem da informática para se organizar politicamente não perdem suas raízes étnicas, sendo importante lembrar ainda que, no Brasil (inclusive pelos métodos utilizados pelo IBGE), o critério da auto-identificação é o quedeve prevalecer. O artigo 1º, 2, da Convenção 169 da OIT, diz que *a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção*. Essa Convenção foi promulgada no Brasil pelo Decreto 5.051 de 2004 e tem estatuto jurídico supralegal por se tratar de um documento internacional de direitos humanos.

Portanto, ninguém pode dizer que alguém "deixou de ser indígena" pelo fato de viver na cidade, pois a identidade cultural não se estabelece através de meros indícios extrínsecos, mas através de características intrínsecas relacionadas à forma como cada um se identifica e se reconhece, à forma de ser e estar no mundo. Como ensina Dalmo de Abreu Dallari: *Por isso é indispensável que por todos os meios se proclame que os índios brasileiros são seres humanos, tão cidadãos como os demais brasileiros, tendo os direitos inalienáveis de preservar sua vida e sua liberdade de viver com dignidade.*[6] A propósito, ainda, vale citar Boaventura de Sousa Santos, para quem *as pessoas e os grupos sociais têm o direito a serem iguais quando a diferença os inferiorizar, e o direito a serem diferentes quando a igualdade os descaracterizar.*[7]

---

devidamente analisada em sua tese de doutoramento. A equipe do projeto da UNIFESP está de posse, portanto, de uma quantidade de informações baseadas no conhecimento dos wajacá Krahô e que transcendem as informações disponibilizadas na tese. (...)A suspensão da pesquisa, liderada por um dos mais renomados cientistas brasileiros no estudo de drogas (Elisaldo Carlini), acabou chamando a atenção dos meios de comunicação de massa e os Krahô passaram a ser descritos como incapazes de se organizar politicamente e como "índios mercenários" que estavam tentando arrancar 25 milhões de reais da UNIFESP. (ÁVILA, Thiago A.M. *in Antropologia e direitos Humanos 4*.org. Miriam Pillar Grossi e outros. Blumenau: Nova Letra, 2006. p.137)

[5] Em meados de 2007 o Ministério Público Federal ingressou com ação civil pública contra a Natura, a Chemyunion Química LTDA, e o empresário Fábio Dias Fernandes, proprietário da empresa Tawaya, acusando-os de usar o ativo de murmuru (*Astrocaryum ulei burret*) mediante o acesso a conhecimentos tradicionais do povo Ashaninka, do Acre. O Ministério Público Federal pediu a quebra da patente de nº PI0301420-7 homologada por Fabio Fernandes Dias. <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/mpf-ac-recomenda-quebra-de-patente-do-sabonete-de-murmuru> Acesso em 08 de janeiro de 2013.

[6] DALLARI, Dalmo de Abreu. In. *O Primeiro Habitante.* MEDINA, Cremilda (org). Editora USP, ECA e CJE. 1992. P.244.

[7] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos.* Artigo em LADSLAU-BIANCO, Bela & CAPINHA, Graça (organizadores). *Identidades: estudos de cultura e poder.* São Paulo: Hucitec, 2000.

Nesse sentido, o termo "índio" carrega uma carga muito pesada de preconceitos coloniais e, por isso, cada povo deveria ser tratado de maneira particularizada. Apenas por uma questão operacional, no presente trabalho optamos por utilizar um termo intermediário, qual seja, "povos originários" para designar essa pluralidade de atores sociais cujos direitos serão objeto de reflexão.

2. O QUE SÃO DIREITOS HUMANOS?

Existe muita confusão a respeito do que seriam os "direitos humanos", especialmente entre pessoas que não cursaram uma graduação em Direito. As dúvidas são referentes à diferença entre "direito humano" e "direito fundamental". Consideramos importante essa distinção, pois nos últimos tempos a mídia tem contribuído consideravelmente para a diminuição do valor dos direitos humanos ao desvirtuar o seu conceito. Assim sendo, proporemos uma distinção prática, didática, com a intenção de facilitar a compreensão do tema.

Atualmente essa diferenciação tem sido utilizada pela doutrina com o intuito de reservar o termo *direitos humanos* para os direitos que afirmam e asseguram a dignidade humana no âmbito internacional e o termo *direitos fundamentais* para se referir a direitos que afirmam e asseguram a dignidade humana no âmbito constitucional.

Relativamente aos direitos fundamentais, explica J.J.G. Canotilho que a simples positivação não é suficiente para que direitos naturais e inalienáveis dessa importância alcancem na ordem constitucional o estatuto desejado. É preciso, também, assinalar-lhes a qualidade de fundamentais (*Fundamental Rights*), sob pena de permanecerem no lamentável campo da retórica política. A fundamentalização desses direitos, contudo, faz-se exatamente no momento em que se lhes insere em uma Constituição.[8]

Essa distinção também é feita por Peter Häberle, conforme se depreende da seguinte passagem:

> (...) na "hora mundial" do Estado constitucional, surge a tarefa no sentido de que as teorias dos direitos fundamentais desenvolvidas no âmbito nacional continuem se desenvolvendo em

[8] (...) onde não existir Constituição, não haverá direitos fundamentais. Existirão outras coisas, seguramente mais importantes, direitos humanos, dignidade da pessoa. (...) os direitos fundamentais são-no enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas Constituições e deste reconhecimento se derivam consequências jurídicas. (CANOTILHO, J.J. Gomes *apud* Cruz Villalon. *Op. Cit.* . p. 41)

> termos da teoria dos direitos humanos e, vice-versa, que os direitos humanos universais se incorporem nas teorias nacionais dos direitos fundamentais.[9]

Além disso, é importante registrar que os direitos humanos assumem uma função de equilíbrio justo. Em outros termos, o recurso aos direitos humanos fará sentido quando se perceber que se está diante de uma determinada realidade que exige uma solução conglobante, uma solução impassível de ser construída/justificada pelo recurso a apenas um ou dois direitos específicos ou apenas ao direito violado.

Exemplificando, para se garantir o direito à propriedade de um grande proprietário de terras, o recurso ao direito à propriedade assegurado pela Constituição Federal pode ser bastante, na medida em que o latifundiário não precisa, para se defender, de garantia prévia de acesso à justiça gratuita, por exemplo. Além disso, um grande proprietário de terra não precisa de auxílio do Estado para comparecer em juízo alimentado, ou de comparecer em juízo sem prejudicar sua renda familiar pelo desembolso de R$ 6,00 ou R$ 7,00 de condução para ir à Defensoria Pública consultar um advogado, ou ainda pelo desembolso da mesma quantia para voltar à Defensoria Pública para entregar a documentação para a propositura da ação, R$ 30,00 ou mais para obtenção da escritura do imóvel e xerox de outros documentos necessários para instruir a petição inicial e mais o valor da alimentação nesses períodos de deslocamento, que pode variar entre R$ 20,0 e R$ 30,00 para quem mora em grandes cidades como São Paulo, em que o deslocamento da periferia ao centro da cidade pode levar de 3 a 4 horas. Isso se a pessoa não for uma mãe com filhos pequenos, o que aumentaria ainda mais os gastos com transporte e alimentação.

Para uma família com renda *per capta* inferior a meio salário mínimo (realidade de muitos brasileiros), ou seja, cerca de R$ 300,00, os gastos para ter acesso a um advogado público e ao Poder Judiciário pode representar cerca de 20% de seus rendimentos (considerada a situação hipotética descrita no parágrafo anterior), excluída a isenção de custas da gratuidade processual. Nesse caso, não é bastante garantir a esse trabalhador o direito à propriedade inscrito na Constituição Federal, pura e simplesmente, para conferir a ele esse direito consubstanciado no direito a permanecer em sua residência em um caso em que o Poder

[9] HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional.* Tradução para o espanhol de Hector Fix-Fierro. Editorial Astrea: Buenos Aires, 2007. p. 30

Público, por exemplo, queira despejá-lo para a construção de um shopping ou, ainda, para fins de "limpeza" social urbana e especulação imobiliária.

A garantia do direito à propriedade representa o direito a ter uma residência fixa que, como se sabe, é requisito para que se tenha uma conta no banco, que, por sua vez, é requisito para um trabalho com registro em CTPS. Uma residência fixa também é requisito exigido muitas vezes para matricular um filho numa escola pública. Exatamente diante dessa necessidade de se garantir um conjunto de direitos em conjunto com o direito violado (propriedade, no nosso caso hipotético), e pelo fato de que a garantia desse direito representa a garantia de tantos outros, é que os direitos humanos são interdependentes e complementares.

Portanto, a ideia de que todo direito é humano por estar direta ou indiretamente ligado ao ser humano (ideia essa que está na base da frase cínica "direitos humanos para humanos direitos") não corresponde ao histórico de lutas e de afirmação dos direitos humanos, pois quando falamos em "direitos humanos" estamos falando de um fundamento, de um critério de justiça, de uma semântica, que exige o recurso a outros direitos diretamente dependentes e complementares do direito violado. Trata-se de situações em que o indivíduo precisa mais do que perdeu para ter de volta única e exclusivamente o que perdeu.

3. POVOS INDÍGENAS E INTERCULTURALIDADE

Antes de adentrarmos ao tema específico da interculturalidade pensamos ser interessante tecer alguns comentários sobre duas vertentes de cunho mais político do que científico que tratam da convivência entre grupos culturalmente diferenciados. Essas vertentes são o universalismo e o relativismo.

A proposta universalista prega a necessidade (ou a possibilidade) de tratar o ser humano de uma maneira abstrata, diminuindo ou quase anulando as particularidades culturais. O relativismo, por sua vez, prega a impossibilidade absoluta de convivência entre duas culturas distintas ao conferir relevância extrema às diferenças culturais. Pensamos que nem uma vertente, nem outra, seja suficiente para a abordagem intercultural que pretendemos propor. Nesse sentido Sérgio Paulo Rouanet comenta:

> Eu diria que pode haver um conflito entre essas duas concepções, se partimos de um conceito que eu chamaria de igualitarismo abstrato, que ignora completamente as diferenças; sim, pode ocorrer o mesmo conflito se partirmos simetricamente do polo oposto, de um conceito que eu chamaria de diferencialismo abstrato, para o qual só a diferença existe. Uma parte da

> ideia universalista de que a igualdade é fundamental e de que não existem diferenças significativas. As diferenças deveriam ser subsumidas no conceito geral de cidadania. E a outra absolutiza a diferença, a idealiza como se fosse uma finalidade em si mesma ou constituísse um valor moral em si mesmo. Como se a diferença fosse não somente um fato, mas também um valor.[10]

Na sequência Rouanet propõe o "universalismo concreto", exatamente na linha de compreensão da diferença conjuntamente com a compreensão da possibilidade de intercâmbio cultural no sentido de construção de um espaço comum concreto[11]. Nessa linha nos parece fazer sentido a proposta da universalidade sugerida por Joaquín Herrera Flores: *O que negamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal há que se chegar – universalismo de chegada ou de confluência – depois (não antes) de um processo conflitivo, discursivo de diálogo (...).*[12]

Fixadas essas premissas, podemos passar à análise do termo interculturalidade, deixando claro desde já que este termo diz respeito mais a fricções, debates e diálogos do que acomodações e trocas tranquilas. A esse respeito, e apenas com a finalidade de reforçar a necessidade da experiência sensível, presencial com o "outro", é bastante interessante a análise que Sigmund Freud desenvolve a respeito da experiência do estranhamento. Diz: *(...) o estranho é aquela categoria do assustador que remete ao que é conhecido, de velho, e há muito familiar*[13]. Freud inicia a sua análise acerca do tema comparando os diversos significados que encontra em dicionários e em diversas línguas para o termo que em alemão seria *unheimlich*, em oposição ao termo *heimlich*. Entre vários significados e aplicações distintas do termo *heimlich*, duas formas de utilização do termo são destacadas por Freud, quais sejam: 1- o que é familiar e agradável; 2- o que está oculto e que se mantém fora de vista.

---

[10] ROUANET, Sérgio Paulo. *Universalismo concreto e diversidade cultural.* In. "Diversidade Cultural Brasileira". Org. Antonio Herculano Lopes e Lia Calabre. Edições Casas de rui Barbosa. 2005. p. 99-111.

[11] Zygmunt Bauman, em sua obra *Em busca da política*, também afirma a esse respeito: *Nessa capacidade comum de alcançar uma efetiva comunicação sem recorrer a significados já partilhados e uma interpretação acorde está investida a possibilidade do universalismo. A universalidade não é inimiga da diferença ; ela não requer "homogeneidade cultural" nem precisa de "pureza cultural" e especificamente do tipo de práticas a que se refere esse termo ideológico. A busca da universalidade não envolve o sufocamento da polivalência cultural ou a pressão para alcançar consenso cultural. Universalidade significa nada mais nada menos que a capacidade da espécie se comunicar e alcançar entendimento mútuo — no sentido, repito, de "saber como prosseguir", mas também saber como prosseguir diante de outros que podem – têm o direito de – prosseguir por caminhos diferentes.* (BAUMAN – *Em busca da política.* Trad. Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000. p. 204)

[12] FLORES, Joaquin Herrera. *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência.* Sequência (UFSC), vol. 23, n. 44. 2002. ISSNe 2177-7055. p. 09 a 29.

[13] FREUD, S. *O Estranho* (1919). In. Sigmund Freud, Vol. XVII – Histórias de uma neurose infantil e outros trabalhos. Rio de Janeiro: Imago Editora.

Freud comenta que normalmente o termo *unheimlich* é utilizado como o contrário do primeiro significado de *heimlich*, ou seja, como o que não é familiar e agradável. A noção de *unheimlich* como algo que não mais está oculto, portanto, não seria a forma mais usual de aplicação do termo. Neste ponto Freud faz referência a Schelling, para quem *unheimlich* seria tudo o que deveria ter permanecido oculto, mas veio à luz.

O famoso psicanalista segue seu estudo principalmente acerca do estranho a partir da obra *O Homem da Areia*, de Ernst Theodor Amadeus Wilhelm Hoffmann, conferindo especial ênfase ao complexo de castração consubstanciado no medo do personagem principal de perder os olhos. No entanto, e é isso que nos interessa particularmente, para esclarecer a proposta de Schelling, Freud analisa alguns exemplos individuais de estranheza, sendo o exemplo mais esclarecedor o referente à epilepsia. Freud diz: *A estes acrescenta o estranho efeito dos acessos epiléticos e das manifestações de insanidade, porque excitam no espectador a impressão de processos automáticos e mecânicos, operando por trás da aparência comum de atividade mental.*[14] E ainda: *O efeito estranho da epilepsia e da loucura tem a mesma origem. O leigo vê nelas a ação de forças previamente insuspeitas em seus semelhantes, mas ao mesmo tempo está vagamente consciente dessas forças em remotas regiões do seu próprio ser.* [15]

Para finalizar, Freud diz:

> Neste ponto vou expor duas considerações que, penso eu, contêm a essência deste breve estudo. Em primeiro lugar, se a teoria psicanalítica está certa ao sustentar que todo afeto pertencente a um impulso emocional, qualquer que seja a sua espécie, transforma-se, se reprimido, em ansiedade, então, entre os exemplos de coisas assustadoras, deve haver uma categoria em que o elemento que amedronta pode mostrar-se ser algo reprimido que retorna. Essa categoria de coisas assustadoras construiria então o estranho; e deve ser indiferente a questão de saber se o que é estranho era, em si, originalmente assustador ou se trazia algum outro afeto. Em segundo lugar, se é essa, na verdade, a natureza secreta do estranho, pode-se compreender por que o uso lingüístico estendeu *das Heimlich* [homely (doméstico, familiar)] para o seu oposto, *das Unheimlich* (p.243); pois esse estranho não é nada novo ou alheio, porém algo que é familiar e há muito estabelecido na mente, e que somente se alienou desta através do processo de repressão. Essa referência ao fator da repressão permite-nos, ademais, compreender a definição de Schelling (p.242) do estranho como algo que deveria ter permanecido oculto mas veio à luz.[16]

Nessa linha, o estranhamento não seria o contato com algo desconhecido, mas com algo familiar, porém reprimido. O choque diante desses conteúdos se justifica, pois muito do que é reprimido o é em razão de imposições e hábitos culturais, verticalmente impostas, por

[14] Op. cit.
[15] Id.
[16] Id.

exemplo, às crianças que não possuem, na tenra idade, condições de optarem por uma existência repleta de possibilidades, restando-lhes apenas a existência repleta de regras dentro de uma única possibilidade, qual seja, cumpri-las. Inicialmente, as regras são transferidas pela relação parental e, na sequência, após o início da formação do superego, na relação com instituições culturais.

A ideia freudiana de que o estranhamento seria decorrência do retorno de um conteúdo reprimido, do "retorno em si", a partir da percepção da existência real desse conteúdo (fenômeno do duplo), é particularmente interessante para as democracias que não assumem o compromisso com experiências dialógicas na formação dos cidadãos e também nos momentos de criação e atualização das regras. Isso faria sentido na medida em que os sistemas psíquicos de referências culturais dos legisladores, dos responsáveis pela "ordem e pelo progresso", dificilmente conseguirão evitar a experiência da estranheza diante do outro culturalmente distinto e da íntima vontade de fazer sumir essa experiência que, devemos reconhecer, é bastante desconfortável e ameaçadora a quem tem pouca ou nenhuma aptidão para lidar com as diferenças.

A compreensão do colonialismo é essencial para que possamos definir e distinguir a interculturalidade de outro termo bastante conhecido, qual seja o "multiculturalismo", pois o multiculturalismo, da forma como é considerado por grande parte das teorias que o desenvolvem como proposta política de trato com a diversidade, acaba por se configurar apenas como uma proposta de tolerância das diferenças dentro de um esquema ainda colonial. Não existe um alinhamento doutrinário rígido[17] entre os termos "interculturalidade" e "multiculturalismo", mas nos valemos do primeiro com a proposta de afirmar que o diálogo, o

[17] A respeito dessa questão poderíamos citar a proposta de Habermas que, mesmo e valendo do termo multiculturalismo, propõe uma compreensão bastante clara de como essa relação entre culturas deveria ocorrer. O próprio título do capítulo do livro *A inclusão do outro* em que Habermas analisa essa questão já é bastante sugestivo, ou seja, *Inserção – inclusão ou confinamento? Por um lado, a cultura majoritária deve se soltar de sua fusão com a cultura política geral, uniformemente compartida por todos os cidadãos; caso contrário, ela ditará a priori os parâmetros dos discursos de auto entendimento. Como parte, não mais poderá constituir-se em fachada do todo, se não quiser prejudicar o processo democrático em determinadas questões existenciais, relevantes para as minorias. Por outro lado, as forças de coesão da cultura política comum – a qual se torna tanto mais abstrata quando mais forem as subculturas para as quais ela é o denominador comum – devem continuar a ser suficientemente fortes para que a nação dos cidadãos não se despedace: "O multiculturalismo, ao mesmo tempo que apoia a perpetuação de vários grupos culturais dentro de uma mesma sociedade política, também requer a existência de uma cultura comum... Membros de todos os grupos terão de adquirir uma linguagem política e convenções de comportamento comuns para poder participar eficientemente na competição por recursos e na proteção dos interesses do grupo, assim como dos interesses individuais numa arena política compartida.* (HABERMAS, J. A inclusão do outro. 3.ed. São Paulo: Loyola, 2007. p. 172).

choque de visões de mundo, as fricções são fundamentais para superar aquilo que Dussel chamou de "multiculturalismo altruísta".

> A esas culturas que no son ni metropolitanas" ni "primitivas", se las va destruyendo por medio de la propaganda, de la venta de mercancías, productos materiales que son siempre culturales (como bebidas, comidas, vestidos, vehículos, etc.), aunque por otro lado se pretende salvar dichas culturas valorando aisladamente elementos folklóricos o momentos culturales secundarios. Una trasnacional de loa alimentación puede subsumir entre sus menús un plato propio de una cultura culinaria (como el "Taco Bell"). Esto pasa por "respeto" a las otras culturas.
>
> Este tipo de multiculturalismo altruista queda claramente formulado en el "overlapping consensus" de un John Rawls, que exige la aceptación de ciertos principios procedimentales (que son inadvertidamente profundamente culturales, occidentales) que deben ser aceptados por todos los miembros de una comunidad política, y permitiendo al mismo tiempo la diversidad valorativa cultural (o religiosa). Políticamente esto supondría en los que establecen el diálogo aceptar un Estado liberal multicultural, no advirtiendo que la estructura misma de ese Estado multicultural tal como se institucionaliza en el presente es la expresión de la cultura occidental y restringe la posibilidad de sobrevivencia de todas las demás culturas. Subrepticiamente se ha impuesto una estructura cultural en nombre de elementos puramente formales de la convivencia (que han sido expresión del desarrollo de una cultura determinada). Además, no se tiene clara conciencia que la estructura económica de fondo es el capitalismo trasnacional, que funda ese tipo de Estado liberal, y que ha limado en las culturas "incorporadas", gracias al indicado "overlapping consensus" (acción de vaciamiento previo de los elementos críticos anticapitalistas de esas culturas) diferencias anti-occidentales inaceptables.[18]

Dessa análise de Dussel destacamos alguns pontos: 1- a aceitação da cultura menos expressiva apenas como consumidora; 2- a valorização isolada de elementos culturais secundários; 3- a aceitação/imposição de princípios procedimentais dialógicos ocidentais (etnocêntricos); 4- a estrutura do Estado multicultural como expressão da cultura ocidental; 5- a noção de incorporação da cultura menos expressiva.

Essa compreensão exige a apreensão da dimensão dinâmica das culturas e do inevitável contato entre culturas. Não existe mais espaço para polarizações, pois as polarizações demandam tolerância, e tolerar nos parece pouco. Essas características dizem muito sobre a concepção de tolerância, que carrega consigo não uma relação simétrica de respeito (típica da convivência), mas uma relação de respeito cínico imposta pela fatalidade da coexistência. O colonizador apenas tolera o grupo menos expressivo politicamente, quando o faz, e desde que esse grupo consuma o seu excedente e mantenha as suas práticas estranhas no âmbito privado de seus redutos concedidos (pelo colonizador). Em troca, ou melhor, como manifestação cínica de

[18] DUSSEL, Enrique. *Transmodernidad e interculturalidad -Interpretación desde la Filosofia de la Liberación*. In: Raúl Fornet-Betancourt, *Crítica Intercultural de la Filosofía Latinoamericana Actual*, Editorial Trotta, Madrid, 2004. pp. 123-160. Também disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/56989586/TRANSMODERNIDAD-e-interculturalidad> Acesso em 24/10/2011.

respeito, o grupo hegemônico permite que se fale da cultura minoritária em alguns espaços públicos, desde que essa divulgação do "outro" não represente nenhuma ameaça à hierarquia cultural que permanece existindo.

O que precisa restar claro, portanto, é que não se trata precisamente de se traçar uma distinção definitiva entre os termos a serem empregados (multiculturalismo ou interculturalidade), mas de distinguir as propostas políticas de tratamento da diversidade cultural que subjazem a cada uma dessas duas propostas. Nessa linha, a interculturalidade, como propomos aqui, demanda mais do que respeito; somente estará consolidada, do modo como pensamos, quando, para além do respeito, os grupos oprimidos puderem exercer de fato a autonomia para o uso, da maneira que lhes parecer melhor, dos instrumentos para *se fazerem respeitar.*

E *se fazer respeitar* não pressupõe a titularidade e a legitimidade do uso da força, mas ter condições de fazer valer (e não necessariamente prevalecer), em outros termos, de ter consideradas suas próprias razões. Um poder consentido e entendido e, por isso, legítimo, que não se traduz em "vontade de uns", mas em "vontade de todos"[19]. Não é o poder cuja eficiência decorre da força, mas o poder cuja força decorre da legitimidade. É exatamente aqui que entra o direito à participação dos povos indígenas nos assuntos públicos do país.

A participação nos assuntos públicos é um direito consagrado em vários instrumentos legais de direitos humanos, podendo ser citados vários documentos de relevância nacional e internacional a esse respeito: o artigo 23, 1, a, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, promulgado no Brasil pelo Decreto n. 678/1992); o artigo 25 do Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966 (promulgado no Brasil pelo Decreto n. 592 de 06 de julho de 1992).

Como se verifica, o direito à participação não significa simplesmente um direito à fala, à manifestação de opinião, mas um direito ao reconhecimento, um direito a ser considerado enquanto pessoa ou comunidade política. Raquel Yrigoyen Fajardo comenta: *Aquí vemos entonces que el derecho de participación se vincula directamente a la capacidad de*

[19] *Trata-se, portanto, de pensar o Direito enquanto um fato social consentido e entendido e, por isso, legítimo, que não se traduz em "vontade de uns", mas em "vontade de todos.* (Cf. HABERMAS, J. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade.* Vol. I. ed 2, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. p. 46.)

intervenir en mecanismos de toma de decisiones y no sólo en mecanismos consultivos, donde deciden otros[20].

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certa vez, conversando com um casal de irmãos, com 5 e 7 anos, o garoto nos perguntou se os indígenas frequentavam a escola. Imediatamente a garota respondeu: "Sim! E minha professora disse que quem dá aula pra eles são os humanos". O preconceito e a indisposição para o diálogo com os diferentes não nasce embutido nas pessoas, mas são vícios que são plantados especialmente nos processos educativos. Daí a importância de uma educação em direitos humanos que encoraje o diálogo intercultural.

Nesse sentido, compreender e respeitar outras formas de estar no mundo, diferentes da nossa, é um pressuposto para o projeto maior de vida intercultural. Como consta do Relatório Mundial da UNESCO *Investir na diversidade cultural e no diálogo intercultural,* de 2009: *Sensibilizar as pessoas para a diversidade cultural, mais que uma assimilação de conteúdos, é uma questão de perspectivas, métodos e atitudes. A aceitação do outro é uma aptidão que se adquire com a prática*[21].

Considerando o que registramos até aqui, concluímos que a interculturalidade pressupõe um espaço público de respeito onde todos os interlocutores respeitem as diferenças dos outros e, principalmente, se reconheçam como diferentes e não como paradigmas ou modelos a serem seguidos em qualquer ocasião. Eis o sentido de uma democracia que prestigia e afirma a diversidade e os direitos humanos. Portanto, respeitar significa mais do que tolerar e, no que diz respeito à luta por direito dos povos indígenas, a interculturalidade significa reconhecer o valor da diversidade da humanidade.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Thiago A.M. *in Antropologia e direitos Humanos 4* .org. Miriam Pillar Grossi e outros. Blumenau: Nova Letra, 2006.

[20] FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Tomando en serio y superando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación. Ponencia presentada en el Curso sobre "Consulta Previa". V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Bogotá Octubre 2008.

[21] UNESCO. Relatório *Investir na diversidade cultural e no diálogo intercultural.* 2009

BAUMAN – *Em busca da política.* Trad. Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2000.

BITTAR, Eduardo C. B. *Democracia, Justiça e Direitos Humano: estudos de teoria crítica e filosofia do Direito.* São Paulo: Saraiva, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional.* Ed.5. Coimbra: Almedina, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. In. *O Primeiro Habitante.* MEDINA, Cremilda (org). Editora USP, ECA e CJE. 1992.

DUSSEL, Enrique. *Transmodernidad e interculturalidad -Interpretación desde la Filosofía de la Liberación*. In: Raúl Fornet-Betancourt, *Crítica Intercultural de la Filosofía Latinoamericana Actual*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Tomando en serio y superando el derecho de consulta previa: el consentimiento y la participación. Ponencia presentada en el Curso sobre "Consulta Previa". V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Bogotá Octubre 2008.

FLORES, Joaquin Herrera. *Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência.* Sequência (UFSC), vol. 23, n. 44. 2002. ISSNe 2177-7055.

FREUD, S. *O Estranho* (1919). In. Sigmund Freud, Vol. XVII – Histórias de uma neurose infantil e outros trabalhos. Rio de Janeiro: Imago Editora.

HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional.* Tradução para o espanhol de Hector Fix-Fierro. Editorial Astrea: Buenos Aires, 2007.

HABERMAS, J. A inclusão do outro. 3.ed. São Paulo: Loyola, 2007.

_____. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade.* Vol. I. ed 2, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

ROUANET, Sérgio Paulo. *Universalismo concreto e diversidade cultural.* In. "Diversidade Cultural Brasileira". Org. Antonio Herculano Lopes e Lia Calabre. Edições Casas de rui Barbosa. 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos.* Artigo em LADSLAU-BIANCO, Bela & CAPINHA, Graça (organizadores). *Identidades: estudos de cultura e poder.* São Paulo: Hucitec, 2000.

UNESCO. Relatório *Investir na diversidade cultural e no diálogo intercultural.* 2009

URQUDI, Vivian Grace F. D. *Descolonização e Estados Plurinacionais*. 35º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Ciências Sociais, 2011, Caxambu-MG. GT 26 – Pensamento social latinoamericano. ANPOCS, 2011.

RECEBIDO EM: 01/09/2016
APROVADO EM: 28/09/2016

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA, SOLIDÁRIA E SUSIDIÁRIA DO ESTADO POR OMISSÃO EM FACE DE DANO AMBIENTAL

THE STRICT, SOLIDARITY AND SUBSDIARY STATE LIABILITY FOR ENVIRONMENTAL DAMAGE IN CASES OF OMISSION

Laís Batistuta Silva*

Marcelo Antonio Theodoro*

RESUMO: Este trabalho visa estudar as omissões do Estado que contribuem para a ocorrência de degradações ambientais e o modelo sob o qual se dá a consequente responsabilidade civil. Para tanto, foi estudada a questão da responsabilidade civil do Estado por omissão, primeiro tendo em vista a regra geral no direito brasileiro, para depois se analisar a hipótese da omissão estatal com relação as tarefas de proteção ambiental. O ordenamento brasileiro, as doutrinas e decisões de tribunais serviram de subsídios na demonstração da necessidade da imputação de responsabilidade pelo modelo objetivo em solidariedade ao empreendedor. Diante da possibilidade de imputação de dupla onerosidade à sociedade por meio da responsabilidade solidária, se buscou sua mitigação por meio de algumas alternativas de tratamento diferenciado na execução. Desta forma, conclui-se que a utilização da responsabilização objetiva do Estado, no entanto a partir de execução subsidiária, melhor atende à ideia da proteção ambiental no Brasil, em se tratando de omissão estatal.

Palavras-chave: Responsabilidade civil do Estado. Omissão. Dano ambiental.

ABSTRACT: This paper aims to study the omissions of the State that contribute to the occurrence of environmental degradation and the model under which occurs the consequent liability. Therefore, the question of liability for failure to state was studied first in order to rule in Brazilian law, and then to analyze the possibility of state failure regarding the environmental protection tasks. The Brazilian system, the doctrines and court decisions provided the subsidies in the statement of the need for the objective responsibility allocation

* Mestre em Direito Agroambiental pela UFMT. Contato: laisbatistuta@hotmail.com

* Doutor em Direito pela UFPR; Coordenador do programa de mestrado em Direito Agroambiental UFMT e professor efetivo da Faculdade de Direito UFMT. Contato: m.theodoro@uol.com.br

model in solidarity with the entrepreneur. Faced with the possibility of double burden of imputation to society through joint liability, he sought mitigation through some different treatment alternatives in execution. Thus, it is concluded that the use of objective responsibility of the State, but from subsidiary execution, best suits the idea of environmental protection in Brazil , in the case of state failure .

Keywords: Liability of the State. Default. Environmental damage.

INTRODUÇÃO

O presente artigotem como tema central a responsabilidade ambiental do Estado por omissão. O enfoque aqui será no sentido de que o instituto não merece ser tratado como um todo indivisível, cuja solução jurídica seja una em todos os casos. Sendo assim, quando se trata de um ato comissivo, é pacífico que a responsabilização será feita pelo modelo objetivo. Contudo, maiores problemas decorrem da responsabilização solidária decorrente da omissão do Estado em dano ambiental provocado por terceiro. Dentro deste campo específico, questiona-se a inclusão indiscriminada do Estado no polo passivo da ação sob o argumento de que é dever do mesmo zelar pela preservação ambiental.

O problema que será levantado é o acionamento indiscriminado Estado, em caráter solidário com o terceiro degradador, pela sua omissão em fiscalizar e impedir a ocorrência do dano ambiental significaria, no final das contas, transferir à própria vítima da degradação (a sociedade) a responsabilidade pela reparação do prejuízo, com todos os ônus daí decorrentes.

Neste sentido serão apresentadas algumas hipóteses, partindo-se do princípio do poluidor pagador, para apontar a possibilidade de aplicação da responsabilização objetiva e tratando da possibilidade da aplicação da execução subsidiária.

1 DA IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA AO ESTADO EM DECORRÊNCIA DE OMISSÃO QUE AFETE O MEIO AMBIENTE

Antônio Herman V. Benjamin, na oportunidade em que relatou o Recurso Especial nº 1.071.741 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009), reconheceu que a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é, ordinariamente, subjetiva ou por culpa, esse regime, enfrenta pelo menos duas exceções principais. A primeira se trata da hipótese em que a responsabilização objetiva para a omissão do ente público decorrer de expressa determinação legal, em microssistema especial, como na proteção do meio ambiente, conforme o explicitado no artigo 3º, inciso IV e o artigo 14, § 1º da Lei nº 6.938/81. A segunda exceção apontada no mencionado acórdão diz respeito a circunstâncias que indiquem a presença de um dever de ação estatal (direto e mais rígido) que aquele que jorra, segundo a interpretação doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional.

Não bastasse a explícita determinação do regime objetivo em se tratando de responsabilidade civil em legislação recepcionada pela atual Constituição Federal, em exame desta em seu artigo 37, §6º da Constituição Federal[11], não se vislumbra diferenciação entre atos comissivos e omissivos[12] quando se fixa a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito "pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa".

José Ricardo Alvarez Vianna afasta ainda a interpretação literal da expressão "causarem" presente no retrocitado parágrafo, uma vez que não é suficiente para sustentar esse posicionamento, na medida em que, condutas omissivas podem causar danos ambientais, especialmente se emanarem daqueles que detêm o poder-dever de agir para evitar a degradação ambiental (VIANNA, 2011, p. 122).

Juarez de Freitas discorda de dois pontos importantes dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello. Primeiro, alega que a omissão é causa do dano, e não situação propiciatória ou mera condição, por consubstanciar descumprimento de deveres constitucionais. E por isso, não visualiza a distinção de fundo entre omissão e falha de vigilância na guarda de pessoas ou coisas perigosas, pois ambas são espécies de

[11] Art. 37 [...]§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. In: BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 28 jan. 2015.

[12] Cf. VIANNA, José Ricardo Alvare VIANNA, José Ricardo Alvarez. Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 118-125; FREITAS, Juarez. Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e inoperância. In: FREITAS, Juarez. (Org.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 170-197.; e MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo, op. cit., p. 37-69.

inatividade(FREITAS, 2006, p. 181). Não havendo portanto, porque diferenciar o sistema de responsabilização.

Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (MONTEIRO FILHO, 2006, p. 55) se encontra firme no mesmo posicionamento, sustentando que, ao contrário do que dizem os defensores do modelo subjetivo, o Estado não passaria a condição de segurador universal. Segundo o autor, apesar do modelo objetivo presumir a culpa anônima da Administração, a imputação de responsabilidade não é automática. Uma vez que é possível a consideração de excludentes, estas se tornam o ponto de equilíbrio que afasta o risco de se transformar o Estado em garante de tudo e de todos.

De acordo com o mesmo autor, outro aspecto positivo a ser considerado é que a prescindibilidade da comprovação da culpa facilita o acesso à justiça pela vítima, que precisa apenas demonstrar o dano e o nexo causal. Dessa maneira, aumentam as chances de procedência do pedido, bem como o trâmite se tornará mais célere, pois a culpa é de longe, o elemento da responsabilidade civil mais complexo de se revelar (MONTEIRO FILHO, 2006, p. 55).

Além dos posicionamentos aos quais já se fez menção, Helli Alves de Oliveira tem uma visão divergente, que não enquadra todos os tipos de omissão em um único bloco. De acordo com a autora, é necessário perquirir se a omissão advém de uma omissão de uma obrigação de fazer, como por exemplo, a implantação de esgotamento sanitário, ou de inércia no ato de fiscalizar que auxiliou na ocorrência do dano (OLIVEIRA, 1990, p. 50-51).

De acordo com a linha de raciocínio apontada, se o dano decorrer de omissão da Administração em relação a competências suas, a omissão deve ser considerada como causa, e daí deve ser imputada a responsabilidade civil pelo modelo objetivo. Por outro lado, se a fiscalização administrativa foi ineficaz para conter ou evitar degradação, caberá à mesma indenizar, se for verificada culpa grave, sendo aplicado, portanto, a responsabilidade subjetiva.

Guilherme Couto de Castro, por sua vez, elabora a distinção da omissão administrativa em duas modalidades: a omissão genérica e a omissão específica (CASTRO, 1997, p. 56-59). Marçal Justen Filho adota diferenciação idêntica, porém utilizando os termos ilícito omissivo impróprio e ilícito omissivo próprio, respectivamente (JUSTEN FILHO, 2006, p. 226-246).

A omissão genérica ou ilícito omissivo impróprio se verifica quando a ocorrência do dano não se dá diretamente em razão da inércia do Estado, se enquadrando no conceito de falta do serviço, porque este não funcionou quando deveria normalmente funcionar, seja porque funcionou mal ou tardiamente, hipóteses em que é dispensável a prova de que qualquer agente do Estado tenha incorrido em culpa (HUPFFER, 2012), já que esta se dilui na sua própria organização, se adotando, portanto a teoria da responsabilidade subjetiva.

Ao exemplificar com um caso de falha em semáforo, no qual a Administração toma todas as medidas para o conserto, e que ainda assim, nesse intervalo de tempo ocorre um acidente automobilístico, concluiu o já mencionado Guilherme Couto de Castro pela responsabilidade sob o regime objetivo (CASTRO, 1997, p. 57):

> Não houve ilícito por parte da administração; foram adotadas todas as cautelas razoáveis e imediatas, mas o evento ocorreu, ainda assim. A responsabilidade é objetiva, pois há dever específico, isto é, individualizado de agir.
>
> É razoável a socialização dos prejuízos, dentro dos ditames claros de civilidade: as vítimas não foram negligentes, e tudo decorreu de problema com os equipamentos urbanos, não se caracterizado o fortuito.

A omissão específica ou ilícito omissivo próprio se verifica nas hipóteses em q ue o evento danoso decorreu diretamente da incúria do Poder Público, figurando a inércia administrativa como causa direta e imediata da ocorrência da lesão. Nesse caso, sua omissão cria "a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agir para impedi-lo" (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 261) e não o fez, hipótese em que a sua responsabilização civil extracontratual será objetiva, fundada na teoria do risco administrativo, consoante os artigos 37, § 6º, da Constituição Federal e 43 do Código Civil.

A respeito, se transcreve a seguir comparação de Sérgio Cavalieri Filho (CAVALIERI FILHO, 2005, p. 261):

> Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica.

> Mas se este motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não-adimplemento do resultado. Nesse segundo haverá responsabilidade objetiva do dano.

Como se pode depreender da explicação, a omissão genérica exige um comportamento praticamente onisciente da Administração, de modo que a responsabilidade objetiva nesse caso levaria o Estado à condição de um segurador de situações que estão fora de seu conhecimento. Por isso, acertada é a imputação de responsabilidade por meio do modelo subjetivo de modo que a culpa, nesse caso, a falta de serviço deve ser demonstrada.

Por outro lado, a omissão específica implica em falha ou falta de funcionamento do serviço do Estado, que tendo ciência de uma situação irregular não procura meios para sanar tal irregularidade ou se abstém de tomar as medidas reparatórias que o caso requer. O objetivo aqui é evitar que a repulsiva inoperância do Estado frente ao dever constitucional de preservar o meio ambiente causasse dano injusto à coletividade. Em nome do interesse público marcante do princípio da solidariedade intergeracional, o Estado tem que ser acordado para a realidade gritante da omissão de seus entes.

Essa teoria tem sido aceita em diversos julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro referentes a indenizações por danos morais e materiais pleiteadas por moradores de áreas em que ocorreram deslizamentos, e estes provocaram a destruição das residências locais e até mesmo óbito de parentes ou companheiros dos autores. A seguir, transcreve-se trecho de voto relator, acolhido de forma unânime pelo colegiado (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 2014):

> Em síntese, tratando-se de omissão específica - ante a existência de uma obrigação individualizada de agir pelo ente público - a omissão deste constitui motivo direto e imediato do dano, pois, por deixar de fazer o que deveria, cria a causa específica que gera o evento danoso, passando a responsabilidade a ser objetiva, à luz da Teoria do Risco Administrativo. Assim sendo, cabe às vítimas tão somente comprovar a existência do ato ilícito ou conduta, dano e o nexo de causalidade. [...] Desta forma, não restam dúvidas de que cabe ao réu a realização das medidas necessárias para afastar o risco de deslizamentos, garantindo aos moradores a inviolabilidade do direito à vida, em um lugar seguro com o pleno desenvolvimento das funções urbanas típicas: habitar, recrear, circular e trabalhar.

Em reflexão semelhante, Tarcísio Vieira de Carvalho Neto aduz que não é uma solução satisfatória chegar em uma rígida posição sobre a natureza jurídica específica da responsabilidade estatal decorrente da omissão (CARVALHO NETO, 2014, p. 106 -126). A inviabilidade aqui se traduz na ausência de conhecimento das minúcias do caso concreto. Assim, o autor defende uma análise caso a caso, bem como o estabelecimento de um grau de eficiência que se espera do aparelho estatal. Dessa maneira, será possível aferir se determinada inércia está acima ou abaixo do que se espera do Poder Público.

Assim, foi elaborada por Tarcísio Vieira de Carvalho Neto uma diferenciação de omissões análoga a criada por Guilherme Couto de Castro, tendo como elemento discriminante o atendimento às expectativas da população.

Quando o comportamento estatal estiver muito abaixo do mínimo esperado, o modelo de responsabilização será objetivo. Em sentido contrário, quanto mais próximo da expectativa de atuação, será aferida a culpa, ou mais adequadamente, o funcionamento do serviço, de modo que o sistema de responsabilização será o subjetivo.

Acaso se verifique que o Estado adotou os procedimentos que estavam ao seu alcance e tomou as cautelas de rigor, será totalmente irresponsável pelo dano, não lhe sendo imputada qualquer obrigação de reparar ou indenizar.

Portanto, se o Poder Público deixa de lado deveres específicos e de sua incúria resultam danos a terceiros, seu comportamento está aquém do que se espera como um mínimo de eficiência, incidindo responsabilidade objetiva no caso. Por outro lado, se o Estado se omite de forma genérica, mesmo que fora do padrão do rendimento ideal, está mais próximo do mínimo tolerado, sendo cabível a investigação de alguma falha do serviço que tenha causado o dano, configurando responsabilidade civil sob a aplicação da teoria subjetiva.

Em entendimento bastante semelhante, Ricardo Cavalcante Barroso aconselha prudência na responsabilização do Estado sobretudo nas situações clandestinas, que são definidas como "aquelas realizadas em local de difícil acesso ou ocultadas pela distância ou outro subterfúgio", ou em hipóteses que fogem ao "funcionamento regular e esperado do Estado, ou seja, casos que presumiriam certa onipresença ou perfeição do Estado – fatalmente irreal e inadmissível, ainda que para os padrões ótimos" (BARROSO, 2011, p. 226).

Diante dessas leituras, seguir o parece ser mais acertado seguir o posicionamento de Helli Alves de Oliveira, de acordo com o qual se dividem as omissões estatais em duas grandes modalidades: a omissão no tocante a providências necessárias à preservação e à restauração de bens e recursos naturais, e a omissão de fiscalização das atividades empreendidas por terceiros (OLIVEIRA, 1990, p. 50-51).

Quanto a primeira modalidade, se a Administração restou inerte quanto às providências que deveria ter tomado para proteger bens ambientais, tais como tratamento de efluentes e esgotos urbanos e industriais antes do seu despejo, ou a implantação de parques, a responsabilidade é exclusiva do Estado, pois sua omissão foi a causa direta e primeira, e provavelmente exclusiva, do dano verificado.

Deve, portanto, o regime objetivo ser utilizado. Isso porque, a inércia é a única causa de dano ambiental, cuja responsabilização é regida pelo modelo objetivo, e até por isso mesmo, a omissão estatal, neste caso, se reveste de um caráter análogo a um ato comissivo. Não há grandes discordâncias entre os doutrinadores, e nem há muito o que ser debatido a respeito.

Com relação à omissão no dever de fiscalização e o licenciamento de atividades degradadoras, é digno de nota também o fato de que a responsabilidade do Estado por danos ao meio ambiente, se utiliza de conceitos de dois ramos do Direito, e traz um inevitável antagonismo. Se de um lado se aplica a responsabilidade objetiva na seara do direito ambiental, do outro lado é aplicada o sistema subjetivo no direito administrativo. Como deverá ser resolvida essa aparente incompatibilidade?

Na confrontação dos valores contemplados aqui, deve prevalecer aquele que cujo valor seja mais importante, e é inegável que o meio ambiente saudável deve ter preferência dada a sua importância para a preservação da vida no planeta (e da qualidade desta). Então, se descarta a utilização do sistema subjetivo em caso de omissão estatal, e no intuito de simplificar a produção de provas e prover a proteção ambiental por meio de uma mais responsabilização mais célere, o modelo objetivo parece o mais adequado.

Em um primeiro momento, ainda se pode tentar um posicionamento intermediário, em sistema de responsabilidade por omissão em que se mescle os regimes objetivos e subjetivos. Nessa toada, parece mais prudente parece ser o de dividir as omissões em categorias de acordo com a gravidade, tal como Guilherme Couto de Castro (CASTRO,

1997, p. 56-59), Marçal Justen Filho (JUSTEN FILHO, 2006, p. 226-246) e Tarcísio Vieira de Carvalho Neto (CARVALHO NETO, 2014, p. 106-126). E desse modo, aplicar a responsabilidade objetiva naquelas inércias estatais consideradas mais sérias.

No entanto, é de se considerar que adicionar mais um elemento de discussão ao processo é retardar ainda mais o andamento da prestação jurisdicional, que já é bastante lenta, e mal se presta a investigar profundamente o dano e o nexo de causalidade com a conduta do agente. Nessa toada, parece mais compatível com a situação descrita a adoção da responsabilidade pelo sistema objetivo, visto que facilita a comprovação da ligação da conduta do agente e o dano ambiental verificado.

Além disso, reiterando argumentos já expostos, é de se ressaltar que a omissão estatal consiste em causa do dano, mesmo que indireta, e não mera situação propiciatória, por consubstanciar descumprimento de tarefas estatais, gravadas na Constituição Federal, e no ordenamento subsequente, bem como no recepcionado.

Ao contrário do que se pode argumentar, adotar a responsabilidade objetiva e solidária do Estado em casos de omissão não o torna um segurador universal. Não se trata de uma imputação de responsabilidade sem avaliação do caso concreto e insuscetível da análise de excludentes de responsabilidade.

Diversamente do que uma análise superficial do assunto pode levar a concluir, de acordo com esse raciocínio, o Estado não estará "necessária e automaticamente, no polo passivo de qualquer demanda por degradação ambiental e urbanística" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009). Mesmo no sistema objetivo, é preciso provar o nexo causal entre a conduta (nesse caso, a omissão) e o dano subsequente.

O nexo causal na hipótese de omissão estatal deve ser entendido de acordo com as apreciações sobre o tema de Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, Guilherme Couto de Castro e Ricardo Cavalcante Barroso, já mencionadas anteriormente. Embora os dois primeiros cheguem à conclusão de que se deve dividir as omissões de acordo com sua gravidade, o ponto em comum na análise dos três autores é que o nexo de causalidade do Estado se dá pela presença de dois requisitos: o conhecimento da conduta do agente degradador e a tomada de providências a respeito.

O nexo causal passa necessariamente pela ocorrência desses dois quesitos tendo em vista que, mesmo com a adoção dos mecanismos de controle mais avançados, não existe qualquer garantia da prevenção de todo e qualquer dano ambiental. A expectativa da postura do Poder Público não pode ser no sentido da onipresença e onisciência, pois se trata de uma esperança irreal e excessiva.

Até porque a tecnologia existente atualmente, e que pode ser considerada a mais "onisciente" possível, a varredura via satélite, tem suas limitações. É um instrumento sujeito a condições meteorológicas (nuvens inviabilizam o aproveitamento da imagem), as imagens em locais afastados dos grandes centros são desatualizadas em geral, e a resolução ainda não permite a visualização de danos de pequena monta.

Importante observar que a omissão no serviço é considerada sob as variáveis do estágio de desenvolvimento tecnológico, cultural, econômico, enfim, dentro das possibilidades reais médias dentro do ambiente em que se produziu a lesão. Nesse sentido, observa Ricardo Cavalcante Barroso (BARROSO, 2011, p. 226) que o Estado não pode ser responsabilizado por situações que fogem ao funcionamento regular e esperado do mesmo, sob pena de se impor certa onipresença ou perfeição na atuação estatal, o que até no melhor dos mundos é irreal. Consequentemente, as situações clandestinas, consistentes naquelas realizadas em local de difícil acesso, ou ocultadas pela distância ou outro subterfúgio, jamais podem ter a presunção de que o Estado assumiu o risco.

Fora isso, é necessário observar a escassez de recursos públicos, que por via de consequência prejudica a construção de estrutura, e afeta também os recursos humanos, como a alocação de funcionários públicos. Ainda que não se esteja diante de um contexto de dificuldade financeira do Poder Público, uma fiscalização tão intensiva absorveria mais profissionais do mercado que a academia é capaz de gerar. Assim, a falta de recursos humanos e de pessoal especializado (AMARAL, 2010, p. 87) frente às necessidades da sociedade, representa um tipo de escassez a ser ponderado nesse caso.

Portanto, fora da realidade exigir uma vigilância em tempo integral e em todos os lugares, pois se trata de obrigação impossível. Dessa maneira, o estabelecimento do nexo de causalidade tendo como condicionante a informação sobre o dano ambiental (ou a possibilidade deste), é uma forma de trazer razoabilidade à análise da questão.

Nessa linha de raciocínio, explana Ricardo Cavalcante Barroso (BARROSO, 2011, p. 226):

> Ao Estado, além de reprimir danos incumbe o dever de prevenir. A própria caracterização do papel punitivo do Estado bem demonstra e reconhece um fato inequívoco: a prevenção não é infalível e ninguém, nem o Estado, é onipresente e onipotente, até porque as ações materiais imputadas ao Estado são desempenhadas por pessoas físicas investidas da função pública, ou seja, dotadas da falibilidade humana. Além disso, não é crível que o Estado possa comandar e garantir permanentemente a correção de todos os comportamentos humanos preventivamente.

Diante do conhecimento da degradação do meio ambiente, é necessária uma resposta da Administração por meio do órgão ambiental. Em caso negativo, é evidente que a omissão estatal consistirá no descumprimento de dever legal sobre fatos que lhe são levados a conhecimento, e está configurado nexo causal com o dano ambiental. Seguindo essa argumentação, é acertada a responsabilidade do Estado que se omite na promoção das exigências legais para o licenciamento ambiental.

Sendo assim, só terá legitimidade passiva para responder ação de responsabilidade o ente federativo que diante de infração ambiental deixa de exercer o poder de polícia que lhe cabe, ou o exerça, mas deixe de dar prosseguimento nas medidas previstas legalmente, tais como a autuação, interdição, embargo, desforço possessório, a aplicação de penalidades em geral.

2 DA SOLIDARIEDADE DO ESTADO NA REPARAÇÃO DE DANOS AMBIENTAIS

O dano ao meio ambiente tende a se caracterizar pela indivisibilidade, o que influencia, com a mesma qualidade, a prestação de reparar. Múltiplos atores podem se fazer presentes em um só fato ou evento gerador de dano ambiental, em razão da forma de rede em que se organizam os processos ecológicos. Dessa maneira, por força da sua indivisibilidade (unidade do objeto), o dever de reparar de um corresponde ao dever de reparar de todos (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009).

Assim, se houver omissão do Poder Público em exercer eficazmente seu poder-dever fiscalizatório, e resultante dessa incúria surgirem danos ambientais, o Estado será responsável indireto pela atividade causadora da degradação ambiental, devendo responder solidariamente, salvo se forem constatadas excludentes.

Aí se explica a fundição do comportamento do particular, normalmente comissivo, com o comportamento omissivo do Estado. Segundo, a omissão estatal, logicamente, se refere a comportamento em que o degradador real é um terceiro, o que traz à baila a problemática das obrigações complexas, com múltiplos vínculos obrigacionais e, a partir delas, da solidariedade entre as várias condutas, comissivas e omissivas, envolvidas.

A inclusão do Estado como responsável solidário, por quaisquer de seus entes da Federação (União, Estados e Municípios), encontra guarita primeiramente no *caput* do artigo 225 da Constituição Federal, quando este impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Como já é sabido, o conceito de poluidor no direito ambiental brasileiro é amplíssimo, uma vez que nos termos do inciso IV do artigo 3º da Lei nº 6.938/81 é toda e qualquer "pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental" (BRASIL, 1981).

Por poluidor direto entende-se aquele cuja ação gera de forma imediata o dano. Já o poluidor indireto é aquele que pratica conduta ligada àquela do poluidor direto, sem a qual o dano não teria ocorrido. De forma didática explana Pedro Curvello Saavedra Avzaradel (AVZARADEL, 2014, p. 320):

> Por exemplo, supondo que haja um acidente envolvendo trem pertencente a uma empresa de logística, com derramamento de material tóxico e poluição no local, sabemos que essa empresa é a poluidora direta. Ocorre que, caso o citado material seja de propriedade de outra empresa, por exemplo, de uma refinaria, esta praticou atos (compra do material e contratação da entrega) sem os quais o dano não ocorreria.

Quando envolvido com a conduta, pois inerte frente a atividade de terceiro que levou à degradação ambiental, será o Estado obrigado a responder solidariamente pela indenização, uma vez que o artigo 942 do Código Civil determina que "se a ofensa tiver mais

de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação"[13]. Portanto, a ideia do instituto é tornar mais fácil a reparação do dano, que pode ser exigida tanto do poluidor direto quanto do indireto, ou de ambos, que acertarão as contas entre si num momento posterior, conforme se estudará adiante.

Importante ressaltar aqui que a jurisprudência tem entendido que o litisconsórcio é facultativo nesse caso, sendo possível, por exemplo, a interposição de ação apenas contra o responsável direto, contra o responsável indireto ou contra ambos. Nesse caso, temos responsabilidade solidária, e assim, podem os litisconsortes ser acionados em litisconsórcio facultativo, nos termos do inciso I, do artigo 46 do Código de Processo Civil (CPC)[14].

A seguir, a título de exemplo, se colaciona trecho de ementa de jugado do Superior Tribunal de Justiça (STJ) com essa orientação (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2005):

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO CAUSADO AO MEIO AMBIENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ENTE ESTATAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RESPONSÁVEL DIRETO E INDIRETO. SOLIDARIEDADE. LITISCONSóRCIO FACULTATIVO. ART. 267, IV DO CPC. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF.
>
> [...]
>
> 6. Fixada a legitimidade passiva do ente recorrente, eis que preenchidos os requisitos para a configuração da responsabilidade civil (ação ou omissão, nexo de causalidade e dano), ressalta-se, também, que tal responsabilidade (objetiva) é solidária, o que legitima a inclusão das três esferas de poder no pólo passivo na demanda, conforme realizado pelo Ministério Público (litisconsórcio facultativo).
>
> 7. Recurso especial conhecido em parte e improvido.

Como consequência da solidariedade e por se tratar de litisconsórcio facultativo, cabe ao autor da ação optar por incluir ou não o ente público na petição inicial. Conforme já afirmado, a solidariedade passiva não impõe o litisconsórcio necessário, o que corresponde a

[13]Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.
[14] Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I - entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; [...]

uma negação das suas funções originais. Washington de Barros Monteiro arrazoa que uma de suas características é exatamente a "faculdade que tem o credor de exigir e receber a prestação do coobrigado que escolhe. A autoridade judiciária não tem direito de sobrepor-se a essa eleição, impondo ao autor a presença no feito de outros litigantes" (MONTEIRO, 2000, p. 178).

3DO NECESSÁRIO TRATAMENTO DIFERENCIADO DO ESTADO NA EXECUÇÃO

Independentemente do tipo de contribuição do Estado ao dano ambiental não deve haver temperamento dos deveres do Estado, que somente receberá tratamento diferenciado, como se analisa adiante, somente pela via da preservação de um benefício na execução, na qual a ele se reserva "uma posição de *posterius* em relação a do *prius*, que é o agente causador primário ou direto do dano ambiental" (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009).

Ultrapassada essa pequena introdução acerca da possibilidade de inclusão do Estado no polo passivo como devedor solidário, é importante sublinhar as ressalvas que a doutrina tem feito à responsabilidade solidária do Estado em caso de omissão.

Em referência ao trabalho de Gustavo Tepedino, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho (MONTEIRO FILHO, 2006, p. 55) defende que a adoção indiscriminada da responsabilização estatal levaria a uma espécie de "panresponsabilização" do Estado diante de todos os danos sofridos pelos cidadãos, o que oneraria em excesso o erário e suscitaria uma ruptura no sistema de responsabilidade civil.

Para Hugo Nigro Mazzilli é preciso equilíbrio (MAZZILLI, 2011, p. 387). Primeiro, para não imputar ao Estado as consequências de tudo que ocorre de errado no país, e via de consequência, ao cidadão que paga impostos. Dessa forma, o povo não teria só de suportar a lesão, mais ainda por cima indenizá-la(MAZZILLI, 2011, p. 655). A outra face dessa prudência é evitar a isenção *a priori* o Estado por esses mesmos motivos.

Álvaro Luiz Valery Mirra aconselha cautela na responsabilização civil do Estado por danos causados por sua omissão, para que o responsável direto pela conduta causadora da degradação não venha a suscitar a responsabilidade do Estado como subterfúgio para rechaçar a sua própria responsabilidade integral e principal (MIRRA, 2003, p. 36).

Não se duvida que o já citado artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 6.938/81 identifica como poluidor a pessoa jurídica de direito público, que, por omissão (portanto, de forma indireta), venha a causar lesão ao meio ambiente. No entanto, conforme os autores citados expuseram, esse preceito legal deve ser interpretado com razoabilidade, de modo que a possibilidade de imputação de responsabilidade ao causador indireto de dano não se estenda *ad infinitum*, atraindo a responsabilidade civil do Estado por qualquer tipo de inércia.

Vale reiterar aqui o já manifestado na seção anterior, para a caracterização do nexo causal da omissão estatal é necessário que exista conhecimento dos fatos pelo Estado e a sua subsequente inércia quando detinha condições de tomar providências. Assim, a melhor interpretação do artigo 225, §3º da Constituição Federal e do artigo 14, parágrafo único, da Lei nº 6.938/81, não traz a conclusão de que o Poder Público é o segurador universal do meio ambiente, ainda mais quando os degradadores estão suficientemente identificados e aptos a responder pelos danos ambientais.

A responsabilidade objetiva do Estado e a solidariedade não desmentem e nem vão de encontro ao princípio do poluidor-pagador, cujo principal intuito é inverter a lógica nociva de que o meio ambiente por ser um bem de todos, de proteção difusa, poderia ser explorado livremente de modo a gerar o enriquecimento do particular e disseminando as externalidades negativas.

Por esse prisma, é preciso pensar a responsabilidade civil ambiental com o objetivo de imputar ao real e efetivo causador direto da lesão a responsabilidade da reparação de danos. No entanto, essa ideia não impede e nem prejudica a solidariedade, até porque esta serve como mais uma garantia em favor da sociedade para a integral recomposição. Uma vez estando o Estado no polo passivo, há a certeza de patrimônio solvente para posterior execução. Tal premissa não existe em ações ajuizadas contra particulares.

Obviamente que a condenação do Estado em face de atos lesivos importa na afetação de patrimônio público, ou seja, recursos que em princípio são destinados a satisfação de necessidades públicas e o bem da coletividade. Nesse sentido, José Rubens Morato Leite e Patryck de Araújo Ayala advertem que a carga da responsabilidade acabará por atingir a própria vítima dos danos ambientais e assim, "não se deve adotar irrestritamente a regra da solidariedade do Estado pelo dano ambiental, pois responsabilizando irrestritamente o Estado quem está arcando com o ônus, na prática, é a própria sociedade" (LEITE, 2003, p. 195).

A situação se torna mais dramática em países pobres ou com má distribuição de renda, afinal, é nesses lugares que a população é mais carente de serviços estatais e também há mais pressão pela industrialização sem pesar as consequências ambientais. Assim, a decisão de onde alocar recursos nesses lugares se trata de uma escolha dramática, em que, como já dito anteriormente, determinar a recuperação ambiental de degradação de outrem implica reduzir ou suprimir gastos em outra que pode ser tão importante quanto a outra.

Em resumo e para efeitos de denominação dessa ideia, tem se denominado esse tipo de escolha de "*trade-off"*. Ainda sem uma tradução exata para o português, Gustavo Amaral sustenta que o termo pode ser entendido como uma "escolha do que atender e do que não atender", e nesse sentido, esclarece que "não se trata de algo 'mau', mas sim de uma característica inexorável" (AMARAL; MELO, 2010, p. 92).

Num contexto de escassez de recursos, não há espaço para aquilo que o mencionado autor chama de ingenuidade positivista, que consiste na "postura de partir de aforismos como 'se está na constituição (ou na lei) é para valer', afirmar que 'saúde é direito de todos' e concluir que o Estado é responsável, não importa o valor envolvido"(AMARAL, 2010, p. 92). Aqui as limitações são de ordem prática, ou seja, os recursos do Estado são limitados, ao mesmo tempo em que as necessidades são infinitas.

As despesas realizadas em função de responsabilidade por omissão judicialmente imposta inviabilizariam outros projetos estatais, e possivelmente até afetaria projetos relacionados a outros direitos fundamentais. Sendo assim, tais reparações ambientais, uma vez determinadas pelo Judiciário em favor do autor de ação nesse sentido, poderiam concentrar o aporte de recursos de tal modo que se tornaria impossível estendê-lo a outras pessoas, com evidente "prejuízo ao princípio igualitário"(GOUVÊA, 2003, p. 19). Afinal, por exemplo, porque o pagamento custoso de uma indenização por danos ambientais é mais importante do que a realização de exames médicos na rede pública de saúde? Difícil fazer uma ponderação.

Ante essas considerações, para compatibilizar a necessidade de preservar a solidariedade de todos, que direta ou indiretamente provocaram degradação ambiental, e a constatação de que a direta responsabilidade do Estado importará na exoneração do devedor e principal responsável pelo dano, é de se prestigiar algumas formas de mitigação dessa responsabilidade, quais sejam: a execução subsidiária (ou com ordem de preferência) do

Estado, e o direito de regresso contra o degradador ou contra o servidor público, os quais serão adiante analisados nessa mesma ordem.

Quanto à execução subsidiária, é de se notar a sua aplicação em outros campos do direito. Por exemplo, essa modalidade de mitigação da responsabilidade do Estado passou a ser utilizada na área trabalhista a partir de 2011na hipótese de terceirização na Administração Pública, por meio de nova redação da súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST)[15].

Por outro lado, a Lei nº 8.987/95, ao disciplinar as concessões de serviços públicos (artigo 175 da Constituição Federal), previu como encargo do poder concedente a fiscalização dos serviços, e imputa responsabilidade do ente público por eventuais prejuízos causados de forma subsidiária.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, isso se explica pois uma vez que a concessionária atuava "em nome do Estado", conquanto por sua conta e risco, poderá ter lesado terceiros por força do próprio exercício da atividade que o Estado lhe pôs em mãos (MELLO, 2006, p. 713). Ressalta-se então que, os prejuízos causados poderão ter derivado diretamente do exercício de um poder cuja utilização só lhe foi possível por investidura estatal. Na hipótese de a concessionária responsável por comportamento danoso vir a

[15] Súmula nº 331 do TST
CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011
I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando -se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).
II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).
III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade -meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.
IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.
V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.
VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. In: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade.Disponível em: www.tst.jus.br/sumulas. Acesso em: 21 fev. 2015.

encontrar-se em situação de insolvência, certo é que o Estado terá que arcar com ônus daí provenientes.

Pode-se então, falar em responsabilidade subsidiária, e não solidária (o que já diferencia do objeto de estudo em comento) existente em certos casos, isto é, naqueles em que os gravames suportados por terceiros hajam procedido do exercício, pela concessionária, de uma atividade que envolveu poderes especificamente do Estado. É razoável, então concluir que os danos resultantes de atividade diretamente constitutivas do desempenho do serviço, ainda que realizada de modo faltoso, acarretam, no caso de insolvência do concessionário, responsabilidade subsidiária do poder concedente.

Comparando esses institutos com a subsidiariedade ambiental, se verifica que, embora o resultado seja o mesmo, a execução subsidiária, os fundamentos são diferentes. Primeiro porque a responsabilidade ambiental do Estado por omissão não decorre de *culpa in vigilando* ou *in eligendo* do mesmo, na medida em que, à exceção do caso em que há conluio entre o agente público e o degradador original, não existe relação de confiança entre este e o Poder Público. Em segundo lugar, não ocorre uma relação especial de subordinação, dependência ou de parentesco entre os codevedores (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009).

Na responsabilidade ambiental do Estado por omissão, as justificativas são de ordem social, política e econômica, mas também de justiça, já que seria desaconselhável chamar o Estado, o representante da sociedade-vítima do dano ambiental, também prejudicado, a responder, na linha de frente, pela degradação materialmente causada por terceiro e que só a este beneficia ou aproveita.

É certo que a responsabilidade estatal por omissão de dever-poder de implementação ambiental deriva do papel de guardião-maior do meio ambiente ecologicamente equilibrado imposto constitucionalmente ao Estado, mas é também inequívoco que aos cofres públicos não se empurra a função de garante ou de segurador universal dos poluidores. O compromisso do legislador é com as vítimas, não com os degradadores.

Nesse ponto, o Ministro Antônio Herman V. Benjamin, na relatoria do Recurso Especial nº 1.071.741 (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009), aduziu que:

> Tão injusta e inadmissível quanto a regra, do Direito inglês medieval, de que o Rei nunca erra ou comete ilícito civil ("the king can do no wrong" ou princípio da irresponsabilidade civil do Estado), será o seu oposto, no extremo antagônico, ou seja, querer atribuir todos os erros do mundo à conta do Rei (= o Estado moderno e os contribuintes).

Assim, nos termos do que foi exposto no mencionado acórdão, a responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de devedor-reserva, pela via da preservação de um benefício na execução, na qual a ele se reserva "uma posição de *posterius* em relação a do *prius*, que é o agente causador primário ou direto do dano ambiental"(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2009). Só será chamado quando o degradador original, direto ou principal não quitar a dívida, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta[16].

Além do critério de impossibilidade na execução a que se fez referência (seja técnica ou financeira), Ricardo Cavalcante Barroso (BARROSO, 2011, p. 228) acrescenta a hipótese em que o dano foi causado pela permissividade do Estado ao observar a formação de um quadro de poluição em que diversos agentes atuam e se torna impossível estabelecer um nexo causal. Os exemplos mais didáticos seriam a poluição hídrica causada por um distrito industrial ao longo de anos de inércia estatal, ou a omissão do Poder Público na invasão de grileiros em unidade de conservação. A seguir se transcreve a lição do citado autor:

[16]Interessante observar que em acórdão julgado em 2011, o Ministro Teori Albino Zavascki, ao relatar , afirma que "A jurisprudência predominante no STJ é no sentido de que, em matéria de proteção ambiental, há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado pelo seu causador direto. Trata -se, todavia, de responsabilidade subsidiária, cuja execução poderá ser promovida caso o degradador direto não cumprir a obrigação, "seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica, conforme preceitua o art. 50 do Código Civil" Causa estranheza essa assertiva (bem como parece precipitada), visto que esse posicionamento ainda não aparece com tanta frequência nos julgados do tribunal, bem como não é tão desenvolvido na doutrina ambiental brasileira. No restante do acórdão em questão, faz -se muitas menções apenas ao REsp nº 1.071.741. Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1001780. Segunda Turma. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 27 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 09 maio 2015.

> Caso se verifique a absoluta falta de condições de responsabilizar o particular, não pela difusão do dano, dada a dificuldade de dimensionar a responsabilidade de cada causador ou a quantidade de causadores, mas sim pela absoluta impossibilidade de estabelecer qualquer nexo entre o dano e algum causador ou pela completa incapacidade financeira do agente para prover a recuperação ambiental, é de se impor ao Estado arcar com os custos daqueles danos que direta ou indiretamente (por omissão) tenha causado.

O estabelecimento de requisitos para a execução do Estado quando responsável solidário serve para evitar romper a equação do princípio poluidor-pagador, bem como para inviabilizar a socialização da reparação ambiental, embora resguardada a privatização do lucro decorrente da degradação pelo empreendedor. Resguardar a plena solvabilidade financeira e técnica do crédito ambiental é o objetivo da responsabilidade solidária e de execução subsidiária do Estado, porém, isso deve acontecer apenas em caráter excepcional, sob pena de onerar duplamente a sociedade.

Não custa sublinhar que é assegurado, sempre, o direito de regresso, conforme o artigo 934, do Código Civil[17], com a desconsideração da personalidade jurídica, conforme preceitua o artigo 50 do Código Civil[18]. Esse entendimento foi asseverado no julgamento do Recurso Especial 647.493/SC, no qual se discutiu a responsabilidade do Estado e das empresas mineradoras de carvão de Santa Catarina por danos ambientais. Consta do voto relator, de lavra do Ministro João Otávio de Noronha:

> Nada obstante a solidariedade do Poder Público, o certo é que as sociedades mineradoras, responsáveis diretas pela degradação ambiental, devem, até por questão de justiça, arcar integralmente com os custos da recuperação ambiental. E o fazendo o Estado, em razão da cláusula de solidariedade, a ele há de ser permitido o ressarcimento total das quantias despendidas, uma vez que, embora tenha sido omisso, não logrou nenhum proveito com o evento danoso, este apenas beneficiou as empresas mineradoras. Em face do dispositivo acima, entendo que a União não tem a faculdade de exigir dos outros devedores que solvam as quantias eventualmente despendidas, mas sim, o dever, pois há interesse público reclamando que o prejuízo ambiental seja ressarcido primeiro por aqueles que, exercendo atividade poluidora,

[17]Art. 934. Aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz.

[18]Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

> devem responder pelo risco de sua ação, mormente quando auferiram lucro no negócio explorado.

O direito de regresso também pode se dar com relação ao servidor público. O §6º do artigo 37 da Constituição Federal, que a seguir se transcreve, preceitua a aplicação de responsabilidade objetiva ao Estado em caso de dano a terceiro, e a responsabilidade subjetiva do servidor, que na qualidade de agente público, causa o referido dano, sendo assegurado o direito de regresso:

> § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O citado dispositivo se coaduna com o princípio da moralidade administrativa, revelando preocupação do constituinte com a recomposição do erário desfalcado pela antecipação do valor da indenização por danos causados por ação culposa ou dolosa do agente público.

É de se observar que a relação entre a vontade e a ação do Estado e de seus agentes é uma relação de imputação direta dos atos dos agentes ao Estado. Celso Antônio Bandeira de Mello explana que essa é a peculiaridade da denominada relação orgânica. Assim, o que o agente quiser, em qualidade funcional (bem ou mal desempenhada) é o que se entende que o Estado quis, repetindo, mesmo que tenha querido mal. Em outras palavras, o que o agente fez nestas condições é o que o Estado fez. Nas relações não se considera somente se o agente obrou ou deixou de fazê-lo em conformidade com o Direito, culposa ou dolosamente. Aqui se considera se o Estado agiu (ou deixou de agir) bem ou mal.

Em resumo, nas palavras do próprio autor (MELLO, 2006, p. 1008):

> [...] não se bipartem Estado e agente (como se fossem representado e representante, mandante e mandatário), mas, pelo contrário, são considerados como uma unidade. A relação orgânica, pois, entre o Estado e o agente não é uma relação externa, constituída exteriormente ao Estado, porém interna, ou seja, procedida na intimidade da pessoa estatal.

Nesse sentido, no Recurso Extraordinário nº 344.133, julgado em setembro de 2008, o Supremo Tribunal Federal (STF) ratificou a legitimidade do Estado, a ilegitimidade passiva do agente público, e por via de consequência, o não cabimento de denunciação à lide (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2008). Vide ementa:

> RESPONSABILIDADE - SEARA PÚBLICA - ATO DE SERVIÇO - LEGITIMAÇÃO PASSIVA. Consoante dispõe o § 6º do artigo 37 da Carta Federal, respondem as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, descabendo concluir pela legitimação passiva concorrente do agente, inconfundível e incompatível com a previsão constitucional de ressarcimento - direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No mesmo acórdão, vale destacar no voto do relator, o Ministro Marco Aurélio Mello, mais um fundamento para esse posicionamento:

> A razão de ser da atribuição, ao Estado-gênero ou a quem lhe faça às vezes, de reparar o dano causado é única. Revela responsabilidade, de regra objetiva, com a finalidade de não inibir o servidor ou agente no desempenho das funções do cargo.

Percebe-se, portanto, a intenção do STF de tentar equilibrar as garantias concedidas ao particular e ao agente público. Ao primeiro a garantia de um patrimônio solvente para a execução, ao segundo, evita o constrangimento das funções de sua atividade. Dessa forma, o entendimento que parece ser mais acertado é de que a ação deve ser proposta contra o Estado e se houver culpa ou dolo por parte do servidor público, este será responsabilizado civilmente através de ação de regresso e administrativamente de acordo com o regime jurídico ao qual esteja submetido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inércia estatal, quando colocada ao lado de outras condutas causadoras de danos ambientais, deixa o Estado tão responsável pelo dano quanto os causadores diretos ou imediatos que não foram contidos ou impedidos pela Administração, quando esta podia e devia evitar o resultado danoso ambiental, mas mesmo assim não agiu, daí se justifica sua responsabilidade solidária.

Em todos os casos apontados, se deduz que o posicionamento mais prudente parece ser a adoção da responsabilidade objetiva. Embora, regra geral, a responsabilidade por omissão do Estado se dê pela modalidade subjetiva, é de se notar que a responsabilidade objetiva é empregada em caso de dano ambiental, conforme o ordenamento brasileiro. Esse antagonismo quanto ao regime a ser utilizado quando a omissão do Estado implicar em dano ambiental é solucionado pela confrontação dos valores aqui contemplados, devendo prevalecer aquele que cujo valor seja mais importante. É inegável que o meio ambiente saudável deve ter preferência, e se sobressai nessa ponderação, dada a sua importância para a preservação da vida (e da qualidade desta) no planeta.

Outra razão para a aplicação do regime objetivo é que este modelo torna mais fácil a tarefa de demonstrar a ligação da conduta do agente e o dano ambiental verificado. Nessa linha de raciocínio, logo de início se descarta a utilização do sistema subjetivo em caso de omissão estatal ambiental, pois aqui se torna necessária a comprovação de algum elemento que consista em conduta culposa. Assim, também no intuito de simplificar a produção de provas, o modelo objetivo parece o mais adequado.

Contrariamente ao que se possa imaginar num primeiro momento, adotar a responsabilidade objetiva e solidária do Estado em casos de omissão não o torna um segurador universal, não sendo necessariamente parte integrante do polo passivo de qualquer demanda por degradação ambiental.

Importante ressaltar que, mesmo no sistema objetivo, é preciso provar o nexo causal entre a conduta (nesse caso, a omissão) e o dano subsequente, que se opera pela presença de dois requisitos: o conhecimento da conduta do agente degradador e a tomada de providências a respeito. Além disso, a imputação de responsabilidade também passará pela avaliação das eventuais alegações de excludentes de responsabilidade, que são passíveis de consideração, uma vez que a boa parte dos doutrinadores brasileiros entende que teoria do

risco integral pode ser mitigada para considerar algumas poucas excludentes de responsabilidade.

Sendo assim, pode-se compreender que o nexo causal da omissão se caracteriza quando o ente federativo que se mantem inerte quanto a medidas evidentemente necessárias para a proteção ambiental ou que, diante do conhecimento de infração ambiental deixa de exercer o poder de polícia que lhe cabe, ou até o exerça, mas deixe de dar prosseguimento nas medidas previstas legalmente.

Contudo, imputar indiscriminadamente responsabilidade ao Estado em caráter solidário com o terceiro degradador, pela sua omissão em fiscalizar e impedir a ocorrência do dano ambiental, implicaria, no final das contas, em transferir à própria vítima da degradação (a sociedade) a responsabilidade pela reparação do prejuízo, com todos os ônus daí decorrentes.

Além disso, iria de encontro ao princípio do poluidor-pagador e, por consequência, à regra da individualização do verdadeiro e principal responsável, que consiste naquele que aufere os benefícios de determinada atividade, e que deve, portanto, arcar com os prejuízos advindos dela também.

Esses motivos não são suficientes para haver temperamento dos deveres do Estado, que somente receberá tratamento diferenciado na execução, como forma de limitar a responsabilidade estatal apenas aos casos de impossibilidade da responsabilização pelo autor da degradação e para evitar a odiosa socialização dos encargos necessários à reparação de danos ambientais praticados por particulares.

Com esses objetivos é que se aplica a execução subsidiária (ou com ordem de preferência) da responsabilidade solidária estatal. Nesse sistema, o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, e só deve ser chamado quando o degradador direto (aqui equivalente ao devedor principal) não quitar a dívida, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, por qualquer razão, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta.

Dessa maneira, por meio da execução subsidiária do Estado se busca imputar preferencialmente ao causador direto do dano ambiental a responsabilidade, cabendo responsabilização do Estado somente em casos muito específicos, apenas para que se garanta

a imediata reparação ambiental. Vale lembrar que é possível o direito de regresso contra o causador do dano, quando possível posteriormente.

O direito de regresso também pode se operar com relação ao servidor público. A Constituição Federal prevê essa possibilidade no caso em que o servidor, que na qualidade de agente público, causa o dano a outrem. O Estado "antecipa" a indenização, por meio da responsabilidade objetiva, e posteriormente se apura subjetivamente a responsabilidade do servidor. Em caso de conduta dolosa ou culposa, deverá ser operado o ressarcimento do erário.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Tereza Perez de. **O Estado e a responsabilidade por omissão na proteção do ambiente**. Recife: Livro Rápido, 2003.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____.; MELO, Danielle. **Há direitos acima dos orçamentos?**In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. **Omissão estatal e a responsabilidade civil solidária por danos ambientais.** Revista Internacional de Direito Ambiental, Caxias do Sul, n. 09, p. 311-326, set./dez. 2014. p. 320.

BARROSO, Ricardo Cavalcante. **A responsabilidade civil do estado por omissão em face do dano ambiental**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n. 63, p. 203-238, jan./mar. 2011.

BRASIL. Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 05 jan. 2015.

_____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 fev. 2015.

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 08 fev. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.071.741. Segunda Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 24 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 24 jan. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 604.725. Segunda Turma. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, DF, 21 de junho de 2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 08 fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 344.133. Primeira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 21 fev. 2015.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Disponível em: www.tst.jus.br/sumulas. Acesso em: 21 fev. 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 309-310.

CARVALHO NETO, Tarcísio Vieira de. **Responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FREITAS, Juarez. **Responsabilidade civil do Estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e inoperância**. In: FREITAS, Juarez. (Org.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HUPFFER, Haide Maria et al. **Responsabilidade civil do Estado por omissão estatal.** Revista Direito GV, São Paulo, v. 8. n. 1. p. 109-129, jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v8n1/v8n1a05.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2015. vol.8 no.1 São Paulo Jan./Jun. 2012. p. 118.

JUSTEN FILHO, Marçal. **A responsabilidade do Estado**. In: FREITAS, Juarez. (Org.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial.** 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2011

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Proteção do meio ambiente: a omissão do Poder Público e o papel social do Judiciário no controle da Administração Pública**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n. 30. p. 35/44, abr./jun. 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Problemas de Responsabilidade civil do Estado.** In: FREITAS, Juarez. (Org.). Responsabilidade civil do Estado. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado.**4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

OLIVEIRA, Helli Alves de. **Da responsabilidade do Estado por danos ambientais**. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PORFÍRIO JÚNIOR, Nelson de Freitas. **Responsabilidade do Estado em face do dano ambiental.** São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. **Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

RECEBIDO EM: 22/01/2016
APROVADO EM: 19/02/2016

Os Direitos Humanos nas encruzilhadas da emancipação: as lutas sociais e as escalas da contra-hegemonia

Adriano Moura*

Bruno Sena Martins*

RESUMO: O presente texto problematiza o discurso dos Direitos Humanos (DH) enquanto estratégia contra-hegemónica trans-escalar. Partindo do reconhecimento da natureza paradoxal dos DH, inicia-se uma breve análise da sua discursividade enquanto ferramenta atual de manipulação ao serviço da ideologia neoliberal, assim como das principais subversões e perigos subsequentes. Posteriormente, sem descurar a importância das lutas contra-hegemónicas exteriores a esta gramática da dignidade humana, procura-se refletir sobre as potencialidades e limitações do discurso dos DH enquanto potencial ferramenta impulsionadora de um legalismo cosmopolita subalterno. Na última parte apresentam-se estratégias de natureza política e jurídica, descritas em diferentes estudos de caso, que podem potenciar lutas contra-hegemónicas dos movimentos sociais - na escala local, nacional e internacional, no terreno legal hegemónico. Argumenta-se que os processos de reapropriação do discurso dos DH, enquanto dispositivo contra-hegemónico trans-escalar, envolvem a construção de uma intertextualidade composta por diferentes experiências, emoções e diferentes géneros discursivos.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Contra-hegemonia**;** Lutas Sociais; Escalas

ABSTRACT: The present paper problematizes Human Rights (HR) discursivity as a counter-hegemonic transcalar strategy. Acknowledging the paradoxical nature of HR, this modest reflection starts with a brief analysis about this discursivity as an instrument of manipulation used by the neoliberal ideology, and consequently its adverse and dangerous effects. Underlying the importance of other counter-hegemonic struggles beyond this single grammar of human dignity, the text will then focus on the potentialities and limits of Human Rights as a potential instrument of a cosmopolitan subaltern legalism. On the last section, strategies of juridical and political nature are described, in order to empower counter-hegemonic struggles of social movements – on a local, national, and international scales – on the hegemonic legal arena. It is argued that the construction of an intertextuality based on multiple and different experiences, emotions, and speech-genres, is required in order to enable reappropriation processes of the HR discursivity by counter-hegemonic struggles.

Key words: Human Rights; Counter-Hegemony; Social Struggles; Scales

* Doutorando do programa doutoral "Human Rights in Contemporary Societies" & mestre UC. Contato: adriano.j.moura@gmail.com

* Doutoramento - Universidade de Coimbra; Mestrado - Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra Licenciatura , Faculdade de Ciências e Tecnologia da Universidade de Coimbra; Professor do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. Contato: bsenamartins@gmail.com

INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos (DH) são hoje amplamente reconhecidos como sendo uma temática complexa e controversa, campo de batalhas contínuas entre uma lógicas opressoras e desígnios de emancipação social. Ao longo da sua história os DH têm sido marcados por um enorme hiato entre, por um lado, a produção de um discurso dito universalista de defesa de uma dignidade inerente a todo o ser humano e, por outro lado, a (re)produção de uma realidade marcada por injustiças sociais e pelas formas de imperialismo que ainda definem as assimetrias entre o Norte e o Sul Global. Longe de se tratar de um fenómeno pertencente ao passado, o discurso dos DH continua a ser marcado pela promoção do "poder dos direitos" contra os "direitos do poder" (FALK, 2008), e pela defesa de benefícios geopolíticos, relacionadas com diversos interesses estratégicos dos Estados e das empresas transnacionais. Por outras palavras, o discurso dos DH tem sido um dos principais instrumentos persuasivos na criação de uma "boa consciência" sobre a ação das instâncias políticas e económicas que definem, hoje, a "ordem global". Esta realidade pode rapidamente ser constatada através *i*) do atual conceito de *Right to Protect* (R2P) justificador de várias intervenções militares, por parte dos EUA, sustentadas pela força coerciva dos seus arsenais militares, e por um discurso de um imperativo moral de ação perante violações de DH (esta dimensão contrasta com os duplos critérios dos mesmos atores perante outras violações de DH, talvez porque distantes dos referidas interesses geopolíticos); *ii*) da ênfase e transformação na divulgação de certos acontecimentos (no Sul Global) por parte de algumas ONG (e.g. *Human Rights Watch*) (e o seu silêncio sistemático perante violações de DH que ocorrem no Norte Global) (RAJAGOPAL, 2006).

Estas constatações, não devem, no entanto, conduzir a uma rejeição completa do discurso dos DH. De facto, o discurso dos DH tem igualmente servido para a promoção do 'poder dos direitos' e respetivas práticas de verdadeira luta e resistência contra a opressão e sofrimento humano, tendo por base o ideal de justiça global (FALK, 2008, pp. 81-93).

O presente texto insere-se assim num esforço conceptual que procura eliminar (ou reduzir até ao máximo possível) as múltiplas formas de exclusão, discriminação e subalternização entre pessoas, grupos e sociedades. Sem descurar a extrema importância da

de reapropriação do discurso dos DH, enquanto dispositivo contra-hegemónico trans-escalar, envolvem a construção de uma intertextualidade composta por diferentes experiências, sentimentos e diferentes géneros discursivos.

1. DISCURSO DOS DH ENQUANTO FERRAMENTA HEGEMóNICA DA IDEOLOGIA NEOLIBERAL

O conceito de hegemonia tem origem no quadro teórico desenvolvido por GRAMSCI (1971) que procurou rebater interpretações da obra de Marx que se cingem a uma visão economicista que, através do materialismo histórico, oferecem uma perspetiva determinista da realidade cultural e política. Neste particular, este autor revisitou o conceito de ideologia em cinco dimensões: a) para além do plano intelectual de um sistema filosófico, importa analisar a formação da consciência popular ou senso comum; b) a ideologia não constitui um sistema integrado e coerente; c) a ideologia é processo formativo e processual no qual as massas se mobilizam e adquirem consciência da sua posição; d) a ideologia é um dispositivo positivo, que fornece mecanismos para a participação na vida social. A hegemonia é então definida como um "consentimento espontâneo dado por uma grande massa de população à direção geral imposta na vida social pelo grupo dominante fundamental (bloco histórico)" (GRAMSCI, 1992:12). A hegemonia encontra-se assim ligada a *i*) um processo ativo que envolve produção, reprodução e mobilização do consentimento popular; *ii*) a uma inclusão de interesses dos grupos subordinados (ir para além dos interesses imediatos do grupo hegemónico) – *hegemonia incorporativa*, de modo a alcançar valores e normas que possuem um apelo significativo universal (1992: 181-182). Segundo RAJAGOPAL (2006) os DH – enquanto discurso totalizador - fazem parte do problema da hegemonia global e da promoção de injustiça global, justificando intervenções militares, reconstrução e transformação social tendo por base um certo modelo de sociedade. Nesta linha de pensamento HUNT (2007) sublinha a existência de uma relação entre diferentes níveis de consciência hegemónica: consciência corporativa (baseada nos interesses partilhados e imediatos dos membros do grupo); consciência económico-corporativa (foca interesses comuns de classe e implementa estratégias deliberadas para ultrapassar interesses seccionais); e consciência hegemónica (baseada na emergência de projectos ideológicos e políticos que permitem desenvolver a capacidade para integrar os interesses do grupo hegemónico com o comando sobre grupos subordinados através da integração dos seus interesses). Assim, a linguagem dos DH, baseada no princípio universal de uma dignidade inerente a todo e qualquer ser humano, surge como

uma ferramenta fundamental que permite ao grupo hegemónico (nomeadamente, a ideologia neoliberal) criar uma ilusão de inclusão de interesses de diversos grupos subordinados. A linguagem dos Direitos Humanos é igualmente marcada por uma natureza abstrata, que se traduz em diferentes processos de exclusão ligados, seja à difícil tradução de experiências de privação e sofrimento humano em abstrações filosóficas, éticas e legais, seja à incapacidade de um discurso erudito e legalista refletir os manifestos que são mobilizados pelas pessoas envolvidas em lutas emancipatórias.

Neste sentido é especialmente relevante evocar a análise crítica realizada por BAXI (2002:23) acerca dos DH, enquanto práticas discursivas diferenciadas, que ocorrem no seio de certas tradições/formações discursivas (de exclusão e inclusão), estando estas tradições ligadas a certos poderes, hierarquias e competências (quem pode falar); à constrição de formas (como alguém pode falar, quais as formas adequadas do discurso); à determinação de barreiras (o que pode ser designado); e à estruturação de exclusões (negação de vozes). Partindo deste entendimento, BAXI (2006) focaliza o processo de legalização e os efeitos perversos ligados às políticas inter-relacionadas de *escrita* e de *leitura* dos DH. No domínio da produção (*escrita*) dos DH, que tem um certo potencial para influenciar as posteriores interpretações, reconhece-se natureza social e situada (eurocêntrica) dos DH, e a existência de múltiplas comunidades epistémicas (atores, agências e plataformas) com múltiplos interesses e aspirações, utilizando a linguagem dos DH para fins diversificados (*e.g.* promoção dos imperativos da globalização económica). Deste fenómeno decorre uma produção massiva de DH. No domínio das políticas de interpretação (*leitura*), BAXI (2006) defende que o discurso dos DH possibilita a criação de significados diferenciados consoante o leitor, dando origem a dois principais perigos: *a*) Processos de má-fé dos atores envolvidos, ligados a diferentes engajamentos, adiamentos de práticas, compromissos desapaixonados e preocupações distantes. Este conceito de má-fé pode ser entendido em uma versão fraca (inevitável de desempenho de papéis dos diferentes atores envolvidos), e uma versão forte (envolvendo aceitação e cumplicidade no evitamento da liberdade fundamental); *b*) Criação de falsas consciências, que consistem no entendimento, por parte dos diferentes atores envolvidos, de uma falta de agência e falta de liberdade impostas externamente, sem outra alternativa. A falsa consciência pode adquirir três formas: *i*) naturalização dos fenómenos sociais e consequente diminuição da agência humana; *ii*) crença de que os interesses dos diferentes subgrupos são representados pelos interesses do grupo dominante; *iii*) a defesa e sustentação de instituições sociais injustas promotoras de hegemonia e dominação.

No entanto, ao reconhecer a existência de um constante processo dialético de inclusão e exclusão na linguagem dos DH, BAXI (2006) defende que deve ser analisada a possibilidade dos DH se basearem em uma ideologia de contestação, *i.e.* possuindo um papel ativo na luta contra as várias formas de produção de governação sustentada de crenças sociais, e das diferentes formas de falsa consciência, justificativas de diferentes formas de exclusão social violenta, naturalizando dicotomias e hierarquizações.

Neste sentido, a linguagem dos DH pode ser percecionada como possuindo uma natureza contraditória, fundamento de uma tensão constante entre um discurso de DH promotor de uma dominação hegemónica, e um discurso de DH promotor de movimentos contra-hegemónicos. Importa, no entanto, sublinhar que não se defende que a legitimidade das diferentes lutas dos movimentos sociais advém unicamente dos DH. A este propósito RAJAGOPAL (2003) sublinha a importância de reconhecer que o discurso de DH é apenas uma forma de resistência, entre as múltiplas existentes.

Tendo presentes as anteriores salvaguardas, considera-se, no entanto, que não se deve cair em uma posição que defenda a rejeição completa da linguagem dos DH, e do seu potencial, enquanto estratégia promotora de um movimento contra-hegemónico. Há, sim, que reconhecer, que as lutas contra-hegemónicas sempre envolvem diferentes dimensões inter-relacionadas (legais, políticas, éticas) conceptuais e práticas.

2. DISCURSO DOS DH COMO FERRAMENTA CONTRA-HEGEMóNICA PROMOTORA DE LEGALISMO COSMOPOLITA SUBALTERNO

A noção de contra-hegemonia está inversamente relacionada com a promoção de uma consciência hegemónica. Para GRAMSCI (1992), os movimentos sociais têm de se tornar hegemónicos de modo a assegurarem uma liderança generalizada sobre uma maioria decisiva. No entanto, um projeto contra-hegemónico não constitui algo pronto-a-usar (*e.g.* a Declaração Universal dos Direitos Humanos), mas antes um texto e um desígnio que se deve articular com a situação na qual as pessoas se encontram, e através da transformação dos elementos constitutivos da ideologia prevalecente.

Assim, uma potencial criação de um projeto contra-hegemónico, a partir desta gramática, envolve três processos. Em primeiro lugar, mobilizar os DH aceitando que, se em

determinada realidade estes constituem a discursividade dominante de resistência, tal não significa que possam criar genuínos espaços de transformação emancipatória. Este processo implica necessariamente um movimento paradoxal de proclamar aquilo que se encontra presente no discurso existente (*e.g.* criação do movimento de defesa e promoção dos direitos humanos das mulheres). Em segundo lugar, implicar dar visibilidade aos silenciamentos presentes no discurso hegemónico dos DH (*e.g.* diferentes conceções culturais de dignidade humana). Em terceiro lugar, implica colocar em ação os discursos que, apesar de baseados em elementos dos discursos hegemónicos, introduzem elementos que transcendem esses discursos, o que implica uma negação ou reversão da anterior ideologia hegemónica (*e.g.* recurso ao discurso legal dos DH para defender os direitos de terra de povos indígenas e os direitos dos animais). A este propósito, importa recuperar e reflexão de BUTLER (2000) acerca do processo de contestação de um discurso dominante (no caso o discurso legal do Estado) através desse mesmo discurso. Esta autora refere que este processo de contestação consiste em um movimento paradoxal, passando de um sacrifício inicial de perda de autonomia (pois fala-se através da voz do outro ao qual nos opomos), para um processo de aquisição de autonomia (adquirida através da apropriação da voz autoritária à qual se resistia). Trata-se, portanto, de uma reconstrução a partir de elementos existentes (*e.g.* conceitos de democracia, liberdade, equidade, etc.) constituída por avanços e recuos que conduzem a mudanças nos campos discursivos. Para que este processo se desenvolva, e culmine com a 'morte' dos elementos discursivos dominantes, é importante percecionar os grupos/movimentos sociais como sendo constituídos por agentes dotados de intenção e agência, capazes de ultrapassar interesses imediatos de um grupo restrito. Neste sentido, o discurso dos DH pode potenciar a passagem de um nível corporativo (baseado em interesses), a um nível contra-hegemónico (baseado nos DH). Assim, uma das principais fraquezas dos DH, anteriormente referida – a sua abstração, é de acordo com HUNT (2007) a sua principal vantagem, na medida em que possibilita uma análise das circunstâncias e reivindicações de todos os agentes envolvidos, a compreensão de todo o processo histórico de luta, e o evitamento de apropriações oportunistas dos DH.

Os DH possuem, portanto, um papel relevante no processo histórico de legitimação e agregação de lutas sociais. De facto, de acordo com a filosofia prática defendida por GRAMSCI (1992) - que distinguia um nível intelectual de senso comum, ligado à uma linguagem e conceção de mundo impostos pelo exterior ou pertencente a diferentes grupos, e um nível de consciência e criticismo acerca da própria conceção de mundo e da historicidade

das suas relações com os outros, de modo a transformar o mundo – os Direitos Humanos podem servir como um instrumento aglutinador/unificador de uma atividade cultural coletiva (com base em experiências concretas e diversificadas), renovando-a e, transformando-a em crítica permanente. Nas palavras do próprio GRAMSCI (1992, p. 353):

> "Pode dizer-se que o que cada ser humano pode mudar é muito pouco, considerando as suas forças. O que é verdade até um certo ponto. Quando um indivíduo pode associar-se com outros indivíduos que pretendem as mesmas mudanças, e se estas mudanças pretendidas são racionais, o indivíduo pode multiplicar-se várias vezes de forma impressionante, e obter uma mudança muito mais radical que aquela que parecia inicialmente possível."

A utilização do discurso dos DH como ferramenta contra-hegemónica envolve, no entanto, um risco acrescido de cooptação por parte dos discursos poderosos. Acresce que a linguagem dos DH pode ser percecionada como eminentemente erudita, complexa e potencialmente geradora de exclusões. Para evitar estes perigos é importante partir de uma forma de "resistência culturalmente autêntica" (RAJAGOPAL, 2003), através de um processo constante de vigilância crítica dos processos de luta através dos DH. Partindo do reconhecimento da importância dos movimentos sociais do Sul Global, RAJAGOPAL (2003) apresenta os elementos básicos de uma teoria da resistência (através de diferentes questões): a) Contra quem? Contra diferentes práticas de poder, situadas nas diferentes escalas (local, nacional e global); b) Para que fins? Com vista à libertação das diferentes formas de opressão, tendo em consideração lutas materiais e simbólicas, em um contexto globalizado; c) Que estratégias? Através do combate de um consentimento espontâneo implicado no processo hegemónico, da problematização dos seus ideais morais; através de revoluções passivas, definidas como revoltas sem a participação das massas; e através de uma transformação social molecular que ocorra debaixo da superfície da sociedade onde os grupos progressistas não podem avançar diretamente, disso são exemplo posições de guerra (*e.g.* boicotes) ou movimentos de guerra armada (*e.g.* movimento Zapatista) (POGGIALI, 2005).

Em uma conceção contra-hegemónica, a origem dos DH é situada na escala local (onde ocorrem batalhas contra as diferentes formas de opressão), sendo os processos de promoção e defesa dos DH interpretados como movimento baixo para cima, apoiados por uma linguagem global. No mesmo sentido, SANTOS (2007) defende que o direito dogmático, muitas vezes considerado como letra morta, pode ser reinterpretado à luz de critérios de justiça social, e assim a linguagem dos DH pode fazer parte de pluralismo jurídico, constituído a partir de baixo, protagonizado pelos excluídos e pelos aliados, com o objetivo de expandir campo político para além do horizonte liberal, através de uma nova

institucionalidade (plurinacionalidade), uma nova territorialidade (autonomias assimétricas), uma nova legalidade (pluralismo jurídico), um novo regime político (democracia intercultural), e novas subjetividades individuais e coletivas. Esta perda do papel principal do Estado enquanto agente (perpetrador e protetor) dos DH está relacionada com o processo de globalização, e o consequente aumento da transnacionalização de instituições legais e mobilização jurídica, durante os anos 90 (SANTOS, 2007). No âmbito deste processo, é especialmente importante conduzir uma análise holística capaz de abarcar o papel do Estado, e dos movimentos sociais e ONG (locais e transnacionais) no desenvolvimento de conceções contra-hegemónicas de DH. De acordo com SANTOS e RODRIGUES-GARAVITO (2005), a mobilização jurídica transnacional pode torna-se emancipatória e constituir-se em "legalidade cosmopolita subalterna[20]" através de quatro ampliações do conceito de legalidade: 1) combinação entre uma mobilização política e uma mobilização jurídica; 2) conceptualização de uma política da legalidade em três escalas (local, nacional e global); 3) ampliar o conhecimento jurídico profissional (ênfase estatal e nos direitos individuais); 4) expandir a duração das batalhas jurídicas de modo a incluir os tempos de lutas sociais. Na busca de uma maior compreensão acerca das atuais inter-relações entre os múltiplos agentes dos processos políticos e legais, nas diferentes escalas, apresentam-se em seguida diferentes estratégias potenciais (direta ou indiretamente) ligadas a lutas contra-hegemónicas trans-escalares por parte de diferentes movimentos sociais, tendo por base estudos de caso baseados em etnografias multi-localizadas (SANTOS e RODRIGUES-GARAVITO, 2005).

3. ESTRATÉGIAS POTENCIADORAS DE LUTAS CONTRA-HEGEMóNICAS TRANS-ESCALARES DOS MOVIMENTOS SOCIAIS, ATRAVÉS DOS DH

Partindo das referidas expansões do conceito de legalidade, decorrentes do conceito de legalidade cosmopolita subalterna, apresentam-se em seguida múltiplas estratégias de luta contra-hegemónica, por parte de diferentes movimentos sociais e ONG, relacionadas com as dimensões legais e política, e aplicáveis em diferentes escalas de ação. Antes de iniciar a

[20] SANTOS (2007) refere-se ao conceito análogo de 'ativismo jurídico internacional', de modo a enfatizar a dimensão transnacional das redes e alianças formadas por ONG e movimentos sociais. No presente texto optou-se, no entanto, pelo conceito de legalidade cosmopolita subalterna por sublinhar a dimensão contra-hegemónica destes movimentos.

apresentação das diferentes estratégias, importa sublinhar que estas não devem ser consideradas como soluções prontas-a-usar pelos movimentos sociais, nem serem entendidas como receita para um sucesso garantido de todas as lutas contra-hegemónicas. Por outro lado, a implementação das referidas estratégias deve assentar em requisitos de acesso à justiça por parte de grupos excluídos, nomeadamente a organização social e política dos agentes em movimentos sociais ou organizações não-governamentais (ONG) (SANTOS e CARLET, 2010). As estratégias apresentadas em seguida são categorizadas, para efeitos heurísticos, no domínio legal e no domínio político.

No domínio das estratégias legais, podemos distinguir entre estratégias jurídicas e não jurídicas. As estratégias legais jurídicas estão relacionadas com o recurso a diversas ferramentas legais disponíveis, de modo a construir interpretações alternativas da lei geradoras de soluções de jurisprudência favoráveis às lutas sociais. A mobilização destas estratégias implica um domínio de saberes jurídicos (*e.g.* advogados populares). Neste âmbito pode mencionamos várias estratégias. Em primeiro lugar, a seleção e redação de um caso, tendo em consideração, para além das soluções individuais, a sua abrangência e eventual impacto em alterações legais, jurídicas, políticas e sociais (*e.g.* escolha e redação de um caso como exemplificador de múltiplas violações de DH (SANTOS, 2007). Em segundo lugar, a realização e apresentação de recursos a diferentes instâncias situadas em diferentes escalas, após esgotamento de todos os recursos estatais (SANTOS, 2007) (*e.g.* Recurso ao 'Agravamento do Instrumento' no caso de uma decisão interlocutória ser suscetível de criar lesões graves e de difícil reparação (SANTOS e CARLET, 2010). Em terceiro, a obtenção de conhecimento acerca da organização (local, nacional ou global) à qual se vai apresentar o caso, nomeadamente o tipo de enfoque preferencial (quantitativo e/ou qualitativo; DH civis e políticos e/ou DH económicos, sociais e culturais) (SANTOS, 2007) (esta estratégia consiste, por exemplo, na sustentação de um caso de luta pelo 'Movimento dos Sem Terra', com base nos DH, face aos direitos de propriedade (SANTOS e CARLET, 2010). Em quarto, a realização de processos de reinterpretação dos direitos que consistem em, partindo do reconhecimento da pobreza da jurisprudência relativa à defesa de certa luta, desenvolver argumentos que permitam uma defesa legal mais sofisticada, através de um alargamento dos debates (SANTOS e CARLET, 2010). Em quinto, a condução de processos de sensibilização do judiciário que se traduzem na sensibilização dos magistrados, sob a forma de um debate legal, para determinado caso, tendo em consideração dois aspetos fundamentais: primeiro, o recurso a uma pessoa credível (*e.g.* uma pessoa ligada à política local ou à academia)

conhecedora da realidade no terreno, de modo a estimular um processo familiarização relativamente à especificidade de dada situação; - o alerta para as consequências sociais e políticas da sua decisão judicial (*ibid*). Em sexto, o recurso a técnicas de *lobbying* à escala escala estatal, através da ativação de uma rede transacional (movimentos sociais e ONG), sendo possível recorrer a outras organizações, de modo a alcançar um efeito *boomerang* (Estado – organizações regionais e/ou globais – Estado) (SANTOS, 2007).

No que concerne às estratégias não judiciais que, ao operaram fora do contexto das ações judiciais, têm como principal objetivo aproximar os movimentos sociais dos magistrados, SANTOS e CARLET (2010) identificam duas principais estratégias. Por um lado, a promoção de formação técnica e política de advogados e o incentivo ao seu envolvimento nas ações conjuntas de luta. Trata-se de uma estratégia comum de advocacia popular baseada no princípio de que o envolvimento político e profissional deve andar de mão dada (*ibid*). Por outro lado, o estabelecimento de parcerias académias e incentivo de criação de serviços de consultadoria, com o objetivo de sensibilizar os futuros magistrados, acerca das lutas dos movimentos sociais, possibilitando a troca de experiências entre diferentes comunidades (*ibid*).

As *estratégias políticas* relativas às lutas contra-hegemónicas têm como principais objetivos pressionar as diversas instituições estatais (nomeadamente no poder executivo, legal e judicial), e promover o apoio da opinião pública e a sensibilização para determinadas causas. Neste âmbito, e tendo em consideração a reflexão anterior acerca dos movimentos contra-hegemónicos, defende-se que estas diferentes estratégias políticas devem ir necessariamente além dos interesses imediatos de determinado grupo, assentando em uma plataforma transversal - uma luta comum baseada no ideal da dignidade humana frente às diferentes formas de opressão causadas pela ideologia neoliberal. Neste âmbito importa então ressaltar as seguintes estratégias. Em primeiro lugar, as manifestações dos movimentos/grupos sociais (com possível participação de outros apoiantes) (*e.g.* ocupações coletivas; marchas; vigílias, etc.) de modo a aumentar a sensibilização da sociedade geral para as causas em questão (SANTOS e CARLET, 2010). Em segundo lugar, a eleição de uma abordagem holística que, para além da dimensão jurídica, valorize os espaços informais (*e.g. media*) de modo a exercer pressão nos Estados (SANTOS, 2007). Em terceiro lugar, o recurso a estratégias de repolitização das batalhas quando as decisões não são favoráveis ou não

surtem os efeitos desejados. Tal objetivo é cumprido, por exemplo, através de fontes documentais ou denúncia nos meios de comunicação (SANTOS, 2007).

As estratégias apresentadas permitem vislumbrar uma complexa inter-relação entre as dimensões legais e políticas (de modo a desnaturalizar a ideologia), que visam em última análise uma transformação social que promova a real efetivação das lutas pela dignidade humana, e eliminação das diferentes formas de opressão (construção de um novo senso comum). Paralelamente, a sua diversidade permite antever que os processos de luta dos movimentos sociais, apoiados na linguagem dos DH, são cada vez mais complexos, e exigem estratégias cada vez mais sofisticadas de luta em todas as dimensões da vida social. Neste sentido, o discurso dos DH surge simultaneamente como um fator motivacional para resistir a movimento opressores, em nome de uma equivalência entre os ideais de igualdade e diferença; e como instrumento que facilita o processo de comunicação e conjunção de forças nas lutas contra-hegemónicas. Tendo em consideração, no entanto, o hiato de poder entre atores hegemónicos e atores contra-hegemónicos, é necessário sublinhar que estes movimentos devem desenvolver uma ação coletiva, operando através de redes situadas nas diferentes escalas – local, nacional e global, que se interpenetram, de modo a construir uma globalização contra-hegemónica (*e.g.* Fórum Social Mundial) (SANTOS, 2005).

4. CONCLUSÂO: OS DH ENQUANTO PARTE DE UMA ESTRATÉGIA CONTRA-HEGEMóNICA TRANS-ESCALAR

> Não existe, por um lado um discurso de poder, e do lado oposto um discurso que se opõe ao primeiro. Os discursos são elementos táticos ou blocos que no campo das relações de forças; podem existir discursos diferentes e mesmo contraditórios no seio da mesma estratégia; eles podem, pelo contrário, circular sem alterar a sua forma de uma estratégia para outra estratégia oposta. Foucault (1978, pp. 101-102)

Em termos gerais, o percurso realizado permite encarar os DH enquanto ferramenta contra-hegemónica, evitando posições extremas de, por um lado, uma crença excessiva no seu potencial, e por outro lado, uma total descredibilização da sua força nos processos de lutas emancipatórias dos movimentos sociais. Partindo do reconhecimento da natureza paradoxal e dialética de inclusão/exclusão dos DH, entende-se que estes podem ser perspetivados como um elemento importante na construção de uma luta contra-hegemónica pois permitem, antes

de mais, uma passagem de um discurso focado nos interesses limitados e imediatos de um determinado grupo, para um discurso que promove processos de comunicação entre diferentes grupos e movimentos, situados em diferentes escalas, na luta contra as diferentes formas de opressão disseminadas pela ideologia neoliberal. Desta dimensão trans-escalar decorre o surgimento de diferentes frentes de combate que, apesar de possuírem os mesmos alvos, apresentam formas diferenciadas (movimento de revoluções silenciosas, posições estratégicas de luta, e movimentos de luta direta). A construção de um processo de luta contra-hegemónica deve então partir das experiências contra a opressão e o silenciamento, e de um trabalho de transformação do discurso de DH que, apesar de frequentemente mobilizado como parte de uma hegemonia opressora, também possibilita a construção de discursos e ações que neguem ou revertam essa hegemonia. Os DH envolvem assim processos de escrita e leitura que devem possibilitar, em última instância, a criação de novos significados e significações. Defende-se assim que um dos aspetos centrais a todo o processo de luta contra-hegemónica, através dos DH, se situa neste trabalho de tradução, reinterpretação e criação de novas construções discursivas, que absorvem simultaneamente as experiências e narrativas de sofrimento e luta concreta, e a força legal do discurso legal e jurídico. Por outras palavras, este processo em constante desenvolvimento permite originar construções discursivas híbridas marcadas pela intertextualidade complexa entre: *i*) experiências reais de sofrimento e luta de determinadas pessoas; *ii*) géneros discursivos (BAKHTINE, 2011) pertencentes ao quotidiano e à cultura dos agentes envolvidos diretamente no processo de luta, enquanto resistências culturalmente autênticas; *iii*) géneros discursivos ligados ao mundo legal, caracterizados pelo elevado grau de abstração (princípios, valores e ideais dos DH). Argumenta-se que este exercício, assente em uma mistura de múltiplos géneros discursos (quotidiana e cultural; normativa e legal) e outras dimensões corpóreas de sofrimento injusto, implica um conhecimento sentiente aprofundado de duas realidades distintas: a realidade concreta e as pessoas que sentem na pele o sofrimento injusto, e a realidade legal.

Assim, as lutas dos movimentos sociais através do discurso dos DH implicam a copresença de especialistas em direito (que em uma situação ideal sintam as necessidades e sofrimentos dos grupos), e agentes locais que conhecem e experienciam de forma profundada a vivência comunitária e a importância das suas lutas/reivindicações. Aqui parece residir um dos principais obstáculos (e simultaneamente uma das principais virtudes) dos discursos dos DH como ferramenta contra-hegemónica, ultrapassando alguns limites inerentes à sua natureza. Poderá assim referir-se que os DH – na sua versão de prática discursiva contra-hegemónica de

luta contra o sofrimento injusto – possibilitam a criação de compósitos discursivos complexos partindo de narrativas de experiências concretas (*i.e*. não anónimas) de sofrimento injusto. Mais precisamente, permitem – em termos potenciais – o encontro de um equilíbrio entre uma visão intersubjetiva, quotidiana, situada, corpórea, intensa e de intervenção direta de luta de diferentes movimentos sociais, e um certo distanciamento e/ou empoderamento crítico acerca dessa mesma realidade, agregando múltiplos agentes, necessidades e interesses numa resistência apaixonada e crítica. No entanto, como ficou evidenciado ao longo do texto, os DH enquanto prática discursiva de saber/poder apresentam-se como um conjunto de processos capazes de definir os objetos de conhecimento, limitar perspetivas compreensivas, produzir formas deturpadas de conhecimento, e limitar (e/ou excluir) práticas sociais. Por outras palavras, este discurso poderá originar processos de exclusão, nomeadamente, em situações/momentos em que não se reuniram as condições concetuais, políticas, emocionais e técnicas, para sustentar a reivindicação de determinada luta contra o sofrimento injusto, ou quando não tenha sido possível evitar os riscos (sempre presentes) de subversão e/ou cooptação. A consciência crítica destas e outras limitações inerentes ao discurso dos DH, assim como a produção dos referidos processos (inacabados) de resignificação com base no sofrimento injusto, poderão contribuir para entendimentos e práticas efetivas direitos humanos contra-hegemónicos. A reflexão proposta parte da ideia de que as conceções convencionais de direitos humanos precisam de ser reinventadas de modo a serem colocadas ao serviço de agendas de transformação e reconhecimento. Enquanto os DH forem conquanto congruentes com a ordem global individualista, neoliberal e nortecêntrica, estarão por cumprir as múltiplas escalas e latitudes em que a sua lei liberta tanto quanto é libertada pelas lutas a invocam e a brandem, transformada, pelos os mundos da vida.

REFERÊNCIAS

BAKHTINE, Mikhail. *Estética da criação verbal*. 6ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

BAXI, Upendra. *The Future of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

BAXI, Upendra. Politics of reading Human Rights: Inclusion and Exclusion within the Production of Human Rights,' in Meckled-Garcia & Çali (Eds), *The Legalization of Human Rights*: London: Routledge, pp.182-200. 2006.

BUTLER, Judith. *Antigone's Claim. Kinship between life and death.* New York: Columbia University Press. 2000.

FALK, Richard. The power of rights and the rights of power: what future for human rights. *Ethics & Global Politics*. Vol 1, nº 1-2, pp. 81-96. 2008.

FOUCAULT, Michel. *The History of Sexuality. Vol.1: An Introduction.* New York: Pantheon Books. 1978.

GRAMSCI, António. *Selections from the Prison Notebooks*. New York: International Publishers, 1992.

HUNT**,** Alan. Rights and Social Movements: Counter-Hegemonic Strategies. In Michael McCann (Ed.) *Law and Social Movements.* The International Library of Essays in Law and Society. Ashgate: Washington, pp. 455-474, 2007.

POGGIALI, Lisa. Reimagining the Possible: Zapatista Discourse and the Problematics of Rights. *University of Sussex Journal of Contemporary History*, 8, pp. 1 – 21. 2005.

RAJAGOPAL, Blakrishnan. *International Law from Below Development, Social Movements and Third World Resistance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. Counter-hegemonic International Law: rethinking human rights and development as a Third World strategy. *Third World Quarterly,* vol. 27, nº5, pp. 767-783. 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado heterogéneo e o pluralismo jurídico, in Santos, Boaventura de Sousa Santos e João Trindade, (Orgs.), *Conflito e transformação social: uma paisagem das justiças em Moçambique*. Porto: Afrontamento, pp. 47 – 96. 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Gramática do Tempo, para uma nova cultura política.* São Paulo: Cortez Editora. 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus Fosse um Activista dos Direitos Humanos.* Coimbra: Almedina. 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Beyond Neoliberal Governance: The World Social Forum as Subaltern Cosmopilitan Politics and Legality, in Boaventura de Sousa Santos & César Rodríguez-Gravito (Ed.), *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality.* Cambridge: Cambridge University Press, pp. 29 – 63. 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa & CARLET, Flávia (2010). The movement of landless rural workers in Brazil and their struggles for acesso to law and justice, in Yash Ghai & Jill Cottrell (Eds.). *Marginalized Communities and Access to Justice.* New York: Routledge, pp. 60 – 82. 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa & RODRÍGUEZ-GARAVITO, César. Law, Politics, and Subaltern in Counter-Hegemonic Globalization. In Boaventura de Sousa Santos & César Rodríguez-Gravito. *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality.* Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1 – 26. 2005.

SANTOS, Cecília, MacDowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: Reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos,* nº 7, ano 4., pp. 27-57. 2007.
– *Revista Internacional de Direitos Humanos,* nº 7, ano 4., pp. 27-57. 2007.

RECEBIDO EM: 13/03/2016
APROVADO EM: 14/03/2016

PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO, MORALIDADE E REPÚBLICA

BRAZILIAN JUDICIARY, MORALITY AND REPUBLIC

Roberto Wanderley Nogueira

Carlos Jair de Oliveira Jardim[**]

RESUMO: O texto procura estabelecer um lineamento geral entre o Poder Público, a conduta individual e a moralidade pública na compreensão dos cenários em que se inscreve o Poder Judiciário como instância relevante do poder no sistema republicano. Sua higidez, ademais, garante a estabilidade de todo o sistema jurídico.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Moralidade. República.

ABSTRACT: The article looks forward lining up general ideas among the Govern, the individual conduct and the public morality under the concern of several sceneries in which the Judicial Power bounds as an important step of the Govern in the republican system. Its ethics, moreover, ensures the stability of the entire legal system.

Keywords: Judicial Power. Morality. Republic.

INTRODUÇÃO

A justificativa desse trabalho tem como foco principal incitar a reflexão acerca de turbulentas fases da vida do Estado brasileiro cujos efeitos podem ocasionar desvios da rota

*Doutor em Direito Público. Professor adjunto da Faculdade de Direito do Recife (UFPE) e da Universidade Católica de Pernambuco. Juiz Federal em Recife. Contato: robertownogueira@gmail.com

**Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco. Contato: jair.jardim@gmail.com

política republicana. Ao que tudo indica, nem mesmo os atores legítimos dos Poderes conseguem apresentar soluções harmônicas. Em especial, até mesmo o Poder Judiciário, a despeito das suas características constitucionais, sem isentar nenhuma das suas instâncias, demonstra estar conseguindo compor situações que consolidem um total e duradouro equilíbrio dos fundamentos da República, especialmente, para situações as quais esperam ser acudidas pela aplicação inconteste do maior dos princípios que é a moralidade.

A sensação atordoante de que o Estado não está para todos, a gerar um desconforto na estabilidade das relações sociais, promove um mal-estar nacional, a ponto de a sociedade inspirar-se, até mesmo inconscientemente, o sentimento pejorativo de que a ausência de nexo moral tem sido a ordem do dia.

A problematização do tema instaura-se com a indagação se seria possível racionalizar o sistema de distribuição de justiça brasileiro, como se desconstruísse a sua anatomia, a fim de que se possa identificar o(s) elemento(s) que causa(m) subversão da ordem e subjuga o ideal soberano da coletividade, das exigências sociais e éticas, em plano secundário, aquilatando a cultura de índole individual dos interesses, quando muito, dos privilégios corporativistas, a ponto de reservar ao nosso ordenamento jurídico o simples viés formal que, aprioristicamente, entrega uma tutela destorcida do seu valor moral e republicano.

A fundamentação teórica reserva, em destaque, levantes doutrinários cuja sensatez delineada de suas posições descortina para a sociedade o aparato ideológico que, embora se construa um sistema judiciário erigido num arcabouço técnico e profissional, escapa-se ao senso comum a ideia da visível desintegração do mito da independência do Judiciário, beirando as raias do propósito do rigor partidário e de dominação, em detrimento, inclusive, das responsabilidades institucionais.

A composição do conteúdo temático do presente trabalho inicia-se, explorando no segundo capítulo, o estudo dos elementos que compõem o substrato do Poder Judiciário brasileiro, cercados pelos contornos do aparelhamento constitutivo do Estado Moderno, das conhecidas características como: liberalismo econômico, massificação dos meios de produção, prejuízos das identidades culturais de povos e nações, dentre outras; criando e transformando as sociedades, em si próprias e, recursivamente, nutrindo-se das suas próprias mazelas, fazendo com que seus próprios agentes de controle e proteção social, labutem, conscientes ou desprovidos de propósitos (difícil avaliar o quão mais danoso possa ser um ou outro), como instrumentos desqualificadores da cidadania.

O terceiro capítulo tonifica a visão de que, integrando a militância do poder que constitui as camadas da sociedade, as quais se encontram estratificada por grupos que identificam e compõem a governança do país, e a rota estratégia das ações políticas, estão, dentre outros, os operadores jurisdicionais que, repise-se, integralizam a evidência da elite política, cristalizada no reconhecimento da sua funcionalidade prestada e, alçados como se parte fizessem de um cometa - alusão ao aspecto de que a cauda ou coma do cometa, como se queira chamar, resplandecendo mais do que seu próprio núcleo -, perspectiva da forte influência e adesão ao paradigma proveniente de um cenário social que absorve uma coloração ideológica, desafinada com a natureza do Poder Judiciário, eis que aquela guarda pertencimento em estreitos contornos à clássica definição autoritária de poder, ainda que travestida sob o lúdico pano de fundo, dos Poderes Executivo e Legislativo.

O quarto capítulo esquadrinha a trajetória da moralidade pública no Brasil, a delinear elementos que identificam o seu aspecto indicador de provável endemia nos quadros políticos, que apesar de um recente histórico democrático, ou seja, em processo de acomodação democrática, ainda na sua fase de puberdade, mesmo que no seu largo passo esteja constituída de alto teor imaginário, mas que já coleciona significativas doses de momentos frustrantes. É dizer, nos estágios de sua evolução – pelo devotamento à historiografia, mais apropriado seria descrevê-los como estágios de transformação -, as ações se replicam como se modelos estáticos fossem, porém, com alta alternância dos personagens que revolvem os mesmos infortúnios papéis políticos. As digressões nocivas provindas do comportamento de nossa política O escárnio mais doloroso dos costumes morais está em perceber a sua vertente institucionalizada do processo corrosivo que, em franca expansão nos diversos setores públicos, reflete uma cultura geradora de comportamentos individuais e/ou corporativos que alçam, em maior escala, o odioso egoísmo político.

A imersão no problema se dá, à medida que se racionaliza a ideia de que o Estado e o Direito, criações humanas, não se reduzem aos textos legais e fontes normativas. A essência é antropocêntrica, origem e fim no próprio homem, produto da cultura. Para se compreender a dimensão prática do atuar justo das Instituições e do Estado, propugna-se o estreitamento incondicional e vinculado ao ponto de partida pela própria dignidade da pessoa humana, fundamento primeiro e último, sob a batuta tutelar do Poder Judiciário, ao reconhecimento que um ato imoral será sempre violador do Direito, mormente os insculpidos entre conflitos envolvendo o Estado e ética, divisados pelo princípio da moralidade administrativa, que devem ser enfrentados à luz das disposições constitucionais.

Ao final, traduz-se, através de uma inferência reflexiva acerca do que fora explanado nas linhas antecedentes deste trabalho, uma síntese conclusiva balizada no plano distintivo da moralidade administrativa e moralidade comum na construção republicana e participativa de um Poder Judiciário como instância de governo.

A pesquisa foi desenvolvida em curso metodológico de cunho eminentemente exploratório. Inscrito em procedimento técnico eminentemente bibliográfico, utilizando-se de pesquisa em livros, artigos jurídicos, legislação e jurisprudência para a análise da problemática instaurada e estudo da hipótese formulada.

1. SUBSTRATOS DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Pequenas-grandes histórias do cotidiano de um povo, quando por certo tipificadas como variáveis mais ou menos universais, constituem, com frequência, elementos especialmente esclarecedores de sua cultura, muito mais que puras abstrações especulativas, as quais enredam teorias de fundo não raramente mítico.

Referências do tipo: a "igualdade de todos perante a lei é uma balela"; "você sabe com quem está falando?"; "procure seus direitos na Justiça [...], se for capaz"; "a cada um o que é seu[...] ao rico, a riqueza, ao pobre a miséria [...]"; "todos roubam, por que não eu?"; "eu pago imposto, faço o que quiser [...]"; "ganho pouco, por que cumprir fielmente minhas obrigações?"; "será que o juiz me atende?"; são todas expressões que desqualificam o exercício da cidadania. O penhor da lealdade pessoal em função da retribuição por favores recebidos, da barganha fisiológica, do enredo de vantagens sem causas justificáveis, da transformação; enfim, da dignidade humana e das relações sociais em mercadoria, constitui manifestação pervertida de uma cultura *underground* – sobre ser típica de um capitalismo selvagem que se não mais tolera na vida contemporânea – em que não pode florescer a paz social pretendida pelo Direito e pelo Estado que o tutela. De fato, o sistema capitalista de produção contribuiu decisivamente para que a sociedade se decompusesse em classes sociais, "[...] iguais em direitos, mas cada vez mais desiguais em riqueza e poder." (COMPARATO. 2006, p. 45).

Não há, atualmente, espaço para o liberalismo econômico puro. O neoliberalismo, traduzido mais recentemente e incorporado em nosso vocabulário pela eufemística expressão "globalização econômica", é uma desesperada tentativa de eternizá-lo, dissimulando-o frente ao avanço e às conquistas sociais que decorrem do curso natural da história. A pós-modernidade tem se notabilizado justamente pela globalização e pela massificação dos meios de produção com o invariável

prejuízo das identidades culturais de povos e nações. O quadro fica agravado em ambientes sociais periféricos como resulta ser o caso brasileiro.

É, assim, razoável pensar que as expressões desqualificadoras da cidadania, exemplificativamente descritas acima, somente se produzem em função de determinadas perturbações das propriedades desse mesmo Estado que se alimenta - não obstante sua retórica normativa, sempre passível de ser manipulada - do que há de mais anacrônico e injusto naquilo que se refere à vida das sociedades modernas (caracterizadas pela liberdade de seus membros): a negação da solidariedade como obstáculo para o acesso de todos à isonomia política, jurídica, econômica e social em obséquio à dignidade humana, à igualdade de oportunidades, substrato da inclusão social.

A situação se revela, ademais, singular e tecnicamente preocupante, na medida em que os direitos sociais no Brasil, justamente os últimos da sequência histórica, tanto não sucederam aos direitos políticos quanto não foram objeto de disputa política, consoante se tem observado, de ordinário, na história dos países assim denominados de primeiro mundo (de economia central). De fato, a exemplo, a doutrina social da Igreja é posterior à Revolução Francesa e mesmo à Declaração de Direitos norte-americana, no século XVIII. Aqui, tais registros institucionais, que não constituem propriamente conquistas, foram introduzidos pelo despotismo pseudoesclarecido getulista no chamado Estado Novo. Um momento particularmente favorável ao proselitismo político fascista, haja vista a total inexistência de oposição organizada, em que os mecanismos de representação partidária e sindical não se encontravam em operação. Fácil resultou ao ditador de plantão a construção da imagem de “pai dos pobres” (LOPEZ, 1987, p.41), gerando a corruptela do "peleguismo" na vida sindical que, aliás, se estratificou excessivamente, e um forte corporativismo de parte do patronato que se consolidou de um modo bem arraigado no *socius*.

Em grande parte, esses desvios de rota da vida política nacional que apontam para uma regressão atávica em direção ao espírito colonialista vê de longa data, embora rejeite na dicção formal de seus atores, o escravismo e o preconceito, paradoxalmente os seus maiores predicamentos, razão de todo atraso da gente brasileira.

Em meio e por obséquio inconsciente das legiões de miseráveis que povoam a sociedade, por isso que não são capazes de fazer história, eis que tais corporativismos fundaram as bases para a estruturação de diversas elites, igualmente perversas. Como assegura Bottomore:

> No seio da classe média de assalariados e profissionais liberais da maioria dos países subdesenvolvidos, o grupo mais importante é o dos altos funcionários governamentais, os quais assumem responsabilidades excepcionais e adquirem poderes fora do comum naquelas condições em que o planejamento social e econômico é levado a cabo em escala tão avultada. Em muitos sentidos, os funcionários governamentais estão para o desenvolvimento econômico das novas nações do século XX assim como os empresários capitalistas estavam para o

> desenvolvimento econômico das sociedades ocidentais nos séculos XVIII e XIX. Porém, apesar de toda a sua importância, seus poderes sofrem maiores limitações. Os empreendedores capitalistas formavam uma classe independente cuja influência espraiava-se pelo governo e pela administração, enquanto os funcionários são subordinados a líderes políticos; não existe uma revolução dos gerentes ou burocrática nos países subdesenvolvidos da mesma forma que não existe nas sociedades industriais e tecnológicas avançadas. Nos países subdesenvolvidos é a elite política que tem tido a primazia na decisão dos rumos de seu desenvolvimento. (BOTTOMORE, 1974, p.89).

Enquadrados, institucionalmente, os operadores jurisdicionais no grupo social ascendente (a elite dos "altos funcionários de governo"), e jungidos a uma linha funcional singular que aponta para a necessidade de sua independência no que se refere aos atos de decisão que lhes são confiados através de seu *munus* conceitualmente técnico, cuida-se que também eles têm sofrido graves influências que os deslocam, frequentemente, de seus papéis para intentarem ajustar ordens entre si inconciliáveis. Numa certa proporção sociológica, pode-se afirmar que se trata da cultura do "*jeitinho*" (BARBOSA, 2005, p.125/137), uma clara identidade nacional, velha conhecida do cotidiano de todo brasileiro mais ou menos bem situado (HOLANDA, 2015, *passim*; PRADO JÚNIOR, 2011, *passim*; FREYRE, 2013, *passim*).

Tudo isto sem discrepar da constatação sociológica em exame e porque não existe a figura do juiz absolutamente neutro, ascético, traduzida na verdade como pura ficção, um mito ideológico até, produto do conservadorismo tradicional brasileiro, o qual não "deseja" que os Juízes partam para a compreensão viva dos quadros institucionais estabelecidos historicamente (CUNHA, s/d, p.221-231). Um formato pelo qual as pessoas, crentes, animam-se a confiar na Justiça como instrumento de garantia e tutela de direitos subjetivos em conflito, de valores em choque. Mas, se é verdadeiro que a lei positiva (geral) possui um componente ideológico intrínseco e que lhe confere em grande medida sua própria historicidade, menos verdadeiro não é dizer que o juiz não é de fato neutro. Está sujeito, como a qualquer ser humano, aos diversos influxos do comportamento: natural, social, psicológico e fisiológico. Agravando o quadro, Reis esclarece:

> Quanto ao Judiciário, considerou-se este último, no âmbito federal, como uma espécie de apêndice do Executivo, pronto a coonestar seus planos econômicos desastrados ou um obstáculo às suas políticas insensatas. No plano estadual, encarou-se o Judiciário como encarregado de resolver questões miúdas ou, no especializado trabalhista, como instrumento de controle sobre os operários (REIS, 1996, passim).

Concretizando, ainda mais, tais balizamentos, especialmente no que se refere à formação dessa elite de "altos funcionários de governo", as preciosas constatações de Caio Prado Júnior sobre o caráter colonizante da realidade brasileira:

> Observamos nos seus diferentes aspectos esse aglomerado heterogêneo de raças que a colonização reuniu aqui ao acaso, sem outro objetivo que realizar uma vasta

> empresa comercial, e para que contribuíram conforme as circunstâncias e as exigências daquela empresa, brancos europeus, negros africanos, indígenas do continente. Três raças e culturas largamente díspares, de que duas, semibárbaras em seu estado nativo, e cujas aptidões culturais originárias ainda se sufocaram, fornecerão o contingente maior; raças arrebanhadas pela força e incorporadas pela violência na colonização, sem que para isso se lhes dispensasse o menor preparo e educação para o convívio em uma sociedade tão estranha para elas; cuja escola única foi quase sempre o eito e a senzala. Numa população assim constituída originariamente e em que tal processo da formação se perpetuava e se mantinha ainda no momento que nos ocupa, o primeiro traço que é de esperar, e que de fato não falhará à expectativa, é a ausência de nexo moral. (PRADO JÚNIOR, 2011, p.340).

Decorre desse fundamento, principalmente, a instabilidade das relações sociais, em que as pessoas, já então descrentes, se precipitam a exercitar de forma pervertida a própria cidadania, sob o inconsciente coletivo (ausência de "nexo moral") de que, de fato, não há Justiça no país. O sentimento tem se difundido em decorrência não apenas das origens na formação da sociedade brasileira e de sua cultura jurídica, como principalmente em função da ideia de impunidade que povoa a *psiquê* de muita gente, gerando, em consequência, uma "vulgata" sociológica muito presente no cotidiano dos nacionais: a chamada "Lei de Gerson", de lamentável remissão, por onde se insinua todo tipo de vantagem sem causa e se descreve, amiúde, a quase total ausência de senso moral das pessoas.

Pelo fundamento de tal "Lei", uma parcela significativa da população, que não é nada tola, consoante se afirma no dia-a-dia, procura se acercar de valores e bens sem considerar a necessidade de sobrevivência dos semelhantes, portanto não só egoística, como criminosamente praticada. São situações que se fazem presentes no anonimato cotidiano de pessoas comuns, ao exemplo do taxista que dolosamente excede o trajeto para granjear uma corrida maior; também a do aluno que, reprografando trabalho alheio com a curiosa "solidariedade" do colega, pensa poder ser avaliado em função desse gênero de fraude com que por vezes logra enganar o professor, dentre outras. Em todos os casos, porém, há um núcleo psicológico comum, constitutivo da *ratio* dessa "Lei" infame: o semelhante "que se dane".

Pois bem. Há de se perseguir a conformação da ideia de Justiça que mereça a fé social, que seja intransigente contra toda forma de ilícito jurídico e que os seus "intérpretes autênticos" laborem no sentido de preservarem os comandos constitucionais, haja vista serem os sujeitos diretamente ligados à responsabilidade técnico-profissional de conservação dos preceitos jurídico-formais, eis que estão oficialmente investidos de função pública de competência jurisdicional.

> A dicotomia serventia legal/serventia jurídica não constitui objeto de discussão neste trabalho. É assunto diverso em que se acha balizado o campo da pesquisa bibliográfica a enfrentar. Todavia, já não se descura que o Direito da lei é insuficiente para realizar a pretendida paz social, dinâmica, por definição. Desde Mangabeira se conhece que "a fórmula da Justiça, administrada pelo Estado, [...] não deve ser mais a que se resume em 'dar a cada um o que é seu.' O velho tabu não

> corresponde ao direito hodierno e sobretudo ao da ordem social futura. O princípio individualístico foi superado e tem que se readaptar, para não desaparecer. Correspondia à noção romana de domínio. Por isso mesmo sempre o citam em latim - jus suum cuique tribuere. É regra de um mundo morto expressa numa língua morta. Não há selva de vida nesta fórmula caduca." (MANGABEIRA, 1988, p.97).

Na tarefa de aplicação das normas gerais aos casos concretos, como segmento de classe que guarda o sistema normativo vigente, assim definido como sendo hermético, exaustivo e sem contradições internas, os Juízes devem se determinar às formulações de juízo e de concepção que se dirijam, objetivamente, a uma unidade de sentido, lógica e intrinsecamente coerente, de modo a garantirem a organização de um saber jurídico, tido como científico, que se extraia exclusivamente dos critérios admitidos pela racionalidade do próprio sistema normativo aos quais estão imparcialmente devotados pela razão das respectivas investiduras. Sobre a *standardização* das condutas funcionais, a constatação de Martin J. Hillenbrand:

> Numa época em que os homens necessitam de sólidos princípios, com fundamentos estáveis e baseados no consentimento, as filosofias políticas e legais mais correntes nada mais têm a oferecer que uma série de racionalizações essenciais ou envolvem certas presunções cujas conseqüências são desastrosas para a ordenação do poder, em termos de bem-estar geral. [...] O Poder sem base moral é o flagelo da humanidade. O Poder, fundado na moral, representa o maior servidor da humanidade (HILLENBRAD *apud* PINTO, 1960, p.68).

Amalgamada essa ambiência antropológica com as clássicas teorias sobre o Estado Moderno, entre as quais se destaca a Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu (MONTESQUIEU, 1979, p.160-165), (matriz de sua organização), assim como pela construção de um edifício jurídico-positivo bem elaborado, em que pese uma desnecessária e por vezes tautológica, quando não de todo equívoca e contraditória, extensão de suas normas (especialmente das leis e dos regulamentos), é que se fundam os substratos do Poder Judiciário Brasileiro.

Todo regime político oscila, em maior ou menor grau, entre a ativação de atitudes institucionais e formas democráticas e a instauração de tendências autoritárias de direita ou de esquerda, que representam, em última análise, as grandes inflexões do Estado diante de distintas conjunturas que devem historicamente ser enfrentadas, tanto em relação à organização de sua *soberania*21 quanto em face da necessidade de controle das lutas de classe.

A Administração da Justiça, como parte do aparato estatal, não escapa a essa relação ciclotímica, à permanente reorganização do sistema político de que é parte o sistema jurídico, dado ser

21 O Estado é concebido para a coerção, o uso da força a serviço do Direito. Parece óbvia a proposição e de fato o é. Sua lembrança aqui é para destacar os níveis avassaladores de contradição flagrados no sistema político e, dentro deste, no sistema jurídico.

observável que suas estruturas, seus princípios, suas composições e o seu funcionamento se alteram, num como noutro sentido, em harmonia com as exigências de cada momento histórico. De fato:

> [...] se é aceitável que a democratização do judiciário anda a reboque da democratização do Estado, também é verdade que o conservadorismo de suas instituições próprias, das quais a primeira talvez seja a formação da cultura jurídica, tende meramente a adaptar o seu funcionamento, indo quando muito até a cibernetização dos registros e controles (PRESSBURGER, 1987, p.3).

No caso brasileiro, essa harmonização propende para um secular autoritarismo de direita, favorecido que é, em grande medida, pela tênue estratificação social de seu povo, pela ausência quase que absoluta de "nexos morais" (essenciais a uma sociedade moderna, portanto não-primitiva), gerando-se uma cultura corporativista de índole individual e agregadora de privilégios crescentes, e pela submissão mesquinha a certos dogmas do positivismo jurídico com que os Juízes deixam de subordinar sua razão técnica aos superiores fins do Direito e do "pacto social" (ROUSSEAU, 1989, p.19-21).

Não é raro que, diante da dissociação perturbadora dos valores sociais (dinâmicos) contemplados pelas normas jurídicas (estáticas) e estas, consideradas no momento histórico em que são interpretadas, integradas e aplicadas na prática processual, graves crises de consciência sejam de fato geradas no espírito dos Juízes.

Em consequência, se se afirmam diante da crise, dogmaticamente, quando tal dogmatismo já não se põe a serviço dos reais produtores da legislação, terão sido Juízes por vocação e a sua obra merece o crédito social, ainda quando não tenha sido ofertada a melhor solução, resultado, aliás, de pura contingência natural e humana, eixo central da dicção jurídica. Sobre isso, é de se ressaltar que a representação popular no Brasil é quase como que uma fantasia e a sua democracia é apenas formal, pois o jogo do poder é todo ele administrado pelos segmentos corporativos organizados e não pelo conjunto da sociedade intergrupal. É de singular importância os comentários de Francisco Gérson Marques de Lima a respeito do tema:

> Abrimos, aqui, um breve espaço para estabelecer a correlação existente entre as classes socialmente estratificadas (basicamente: baixa, média e alta) e sua correspondente representação nos órgãos legislativos ou, mais do que isso, nos atores políticos, senão no próprio palco político. A uma análise perfunctória conclui-se que no Brasil as classes baixa, média e alta representam, no índice populacional, respectivamente cerca de 70%, 25% e 5%, aproximadamente. No entanto, a representação política é inversamente proporcional, pois a classe alta fornece cerca de 70% (ou mais) dos representantes políticos da Nação, com cadeira nos Legislativos do país inteiro, enquanto a classe média participa com, aproximadamente, 20% e a classe baixa fica com os 10% restantes. Ou seja: graficamente as pirâmides apresentam-se invertidas, de ponta-cabeça uma para outra. (LIMA, 2002, p.120).

Deputados e senadores representam, de regra, aqueles e não este. Há um reflexo natural desse quadro institucional que se espraia por todos os aparatos do Estado, incluído aí o Poder Judiciário. Contudo, se já os Juízes não reúnem estofo moral suficiente para abandonar, nas mesmas circunstâncias, o discurso dogmático quando a letra e o espírito da lei, por especial quando medianamente claros, já não sirvam àqueles mesmos "donos do poder" (FAORO, 2012, p.88-94) e ao patronato estatal, para tanto valendo-se das mais tergiversantes cavilações hermenêuticas, às vezes até inconscientemente gerenciadas, terão sido meros vassalos, peças subalternas de um esquema de poder em cuja dimensão se encontram de forma a desnaturarem, pelo método da dissimulação, a excelência político-institucional da própria judicatura.

É também equivocada a concepção sobre resultar democrático o simples empenho de distribuição, junto às periferias, dos órgãos judiciários, como a facilitar-lhes o acesso físico por parte do povo, mantida, porém, inviolável a estrutura elitista do próprio Judiciário. Este fator condicionante, "milita na reprodução de sua ideologia" (PRESSBURGER, 1987, p.3).

Estabelecidas estas coordenadas introdutórias, tem-se como razoável que a importância do assunto versado é de todo elementar. Com efeito, inúmeras repercussões temáticas e institucionais podem ser tiradas do advento da radiografia não anunciada de toda uma estrutura de poder, sob crise, colonizada, etnocêntrica e subdesenvolvida que é, consoante se pretende demonstrar o mais isentamente quanto possível, o Poder Judiciário Brasileiro.

Desmistificar, outrossim, a ideia do Poder Judiciário no Brasil como sendo algo sacrossanto, a par da humanidade de suas composições e de sua autofagia erosiva que aponta para graves desvios e omissões, reavaliando a instituição judiciária em face das exigências sociais e éticas cada vez mais complexas e definidas, constitui uma tentativa do esforço destas linhas.

2. CHAMADO À RESPONSABILIDADE: PERPLEXIDADE E TRANSFORMAÇÃO

O Poder Judiciário Brasileiro é um poder "protofascista" (GOMES, 1995, *passim*), forjado numa cultura de igual natureza e espectro. Esta dura e intrigante constatação política formulada pelo ex-governador do Ceará, Ciro Gomes, não se mostra de todo desarrazoada, haja vista o cenário desenvolvido nos parágrafos anteriores. A propósito, sem muito esforço imaginário, e de conhecimento médio de qualquer cidadão, ressai que os Tribunais brasileiros emolduram-se em uma

realidade que reverencia os espaços do passado autoritário da Nação em que sequer suas carreiras espelham Justiça e nos quais a Constituição Federal de 1988 de fato não vicejou.

Causa perplexidade e angústia a proposição, tanto mais quanto seja ela capaz de fazer desmoronar o edifício ideológico que se tem construído ao longo dos anos da vida republicana do país para um Judiciário que se pretende técnico e profissional, conquanto imune às inflexões de toda ordem frequentemente partidas dos outros poderes políticos do Estado, bem como de outras agências de influenciação não autorizada. Alinhando que chega "às raias do absurdo" uma série de falhas internadas ao exercício funcional dos Juízes brasileiros, começa o observador por justificar, com irretocável acerto, que:

> A lógica do estado de direito democrático só se consuma se um regime de leis legitimamente produzidas for garantido pela ação pronta e eficaz de um Poder Judiciário limpo, competente e dotado da vocação de distribuir a justiça. (GOMES, 1995, passim).

Desse modo, disserta o referido autor que o Judiciário não se afirma com a confiança pública que lhe convém, de ordinário, própria das democracias burguesas, ou liberais, fadadas, no entanto, à inutilidade em função da repetitividade enfadonha de expedientes individuais que deixam, naturalmente, *a latere*, as grandes considerações de ordem social, crescentemente complexas, pelo viés cômodo de um desprezo olímpico à queixa do populacho a pretexto de que, não sendo um poder político, o Judiciário não deveria ocupar-se em ser mais ou menos popular.

Um poder, assim, "protofascista", no sentido de se resolver diante de uma ilusória independência – já, há muito secundarizada, e restrita aos pedagógicos brados acadêmicos –, plasmadas na profissionalização de seus membros e na legalização estrita de seus atos e de suas decisões. Essa titânica funcionalização, todavia e a fundo, não dissimulada, posta-se para a missão de construir o sistema político de onde o sistema jurídico provém, num propósito a rigor partidário e de dominação.

O mito da independência descortina-se, claramente, pelo recurso da prática por meio da qual as decisões judiciárias, suas atitudes políticas indisfarçáveis (embora devessem ser unicamente técnicas, profissionais, previsíveis), e as atividades do Poder Executivo, eminentemente políticas, quase sempre coincidem, haja vista a comunhão, declarada ou não - isso é irrelevante -, sobre os mesmíssimos interesses de tipo conjuntural e não raramente particularíssimos. Mesmo quando o Judiciário confronta, episodicamente, com o Executivo por alguma razão corporativa, logo os contrários se reconciliam.

Diversos contextos de maior ou menor repercussão, mas de não menos gravidade, observam-se no sentido de uma verdadeira simetria de atuação dos órgãos da jurisdição com os demais, especialmente do Executivo. Mesmo as causas intentadas individualmente, contra as entidades

de direito público interno, quando vitoriosas, elas não conseguem abalar a unidade do sistema político[22], razão pela qual continuam prevalecendo na esteira de uma grande ilusão de Justiça.

Também se pode aludir à curiosa hipótese em que o Supremo Tribunal Federal, como que abrindo mão de graves responsabilidades institucionais e, pois, negligenciando mesmo sua própria competência privativa, tinha-se até bem pouco tempo atrás amesquinhado, reiteradamente, diante do permissivo constitucional que lhe atribui o poder subsidiário de regulamentar normas jurídicas gerais, fixadas constitucionalmente, diante da omissão do Legislativo por fazê-lo a tempo, mediante o instituto do Mandado de Injunção (art. 102, inciso I, alínea "q").

Seus escrúpulos institucionais derivados de uma metodologia atrasada ou de ilusório receio de invadir competência legislativa que já não lhe pertença, acabava fragilizando a sua própria independência, sem o quê, sob o ponto de vista do Direito Positivo, o Judiciário não reúne existência própria.

Por muito tempo, pois, não se tinha notícia de que o órgão máximo do Judiciário nacional houvesse administrado qualquer injunção, não obstante haver sido provocado por inúmeras vezes para que a tanto procedesse. Esse cenário, no entanto, tomou nova vertente, e diversos Mandados de Injunção vêm sendo providos pela Suprema Corte, a exemplo do MI 1967-DF, Relator Ministro Celso de Melo, no qual se regulamentou o direito à aposentadoria especial da parte de Pessoa com Deficiência, nos termos do art. 40, §4º, inc. I, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal é um órgão político. Não só porque é componente da estrutura maior e primordial do Estado brasileiro, mas porque tem se conduzido de maneira ideológica ao longo de sua existência. (MANGABEIRA, 1946, p.67-69).

A explicação para isso está no fato de como a instituição é preenchida em seus quadros de Magistrados: onze Ministros de livre escolha do Presidente da República dentre nacionais com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de "notável saber jurídico e reputação ilibada", submetidos, tão só, ao crivo, igualmente político, da maioria absoluta do Senado Federal (art. 101 e seu Parágrafo Único, da Constituição Federal).

O Senado, por sua vez, tem continuamente guardado ligações por laços ideológicos com os Governos da situação[23], o que agrava o condicionamento político da chancela constitucional que oferece às indicações para Supremo.

22 Entendido, aqui, não como formato da organização do Estado como um todo, mas como fundamento ideológico interno que movimenta a rotina dos governos, para o que o Judiciário parece se mostrar bastante sensível.

Em previsível consequência e sem demérito pessoal para os seus componentes, o órgão vem atuando em dupla perspectiva.

A uma, quando se trata de garantir direitos individuais e/ou coletivos; neste caso, se recolhe o quanto possa às formulações adstringentes do dogmatismo jurídico clássico, não raro explorando linhas de raciocínio periférico ou incidentais para deixar de enfrentar, realmente, o merecimento da matéria, o que se agrava quando se trata de assunto sério e recorrente do interesse de muitos, mas do desinteresse do Executivo ou mesmo da própria corporação judicial, entendida no conjunto de suas organizações central e locais, bem ainda do Legislativo.[24]

A duas, decisões já em vias de serem oportunizadas deixam simplesmente de sofrer a merecida implementação jurídica, haja vista a influência daquelas mesmas vontades políticas, a dizer, razões de Estado, as quais escondem em certa medida a vaidade dos governantes de lograrem o máximo proveito em seus projetos, não obstante os direitos alheios que o Supremo Tribunal Federal, como visto, nem sempre reconhece.

Só para concluir o argumento, seria o caso de serem recordados os graves padecimentos por que atravessam milhares de apequenados titulares de direitos subjetivos contra a União, por exemplo, que vão para as filas dos precatórios[25] para receberem, nas pessoas de seus familiares, já que o óbito os atingiu antes disso, quantias de regra pouco significativas, especialmente no que se refere às desapropriações e aos pagamentos de haveres pretéritos dos segurados da Previdência Social.

Casos outros, produtores de virtual anomia, quando não chegam a ofender interesses das classes dominantes, portanto, resultado de decisões realmente inofensivas, passam ao largo de toda censura. Essa forma medíocre de atuação jurisdicional, sobre esconder a miséria por vezes psicótica do Juiz despreparado, obscurece por inteiro a dignidade de suas funções.

---

23 Em que pese a recente nomeação do Ministro Eduardo Fachin, para o STF, no ano de 2015, ter sido palco de verdadeira linha divisória de águas, no que diz respeito à harmônica possibilidade de escolha, posto que a referida indicação, que evidentemente foi apreciada no plenário da Casa Legislativa, obteve uma votação deveras surpreendente, eis que descortinou uma acirrada disputa política e certo desconforto no cenário institucional, situações estas estampadas pelo resultado que destoou em 52 votos a favor e 27 contrá rios.

24 Como quando se nega a injuncionar a regulamentação de matéria não resolvida no Congresso, embora a tanto provocado; como quando se nega a reconhecer o alcance coletivo da questão dos vencimentos da Magistratura para declarar negativamente sua própria comp etência original e privativa (art. 102, inciso I, alínea "n", da Constituição Federal); como quando permite-se a nada decidir, a decidir inconclusamente ou fazê-lo antiparadigmaticamente ("ponto fora da curva"), quase sempre no favor dos estamentos governamentais bem assim das grandes corporações e de grupamentos altamente midiatizados.

25 Forma privilegiadíssima com que o Estado salda os seus débitos apurados judicialmente. Mesmo em se tratando de créditos alimentares, ressalvado pela própria Constituição (art. 100), o que tem ocorrido é um lugar comum jurisprudencial no sentido desse mesmo privilégio. Assim, se se possui uma Constituição, é como se se lhe negasse vigência ou como se ela, simplesmente, não existisse.

Afinal, para aqueles que, de alguma forma se beneficiam, direta ou indiretamente, de tais contextos, no Judiciário, são os mesmos que, noutros momentos, patrocinam a vida política de tantos outros que atuam no Executivo e no Legislativo. Não se nega que a representação popular nos estamentos oficiais do país sofre, realmente, uma crise de autenticidade.

Em apoio à topografia do problema aqui versado sobre o caráter "protofascista" do Judiciário brasileiro, a lição penetrante de Florestan Fernandes:

> O Poder Judiciário adapta-se defensivamente a uma sociedade civil mista, mais típica da ordem de estamentos que da ordem de classes sociais." E acrescenta: "A lei se corporifica em códigos, mas sua aplicação destorcida, com a tolerância dos que sofrem suas conseqüências, engendra uma cidadania e uma democracia dos privilegiados. A jurisprudência obedece essa trilha: conforma o Direito ao monopólio do poder das elites das classes dominantes. Malgrado sua erudição, os magistrados curvam-se à manutenção da ordem deturpada. (FERNANDES, 1993, *passim*).

Deve-se ter presente a definição do fascismo em suas noções mais gerais. Sobre isso, pode-se reproduzir aqui os ditos de Saccomani:

> Em geral, se entende por Fascismo um sistema autoritário de dominação que é caracterizado: pela monopolização da representação política por parte de um partido único de massa, hierarquicamente organizado; por uma ideologia fundada no culto do chefe, na exaltação da coletividade nacional, no desprezo dos valores do individualismo liberal e no ideal da colaboração de classes, em oposição frontal ao socialismo e ao comunismo, dentro de um sistema de tipo corporativo; por objetivos de expansão imperialista, a alcançar em nome da luta das nações pobres contra as potências plutocráticas; pela mobilização das massas e pelo seu enquadramento em organizações tendentes a uma socialização política planificada, funcional ao regime; pelo aniquilamento das oposições, mediante o uso da violência e do terror; por um aparelho de propaganda baseado no controle das informações e dos meios de comunicação de massa; por um crescente dirigismo estatal no âmbito de uma economia que continua a ser, fundamentalmente, de tipo privado; pela tentativa de integrar nas estruturas de controle do partido ou do Estado, de acordo com a lógica totalitária, a totalidade das relações econômicas, sociais, políticas e culturais. (SACCOMANI, 1991, p.466).

Acresça-se, tão somente, a ideia de "proto", posicionada como prefixo ao conceito antes definido, conferindo ao termo uma ideia de antecedência, de elementar, fundamento primeiro. Disso decorre o invariável atributo, para o Judiciário, de se servir de uma razão ideológica do tipo, por modo a elaborar as suas formulações e os seus procedimentos segundo essa diretriz de base.

Como se pode verificar da precisão dos enunciados definitórios dantes delineados, concebe-se que, em algum ou alguns de seus sentidos, em maior ou menor intensidade, o Poder Judiciário no Brasil espelha essa ideologia. De tão arraigada em seus contextos de estrutura e função

e símbolos nem sempre originais, uma certa distância do tecido social, da efervescência da vida no

socius[26]
descompassadas com os níveis de ideologia autoritária de fundo proveniente do Executivo e do Legislativo, nos quais seus planos são estabelecidos.

Nesse compasso, desnuda-se, a olhos vistos, que o Poder Judiciário brasileiro atravessa uma fase de acentuada crise de autoridade. A perplexidade diante de tantas falhas que se vão vagarosa e insistentemente esboçando numa atmosfera de morosidades operacionais, não obstante os riscos desses papéis de vanguarda histórica, social e político-jurídica, enseja um clamor inadiável à responsabilidade, cujo propósito apresenta-se deveras definido: apurar os quadros perturbadores da vida jurídica da nação, confrontá-los com os mais autênticos anseios e valores de sua sociedade e buscar, em face disto, uma necessária transformação de base cultural que garanta de vez, segundo as necessidades de cada qual, a pretendida pacificação da vida coletiva pela absorção justa e coerente de suas tensões.

Para tanto, e de acordo com o que esclarece Rivas:

> [...] é necessário que façamos a anatomia, até detectar e individualizar as raízes de sua perversão, deste serviço do Estado, em cuja gestação, sobrevivência e modificação não participa a soberania. Trata-se de demonstrar peça por peça a maquinaria judicial para observar interiormente suas engrenagens, o que deve e o que não deve ser, qual deverá ser e poderia ser sua utilização, e qual é na realidade." (RIVAS, 1987, p.23).

3. MORALIDADE PÚBLICA NUMA SOCIEDADE EM CRISE

26 Felizmente, essa mentalidade vem sofrendo mudanças, embora vagarosamente. Grupos de pesquisa e movimentos populares têm se esforçado tenazmente nesse sentido, em meio às naturais incompreensões. Exemplo: o Grupo de Apoio e Assessoria Jurídica às Organizações Populares - GAJOP, com sede em Recife, tem enfrentado até ameaças de violência física quando seus representantes divulgaram, há pouco tempo atrás, solicitando providências das autoridades constituídas, relatórios sobre a corrupção nos meios judiciários, inclusive de diversos Juízes estaduais, bem como contra a violência urbana (grupos de extermínio), baseados em dados estatísticos. Desde os anos '60, contudo, França, Itália e Espanha já inauguraram os debates em torno do caráter apenas relativo tanto da independência do Judiciário quanto da superioridade dos juízes perante os demais membros da comunidade política (Faria, 1987: 13). No mesmo sentido, erige-se uma consciência jurídica de participação por obra do trabalho de grupos de pesquisa mais comprometidos com a causa da Justiça, com um patrimônio democrático que se deve legar às futuras gerações, pano de fundo para o advento de uma vida social mais feliz. A exemplo do movimento acadêmico por um "direito sem dogmas" (Lyra Filho, 1980: 42), com as Associações de Magistrados e Representantes do Ministério Público democráticos, com o movimento do Direito Alternativo e com as atividades das Organizações Não-governamentais de apoio jurídico às classes desassistidas.

Não se espera, nem se deseja – embora a historiografia brasileira esteja embebida deste perfil – que episódios pinçados do comportamento pessoal dos eventuais atores do poder público, envolvidos não raramente em escândalos de toda espécie, de modo a difundir a falência do Estado em todos os seus segmentos, diante mesmo desse baixo nível de moralidade, sejam os únicos dados com os quais essa dura face da vida nacional possa - e deva - ser refletida.

O recente histórico do processo construtivo da política brasileira, ou melhor, a imaginária democracia política desse país reservou significativas doses de momentos frustrantes, os quais receberam classificações eufemísticas - Estado Novo, Nova República etc. Eis que tais frustrações elevam-se a limites inimagináveis ao refletir que, de novidade, pouco ou nada apresentaram em seus sucessivos perfis, ainda que sob o alicerce de um regime advindo de uma Constituição "Cidadã".

Havia troca de personagens, porém nunca a de papéis na sucessão desses infortúnios políticos da realidade social do país. A República brasileira, afinal, sempre foi muito velha, notadamente na prática da corrupção (PINTO, 1960, p.59). No século XVIII, fez-se difundir um panfleto anônimo - A Arte de Furtar (apud CAVALCANTI, 1992, p.23) - que se notabilizou pelo ácido conteúdo indutor de denunciamento de certas práticas, as quais, hoje em dia, mais parecem institucionalizadas, embora todo o discurso delas divirja por razões evidentes.

Nesse processo corrosivo em que são irresponsavelmente confrontados interesse público com interesse privado, o pacto de boa-fé (LARENZ, 1985, p.90/98; PEREIRA, 1977, p.485/494; MACEDO, 1977, p.495/498), fundamento instrumental do sistema político baseado no "pacto social" (ROUSSEAU, 1989, p.19/21), tem sofrido graves perversões de sentido que se vão internando, pela repetição, ao inconsciente coletivo de forma a promoverem uma inversão permanente e de fato tumultuária da ordem de valores proclamados como válidos pelo próprio sistema social. Sobre isso, Pécaut:

> [...] si a opinião se relaxa, tornando-se excessivamente indulgente, si o hábito se generaliza, como acontece ás vezes, de tratar como brincadeiras o que ha de mais serio no mundo, a bôa ou a má conducta, o indivíduo entregue a si mesmo, abandona-se aos primeiros impulsos. Os bons ou máos costumes de um paiz explicam-se deste modo(*sic*). (PÉCAUT, s/d, p.57).

Embora saída das várias ditaduras que se sucedem à história republicana do Brasil, a democracia brasileira em nada parece ter afetado o comportamento das pessoas e das instituições no que se refere ao respeito pela coisa pública. O costume republicano não se aprofunda e tem sido o seguinte: ímpeto nas iniciativas e ductilidade nas finalizações.

O fenômeno da corrupção no Brasil constitui problema social de graves proporções, aparentemente intransponível, e em sua franca expansão. A falta de ética com frequência velada, e por vezes, explícita, parece mesmo um lugar comum a decorrer de nossas origens socioinstitucionais.

Cabral, em nome de Portugal, tomou as terras indígenas e deu início a uma violenta mestiçagem etnicopolítica, plasmada no degredo dos originais colonizadores, no estupro de escravas e índias, no assalto das riquezas da nação que se formava; mesmo as lutas de expulsão estrangeira mereceram esse propósito tirânico e apropriador, a exemplo da crise holandesa.

Já os republicanos sempre atacaram a Monarquia de corrupta. Os revolucionários de 1930 diziam o mesmo sobre a primeira República. Os democratas de 1945, idem, sobre o Estado Novo. Os militares de 1964 acusavam de corruptos os democratas de então. A nova República fez o mesmo com os militares. O ex-Presidente Fernando Collor, em campanha, ganhou a televisão e o disse também sobre o governo de seu antecessor, José Sarney. Collor foi declarado impedido para concluir o seu mandato, sofrendo *impeachment*, em face do mesmo argumento; hoje, tampouco se fala noutra coisa. Como refere Cavalcanti:

> [...] a luta contra a corrupção não é apenas o programa inicial de todos os nossos governos, mas a promessa de todos os nossos candidatos, a divisa de todas as nossas revoluções e a justificativa de todos os nossos golpes. O resultado costuma ser momentâneo e o processo traumático. (CAVALCANTI, 1991, p.17).

Torna-se preocupante a cultura geradora de comportamentos individuais e coletivos que se projetam a partir deste ambiente realmente perverso e claramente individualista no pior de seus sentidos: o egoísmo político, pessoal e corporativo.

Corolário desse egoísmo é a frequência com que encaramos os aspectos de um provincianismo eloquente instalado em todos os setores públicos, como reflexo de nossa vida privada e que nos distancia largamente de um futuro promissor, pois este se malta aos desejos dos poderosos, que não se arriscam e que não conhecem o contraponto do falso liberalismo que professam.

Não refoge à ideia, já enraizada no senso comum e introjetada ao inconsciente coletivo, que o Estado sempre esteve, no Brasil, a serviço de uns poucos; a despeito de todo verbalismo cínico e da retórica de manipulação que os seus próceres vêm reiteradamente, e a cada eleição, e a cada depoimento, e a cada entrevista, e a cada aparição pública, exprimindo, essa desgastada conjugação. Não há estamento que desconheça esse fenômeno tão indigno quanto abominável. Neste sentido, Dallari:

> Na realidade, os três Poderes que compõem o sistema brasileiro de governo apresentam falhas e vícios que comprometem sua eficiência e deixam amplos caminhos abertos para audaciosos, oportunistas, indivíduos que buscam sempre um proveito pessoal sem considerar barreiras éticas. Muitos desses personagens conseguem enganar o povo durante algum tempo, apresentando-se como dinâmicos, modernos e até moralizadores, mas, afinal, por causa deles o povo, injustamente, acaba concluindo que todos os homens públicos são demagogos e corruptos. Observadas as peculiaridades de cada setor das atividades públicas, personagens

> desse tipo têm atuado no Legislativo, no Executivo e no Judiciário. (DALLARI, 2007, p.77).

A ação do Estado, em suas diversas esferas de competência político-jurídica, desenvolve-se, por princípio, dentro de pautas racionais, corolário da impessoalidade, que apontam para a necessidade de independência - pressuposto da liberdade - por parte de seus agentes, como permanentes intérpretes normativos. O Poder Judiciário exerce papel fundamental nesse processo, mas cede, frequentemente, à atmosfera política da qual se extraem os mesmos fenômenos, embora mascarados pela solenidade das formas e pela pompa das circunstâncias judiciárias.

É uma lei psicossocial que ao homem, epicentro de toda a teorização e ao mesmo tempo destino de seus produtos, se atribuem exclusivamente os mecanismos mediante os quais fará, ele, bem ou mal, a tarefa pública que lhe toca. Independentemente do que se acha estabelecido para valer.

Com efeito, "O homem é um ser inacabado" (MONCADA, 2006, p.342). Além disso, sua realização plena não será jamais alcançada "no mais autêntico da sua existência" (MONCADA, 2006, p.346), para intentar a descrição da implícita dificuldade com que se destina a manter em perfeita integridade moral e, haja somente de acordo com o que lhe é devido, e não com o que lhe passa pela fantasia, geralmente gananciosa, que amesquinha o homem, invariavelmente, diante dos seus semelhantes.

Estendendo a dimensão prática exposta por Moncada, diz, no mesmo sentido, Larenz:

> Ante todo hay que decir con toda frialdad que ningún hombre, y por lo tanto ningún juez, está completamente libre de prejuicios (en el sentido de ideas preconcebidas), cualquiera que sea su origen o su educación. (LARENZ, 1985, p.183).

No alicerce muito vasto e complexo da Filosofia do Direito, traduz-se a prudência do agir humano nas ações de Estado, conforme seja devido a terceiros um comportamento positivo ou negativo em matéria de aplicação do jurídico e que seja também razoavelmente previsto. Tal, porém, somente será possível ser pensado em face das exteriorizações da conduta, por isso que, na lição de Massini, "[...] la inteligencia se encuentra necesitada de cumplir con un proceso que va acercando paulatinamente a la aprehensión intencional de la realidad". (MASSINI, 1983, p.47).

Não se compreende a malícia, nem mesmo para viabilizar supostos benefícios considerados nobres, como por exemplo, a mentira piedosa. A malícia, seja ela qual for, desarranja o sistema jurídico e o "ativismo jurídico" sobreexcedente pode ser seguramente enquadrado nessa hipótese de atipicidade funcional. Já se disse que os fins não justificam os meios e o Estado Moderno não deve caminhar, como visto, por esta lógica. Sobre isso diz, ainda, Larenz:

> El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de outro y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de

> cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. (LARENZ, 1985, p.91).

Compreende-se, por tal forma, que o problema do Direito e do Estado não se reduz à exegese dos textos legais e das demais fontes normativas, realmente jamais exaustivos, em que pese a Teoria Positiva que consagra, dogmaticamente, o hermetismo, a autopoiese e a completude de seu sistema. A essência desse problema, pelo contrário, é humana, antropocêntrica, pois é o homem a quem comporta impulsionar ambos os institutos, produto da cultura, conquanto se espere que os atenda no fundamento instrumental da boa fé, sem o que toda a construção jurídica terá sido inútil.

Em meio a essa dialética permanente que torna o fenômeno cultural por demais complexo, pois o homem que o estima, dele se serve e a ele se destina, exsurge a circunstância de que o Estado, produto dessa cultura, se realiza de acordo com a racionalidade amalgamada à necessidade do convívio social; daí o acerto da locução de Simón René: "el hombre se realizará como hombre, realizandose como razón". (apud MASSINI, 1983, p.155/156). Donde o irracional vem a constituir a antítese do fundamento da ação de Estado, não havendo lugar para o iníquo, traduzido em malícia, nada obstante os mais sólidos fundamentos puramente formais.

Entretanto, mesmo parecendo utópica a preocupação de ser definitivamente resolvida a iniquidade humana no campo da ação de Estado, bem como fora dele, nada confere à inteligência substratos de que esta tarefa deva ser desconsiderada por inglória ou inútil. Ela é, todavia, utópica e é por ser utópica que vale muito a pena se empreendida. A matéria tem infundido debates, porém, jamais capazes de dar cobro ao fenômeno. Para se combater a corrupção, segundo uma máxima liberal, diz-se que:

> [...] corrupção, impunidade, corporativismo, fisiologismo, malversação de recursos, irresponsabilidade administrativa, troca de favores, nepotismo, falsidade ideológica e ineficácia da justiça, [...] enquanto não se inventar uma receita eficaz para transformar os seres humanos em querubins, a solução prática para limitar sua vocação para o mal está na redução dos poderes coercitivos do Estado e da jurisdição do processo político. (IL Notícias, 1995, p.1).

Convém ressalvar que, embora coerente no diagnóstico, a máxima peca pelo desaproveitamento como que radical do conceito de Estado, quando o instituto existe justamente para equalizar as relações humanas em permanente conflito. Nada obstante, o que está mesmo em jogo com esse discurso não são conveniências, nem propósitos científicos exclusivos que se componham ao diletantismo do pesquisador. O que se propugna, em verdade, é pela própria dignidade da condição humana, fundamento primeiro e último de sua existência destacada frente aos demais viventes e à natureza como um todo, e porque não se reservam motivos suficientes para justificar o silêncio que conspira contra a elevação moral de todos e de cada um, a um só tempo.

A contradição que não é, de fato, ao enlevar alento pela perspectiva da obtenção de crescentes resultados, ainda que mínimos, e pelo forte significado que sobressai do registro histórico, funciona na verdade como um desafio cada vez mais penetrante, encorajador e necessário de ser enfrentado com sobriedade e firmeza em todos os campos da atividade humana.

Assim, para o mesmo homem que contrafaz seu semelhante, parece estimulante lutar contra os seus próprios males, já que o sentido de toda melhora povoa a tentativa - que não se recusa lucidamente - de construção de um mundo mais venturoso para todos, especialmente para as gerações futuras. Vencer a "lei do cão", a falta de respeito entre os homens e a contracultura da impunidade, é o maior desafio nesse contexto. Espera-se muito do Poder Judiciário que atue na recomposição desse propósito socialmente indispensável.

O aparente conflito entre Estado e ética deve ser resolvido em face do racionalismo utópico de sua configuração; e dadas às indissociáveis condições da vida humana, dentro em bases de franco compromisso sobre as relações de boa-fé e sob risco de pesada e indefectível reprimenda jurídica, embora sempre transitórias, pois jamais as exigências da Filosofia serão a rigor plenamente satisfeitas, já que o homem é, de fato, um "ser inacabado".

Estimados os enunciados acima, já se torna mais compreensível divisar o enfrentamento do princípio da moralidade administrativa, resultado jurídico-aplicativo do princípio mais genérico da moralidade pública e como tal referido na chamada deste artigo, notadamente em face de sua ascendência formal hodierna, substrato da boa-fé nas relações de Estado, resultado do direito subjetivo do povo de contar com um governo honesto.

Pode-se, por assim dizer, que o princípio da moralidade só se fez reconhecer como instituto jurídico formal, reduzido à categoria de lei em nosso ordenamento jurídico positivo, diante da atual Constituição Federal, promulgada pela última Assembléia Nacional Constituinte de 1988, que de constituinte pouco tinha, já que derivou da composição anterior do Congresso Nacional e dela apenas fizeram parte os políticos da esfera partidária. De fato, "senadores biônicos" - aqueles que tinham sido nomeados pelo regime há muito, através de mecanismo de eleição indireta, virtualmente controlada pelo Executivo - compuseram a sua estrutura de funcionamento.[27]

27 A realização do Direito no Brasil, pelos regimes de pressão (*lobbies*) de toda ordem que afloram para influenciá-lo, parece utópica, haja vista que a nação tem cedido espaço à autofagia. As bases do constitucionalismo nacional constituem permeio desses influxos com que perde algo significativo de sua autenticidade histórica e de sua especificidade científica. O Brasil possui uma "Constituição semântica", no sentido de Loewenstein, porque, "En lugar de servir a la limitación del poder, la constitución es aquí el instrumento para estabilizar y eternizar la intervención de los dominadores fácticos de la localización del poder político" (Loewenstein, 1979: 219). Em termos de uma compreensível Teoria Constitucional, pode-se dizer que a Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, resultou de puro juízo de reforma, embora amplo, o que

Impende ressaltar que as Constituições de 1934 e de 1937 vedavam, expressamente, a apreciação do mérito dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, considerando-os como "questões meramente políticas". A dizer, a moralidade administrativa é conceito que se afina com o seu controle judicial. Daí a importância desse exame, assim difusa quanto concentradamente. As Constituições de 1946 e 1967, todavia, trouxeram à tona a discussão acerca da possibilidade de controle da moralidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário em função da omissão quanto à anterior vedação, uma forma jurídica que enreda o caráter autoritário da organização republicana do Brasil, vício, aliás, que vem do Império e, antes ainda, da Colônia.

A maioria dos doutrinadores entendia, no entanto, que não havia alteração no entendimento jurídico em face unicamente da omissão do legislador constituinte em dispor acerca da possibilidade de análise do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Sob tal perspectiva, permanecia inalterado o sistema.

Seabra Fagundes entendia que o único aspecto do ato administrativo passível de análise pelo Poder Judiciário era a legalidade e que esta abrangia quase todo o âmbito de vinculação do ato administrativo. Afirmava que, nos atos vinculados, em especial diante de sua natureza, tudo o mais que o cerca reside na competência apreciativa do Poder Judiciário; apenas nos denominados atos administrativos discricionários é que seus motivos (oportunidade, conveniência[...]) escapam deste controle.

Ainda para o jurista, a oportunidade de controle do ato administrativo resultava da expressa previsão legal e, mesmo o ato discricionário, poderia fugir deste controle, sugerindo, à ocasião, o exemplo da ordem de prisão disciplinar que, à época, não podia ser objeto de controle jurisdicional. Felizmente, tal instituto se acha ultrapassado, pois que toda e qualquer prisão há de resultar, doravante, de flagrante de crime ou de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente.

O princípio que se apontava em repisada defesa era o da legalidade e, dentro desse aspecto, pode-se analisar qualquer outra questão. Vale, a propósito, transcrever alguns trechos de seu festejado trabalho O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário: "Ao Judiciário não se submetem os interesses, que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por êle." (FAGUNDES, 2010, p.150); e ainda: "A administração pública pode assim, sem contrariar o 'regime da legalidade', sem ir positivamente de encontro a determinações legislativas, abster-se de executar a lei". (FAGUNDES, 2010, p.103).

não desqualifica o enunciado científico como tal posto, pois a maior ou menor extensão das reformas não constitui o cerne de sua definição teórica e, portanto, jurídica, mas mera circunstância de ordem prática.

Da mesma forma, Caetano corroborou com aquele entendimento, atacando, inclusive, a doutrina francesa proposta por Maurice Hauriou, afirmando-a ultrapassada e defendendo que:

> [...]a Moral só vale na medida em que, sendo recebida pela norma jurídica e como conteúdo desta, passe a beneficiar da sanção peculiar da ordem jurídica em lugar de ficar limitada às suas sanções peculiares (reprovação das consciências). (CAETANO, 2003, p.178).

É de se notar, aqui, um reducionismo positivista com que se obscurecem os mais significativos propósitos do Direito relacionados com a realização do ideal de Justiça. Um formalismo cego que desserve às suas funções, a cada instante exigindo interdisciplinaridade, dada à multifacetada percepção dos conteúdos de seus objetos.

Defendia o supracitado autor que a moralidade estava protegida pela lei e só quando avaliada sob o princípio da legalidade é que podia o Poder Judiciário abordá-la. Entendia, assim, que o ato administrativo vinculado não tinha o que ser questionado, visão por demais estreita e conservadora, pois que a lei trazia expressamente previstos seus fins e meios, quando é reconhecido que isso nem sempre acontece, notadamente no que diz respeito às considerações mais remotas que povoam as intenções dos agentes públicos, dotados, certo da natureza humana de que são dotados substancialmente. Tratando-se da hipótese de ato discricionário é que se poderia falar em liberdade de apreciação da norma pelo administrador. Discorria então:

> Justamente nos casos em que existe discricionaridade quanto ao objeto ou aos seus pressupostos convém assegurar, sempre que seja possível, por meio de uma série de formalidades (processo) a ponderação cautelosa e equilibrada de todas as circunstâncias e razões dignas de influir na resolução livre. A vontade, livre na resolução, é vinculada na formação. (CAETANO, 2003, p.154).

Acerca da presunção de boa-fé, no âmbito da administração, ainda completava, para reforçar a ideia de que inexistia possibilidade de controle da moralidade administrativa, o que se repisa como:

> Esta grande importância conferida ao interesse público, à lei e às praxes administrativas na interpretação do ato administrativo provém de dever partir-se do princípio de que a vontade manifestada visou a realizar o imperativo legal ou um fim legal: a Administração tem a seu favor a presunção de legalidade dos seus atos. (CAETANO, 2003, p.156).

É exatamente neste ponto em que o sistema revela, sem rodeios, e de vez, as suas permanentes crises. A presunção de correção não passa de presunção no sentido ideológico que do termo se pode naturalmente extrair. É bem verdade que, tomando por empréstimo as habilidades e as demais faculdades humanas, está no homem e não no Estado, como pura abstração que é, os vícios que resultam de suas práticas, as irregularidades subministradas aos atos que lhe dão presença ativa no sistema político que o Estado intenta organizar.

Mesmo em época de grandes polêmicas, nas quais os autores prezam por um positivismo arraigado tirando de sua substância o problema da moralidade como objeto jurídico à falta de previsão legal - o que ora se mostra, aliás, superado pelo advento da Carta Política de 1988 (art. 37, *caput*) -, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello apresentou, corajosamente, mesmo dentro dessa cultura jurídica reducionista, argumentos que embasavam um maior controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário; assim é que chegou a afirmar como existente uma "ilegalidade indireta", considerada ativada quando fosse o caso de violação apenas circunstancial da lei.

Aceita Mello que, ao se dispor do controle dessa "ilegalidade indireta", vai-se além da violação frontal da lei, porém sempre em contraste com a legalidade, o que faria cair por terra a doutrina francesa que defende a existência de um controle da moralidade, citando Hauriou. Afirma para justificar suas idéias o seguinte:

> Aliás, o direito, como ciência prática ou operativa, particular, depende da moral, como ciência prática operativa geral e propedêutica dele. Na realidade, retirar do direito esse fundamento é transformar, essa ciência que tem por objeto a ordem social, em instrumento de opressão, ao influxo da vontade anônima das massas, ou da vontade insolente do ditador. (MELLO, 2015, p.431/432).

Talvez pela percepção do que a omissão constitucional causou a título de discussão quanto à possibilidade ou não de controle da moralidade da Administração Pública pelo Poder Judiciário é que o legislador constituinte resolveu dispor, claramente, a respeito, em grande medida em razão das críticas sobre a necessidade do avanço das instituições públicas, somente a custo implementadas e, ainda assim, como se concebe, só no papel.

Dentre os princípios constitucionais positivos expressos em nossa Carta Magna consta, por isso mesmo, o da moralidade ou probidade administrativa. Esse princípio está previsto no Capítulo referente à Administração Pública, no art. 37, caput, a seguir reproduzido:

> A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade[...]

O tema é bastante discutido em todos os compêndios de Direito Administrativo, os quais definem, a seu modo, a abrangência do princípio em comentário, enquanto questionam a necessidade de sua existência. Tecem os doutrinadores considerações gerais acerca do que é a moral, suas clássicas diferenças com o Direito e a possibilidade de existir, ou não, uma assim concebida moral administrativa diante do conceito de legalidade administrativa e da continência do imoral sobre o ilegal.

Distingue-se, de regra, moralidade e legalidade administrativas, segundo Delgado, da forma seguinte:

> Enquanto o princípio da legalidade exige ação administrativa de acordo com a lei, o da moralidade prega um comportamento do administrador que demonstre haver assumido como móbil da sua ação a própria idéia do dever de exercer uma administração." (DELGADO, 1992, p.35).

No mesmo sentido, Meirelles, valendo-se da doutrina de Hauriou:

> [...] o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme proclamavam os romanos: 'nom omne quod licet honestum est'. (Meirelles, 2015, p. 84).

Entende, ainda, este último autor, e é bem certo entendê-lo, que a moralidade administrativa termina por integrar a legalidade, e é precisamente através desta que o Poder Judiciário habilitar-se-á a realizar o seu controle.

Assim sendo, um ato imoral é sempre violador do Direito, bem como de uma agasalhada legalidade, reclamado pelo art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988, pois do contrário reunir-se-ia aí, independentemente do dispositivo invocado, uma verdadeira antinomia jurídica.

É curial, no entanto, que para a análise da moralidade do ato administrativo pelo Poder Judiciário, não se faz mais necessária discussão alguma, diante da previsão expressa do art. 37, caput, da CF/88, ao instituir a moralidade como seu requisito. Portanto, até o advento de tal preceito, o elemento subjetivo do ato administrativo - moralidade - costumava relegar-se a um segundo plano, frequentemente aceito como juridicamente irrelevante, o que sempre pareceu absurdo à consciência jurídica mais elaborada. A apreciação limitava-se ao exame do controle da ilegalidade, baseada na aparência das formas de manifestação oficial do poder público, pelo que se escamoteavam muitas manigâncias, hoje em dia dissimuladas por outros expedientes ainda mais comprometedores da boa-fé. Há que se avaliar, sempre, a adequação jurídica, a pertinência histórica e a propriedade institucional e funcional dos fins e dos motivos que valem ao administrador de plantão diante de suas responsabilidades para com o trato da coisa pública e do princípio da moralidade.

Preocupam-se os administrativistas com a clareza do que seja moralidade e legalidade para que esta, em nenhum momento, deixe de ser observada, assegurando que a administração pública não abandone os padrões sociais de conduta daquele dado momento histórico.

Assim, conquanto não se possa, juridicamente, presumir o dolo, pois milita às relações juridicizadas a boa-fé, operada que é, inclusive, na dúvida, porque se trata de um princípio universal, eis que esclarece Maximiliano:

> Todo conjunto harmônico de regras positivas é apenas o resumo, as síntese, o substratum de um complexo de altos ditames, o índice materializado de um sistema

> orgânico, a concretização de uma doutrina, série de postulados que enfeixam princípios superiores, constituem estes as diretivas idéias do hermeneuta, os pressupostos científicos da ordem jurídica. Se é deficiente o repositório de normas, se não oferece, explícita ou implicitamente, e nem sequer por analogia, o meio de regular ou resolver um caso concreto, o estudioso, o magistrado ou funcionário administrativo como que renova, em sentido inverso, o trabalho do legislador: este procede de cima para baixo, do geral ao particular; sobre aquele gradativamente, por indução, da idéia em foco para outra mais elevada, prossegue em generalizações sucessivas, e cada vez mais amplas, até encontrar a solução colimada. (MAXIMILIANO, 2011, p.295).

Tomando em consideração este superior pensamento, alguns outros doutrinadores preferem se posicionar, quanto à moralidade administrativa, independentemente de sua previsão expressa, seja de tipo constitucional seja legal, já que dispondo de uma irrecusável autonomia conceitual, sendo um fenômeno etiologicamente normativo, nativo ao sistema jurídico, pode ser naturalmente apreendido, desde logo, pelo Poder Judiciário. Portanto, tratando-se de preceito, o princípio da moralidade está inserido no da legalidade e, neste sentido, deve sofrer controle, inclusive jurisdicional.

Outros, ainda, irresignam-se que possa restar dúvida quanto ao alcance do controle dos elementos subjetivos do ato administrativo. Os princípios constitucionais mencionados (legalidade/moralidade), apesar de correlatos, são perfeitamente independentes, devendo ser analisados os substratos morais de forma diversa dos elementos que confluem à legalidade.

A coincidência entre ambos - retorna-se à velha parêmia reducionista - estaria reservada ao fato de se haver legalizado o princípio da moralidade. É de se verificar que a clareza da exigência constitucional em torno da moralidade autoriza o Poder Judiciário a fiscalizar a motivação e os fins de cada ato administrativo, assegurando que a sociedade civil não seja lesada pelo Estado, ao qual deposita sua confiança, em respeito ao princípio da boa-fé nas relações que mantém com o mesmo, bem como nas próprias relações de Estado (internas). Afinal, é como o afirma Larenz:

> [...] poder confiar, [...] es condición entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que há producido o aquella a la que há dado ocasión a outro, especialmente a la outra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho - com independencia de cualquier mandamiento moral - tiene que ponerse a sí mismo porque la desaparición de la confianza, pesada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad al tráfico interindividual. (LARENZ, 1985, p.91).

É exatamente neste ponto de confluência que a crise de Estado numa sociedade igualmente em crise mais se revela e transparece. O gradativo descompromisso com que os agentes de Estado e as pessoas em geral se sentem em relação ao universo de seus negócios, públicos e/ou privados, gera um estado de virtual anomia e dela é que decorre um sentimento atávico de volta à autotutela que o Estado e o Direito modernos intentam debelar por razões de sustentação da vida

intersubjetiva, da própria organização social da comunidade política. E é bem certo o que observou Windscheid: "Como coisa puramente interna, não se prova diretamente." (apud PEREIRA, 1977, p.487). A atitude parece contaminar corações e mentes em face do sentimento de impunidade de um lado e da incrível passividade do *socius*.

Vive-se no Brasil, todavia, como reflexo de um processo de controle social ainda mais continente; um período, já tardio, de reacomodações e mesmo de busca de identidades. Estando a sociedade brasileira em tal compasso, pode-se mesmo dizer, com Pereira: "Sempre que a vida social passa por transformação, mais ou menos radical, reflete o direito tais mutações, e procura adaptar-se ao novo ambiente moral." (PEREIRA, 1977, p.485).

E a boa-fé, situada no plano das consensualidades, que venha a ser de tudo resultante, há de corroborar, invariavelmente, toda atitude, particular ou oficial, que tenha decorrido de sua lealdade intrínseca. Neste sentido, a boa-fé constitui a suprema antinomia da fraude. A fraude, no entanto, é o que mais se assiste na atual quadra da vida social brasileira, mobilizada que é, nunca raramente, por razões de Estado, conjunturas, ou mesmo por pura cupidez, obra do gênero malicioso que frequenta o espírito humano.

Como se vê, nenhuma teoria será suficiente a erradicar o mal quando este se encontra no plano do impenetrável, que é o coração do homem a que ninguém é dado cogitar nesta vida. É necessário querer o bem para que o bem se realize em toda sua plenitude, globalmente.

CONCLUSÃO

Julga-se útil traçar o plano distintivo, trabalhado pela maioria dos autores, entre moralidade administrativa e moralidade comum na construção republicana e participativa de um Poder Judiciário digno de ser concebido como instância de governo. Entenda-se, de logo, que a primeira se restringe ao universo dos servidores públicos a que hajam com inteira e indisfarçável probidade, consoante devam ser e parecer honestos no trato da coisa pública.

Ademais, a necessidade de participação popular no controle da Administração está fundada nos princípios da boa-fé e da lealdade, este amalgamado àquele. Compondo a sociedade um repositório de confiança merecida ao Estado Moderno em seus esforços recíprocos para com o bem comum, bem como para a existência de uma ética social que se justifique em face de seus anseios, concebe-se como contraponto dessa relação fundamental uma verdadeira troca de compromissos no

que se refere à honestidade especialmente daqueles que formam os quadros da Administração Pública em todos os níveis e gêneros do poder político-jurídico.

Ressalte-se confluir o espírito do legislador constituinte, quando, a propósito, potencializa a interposição de Ação Popular para anulação de "ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente[...]", como quando da hipótese de vedação implícita ao nepotismo no serviço público, conforme os precisos termos do art. 5º, LXXIII, de nossa Carta Magna.

Pode-se afirmar que o princípio da moralidade envolve a ideia de uma correlação intrínseca com a boa-fé, que lhe confere invariável sustentação lógica.

Os demais dispositivos de nosso ordenamento jurídico corroboram a defesa do princípio da moralidade, inclusive os que preceituam como crimes de responsabilidade, ou mesmo comuns de natureza funcional, atos praticados contra a probidade da Administração e no seu detrimento, assim também contra a Justiça.

Quem haverá de repercuti-los, porém, quando tal repercussão resulte em gravame ao sistema político que a um só tempo é responsável pelas várias investiduras, urdidas por diversos formatos?

Para se oferecer resposta a essa indagação, um exame de consciência sempre será exigível na base do que se convenciona universalmente como aceitável, justo e previsível da parte tanto do cidadão quanto dos agentes do Estado de Direito que assevera, em particular, o espírito republicano.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Lívia. *O Jeitinho Brasileiro:* A arte de ser mais igual que os outros, 2ª ed., Rio de Janeiro: Campus, 2005.

BOTTOMORE, T.B. *As Elites e a Sociedade.* Rio de Janeiro: Zahar Editores,1974.

CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Almedina, 2003.

CAVALCANTI, Pedro. *A corrupção no Brasil.* São Paulo: Siciliano,1991.

COMPARATO, Fábio Comparato. *Para Viver a Democracia.* São Paulo: Brasiliense,1989.

COMPARATO, Fábio Comparato. *Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno,* 3ª Ed., revista pelo autor. São Paulo: Cia das Letras, 2006.

CUNHA, Paulo Ferreira da. *Quadros Institucionais:* Do social ao jurídico. Porto: Rés-Editora (s/d.).

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos Juízes*, 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, 8ª* Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder:* Formação do patronato político brasileiro, 5ª ed., São Paulo: Globo, 2012.

FARIA, José Eduardo. *A reforma do ensino jurídico.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1987.

FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala,* 52ª Ed., Rio de Janeiro: Global, 2013.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, 1ª Ed. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2015.

LARENZ, Karl. *Derecho justo:* Fundamentos de Ética Jurídica. Madrid: Civitas, 1985.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Fundamentos Constitucionais do Processo*: Sob a Perspectiva da Eficácia dos Direitos e Garantias Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. *La Teoría de la Constitución.* Barcelona: Ariel, 1979.

LOPEZ, Luiz Roberto. *Brasil Recente:* Instituições e Problemas*,* 2ª Ed. Porto Alegre: Sagra,1987.

LYRA Filho, Roberto. *Para um Direito sem Dogmas.* Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1980.

MACEDO, Sílvio de. "Boa-fé – II". In. *Enc. Saraiva do Direito*, vol. 11. São Paulo, 1977.

MANGABEIRA, João. *Rui - O Estadista da República,* 2ª ed. São Paulo: Livraria Martins Editora, 1946.

MASSINI, Carlos Ignácio. *La prudência jurídica.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*, 20ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 41ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo,* 32ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MELO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo, 3ª Ed., vol. I.* Rio de Janeiro: Malheiros, 2011.

MONCADA, Luis Cabral de. *Filosofia do Direito e do Estado:* Doutrina e Crítica*, 2ª Ed.,* vol. 2º. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis,* 8ª Ed.. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

PÉCAUT, Pierr-F. *Elementos de Philosophia Moral.* Rio de Janeiro: Livraria Garnier. (s/d)

PEREIRA, Caio Prado da Silva. "Boa-fé – I". In. *Enc. Saraiva do Direito*, vol. 11. São Paulo, 1977.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo,* 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PINTO, Francisco Bilac Moreira. *Enriquecimento Ilícito no Exercício de Cargos Públicos.* Rio de Janeiro: Forense,1960.

PRADO Jr., Caio. *Formação do Brasil Contemporâneo:* Colônia*,* 8ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.

SACCOMANI, Edda. "Fascismo". BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Giafranco: Dicionário de Política. Brasília: UnB/Linha Gráfic, 1991.

OUTRAS FONTES

DELGADO, José Augusto. "Poderes, deveres e responsabilidade do Juiz." In. COJUR – Revista jurídica do Banco do Brasil, vol.1. Brasília, 1981.

DELGADO, José Augusto. "O princípio da moralidade administrativa e a Constituição Federal de 1988". In. Revista dos Tribunais nº 680, junho, São Paulo,1992.

FERNANDES, Florestan. "E o Judiciário?". Folha de S. Paulo (Jornal), 20.12.93.

GOMES, Ciro. "A Reforma do Judiciário". *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro: 24.09.95.

MANGABEIRA, João. “Oração do Paraninfo - Salvador, 08.12.44”. *O Direito Achado na Rua - Curso de Extensão Universitária à Distância*, Brasília: 95, 105. 1988.

PRESSBURGER, Miguel. “Prefácio”. *Coleção ‘Seminários’* nº 7 - *Pela Democratização da Justiça* (Revista). Apoio Jurídico Popular/FASE, Rio de Janeiro, 1987.

REIS, Novély da Silva. “O que não deve ser dito (Notas de linguagem forense e algumas observações práticas)”. *Correio Brasiliense* (Jornal), Brasília: 19.06.95.

RIVAS, Alícia Herrera. “Crise na Justiça Judiciária”. Coleção “Seminários” nº 7 – Pela democratização da Justiça (Revista). Apoio Jurídico Popular/FASE, Rio de Janeiro, 1987.

RECEBIDO EM: 25/07/2016
APROVADO EM: 25/07/2016

PERSPECTIVAS PARA A POLÍTICA FUNDIÁRIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

PERSPECTS FOR THE LAND POLICY IN DEMOCRATIC STATE OF BRAZILIAN LAW

Mauê Ângela Romeiro Martins*

RESUMO: Considerando que os problemas correlatos à distribuição de terras no Brasil consecutivamente foram preteridos, não tendo havido a satisfação das demandas por democratização de acesso à terra, mas a ratificação de política fundiária excludente e permeada pela manutenção de conflitos fundiários, há necessidade da transcendência da perspectiva estipulada na construções normativas abstratas ao mundo fático, o que nos remete ao objeto do artigo que é refletir sobre a perspectiva para a política fundiária brasileira na constância do Estado Democrático Brasileiro.

Palavras-Chave: política fundiária; Estado Democrático de Direito; Direitos fundamentais.

ABSTRAT: Considering that the problems related to land distribution in Brazil consecutively were deprecated, and not having existed the satisfaction of demands for democratization of access to land, but the ratification of excluding land policy and permeated by maintenance land conflicts, there is need for transcendence of stipulated normative perspective in abstract constructions the world factual, which send us to the Article object that is to reflect the perspective for the Brazilian land policy in the constancy of the Brazilian Democratic State.

Keywords: land policy; Democratic state; Fundamental rights.

* Mestra em Direito Agroambiental UFMT e advogada. Contato: mauearm@gmail.com

INTRODUÇÃO

Historicamente as respostas aos problemas relativos à terra no Brasil sempre foram objeto de procrastinação por parte dos governantes de cada época, ou seja, não houveram políticas compromissadas com a resolução dos entraves histórico, social, econômica, étnica e cultural, não satisfazendo as demandas por democratização do acesso à terra, o que enseja a continuidade dos conflitos por ela, havendo ao longo dos séculos apenas a ratificação de uma política de centralização fundiária sob domínio de poucos e mais recentemente uma supervalorização *capitalismo agrário*.

Nesse contexto, será pontuado ao leitor acerca de fatos da história brasileira no intuito de verificar o perfil das políticas "públicas" por meio dos seus marcos regulatórios e suas consequências sociais, porque o passado é o nascedouro do descontentamento social por ausência de distribuição justa da terra, provocando a ocorrência dos conflitos fundiários hoje, ora que as medidas normativas levaram à formação estrutural rural que é objeto das normas geradoras do perfil da política pública necessária para a resolução das demandas sócio-econômicas-culturais na atualidade.

Em seguida, aponta-se a perspectiva surgida a partir da Constituição de 1988, que institui um Estado Democrático de Direito, no qual a política fundiária precisa agregar a qualificação de pública por corolário dos pressupostos compulsórios que devem permear a política fundiária na recente ordem constitucional.

Feito isso, por fim, serão feitos apontamentos que delatam a perspectiva de eficiência da política fundiária ao que tange à resolução de conflitos e a concretização do interesse público, este atrelado aos ditames correlatos a um Estado Social e Democrático de Direito, porque há necessidade de uma reflexão.

1 O PERFIL DA POLÍTICA FUNDIÁRIA BRASILEIRA ATRAVÉS DA ANÁLISE DOS MARCOS REGULATóRIOS

Apontamentos sobre a trajetória histórica da política fundiária são interessantes porque, antes de qualquer coisa, indica que a questão fundiária está estritamente ligada ao processo de desenvolvimento econômico apropriado pelo Brasil (ARAUJO, 1984. p. 04), remetendo-nos aos entraves para a apropriação e aplicação de uma política pública fundiária nos dias de hoje e direcionando-nos ao perfil real e ideal da política. Por isso, nas próximas

páginas serão dispostos os dados históricos, brevemente, porque não é esse o objetivo geral do artigo, e principalmente históricos regulatórios que nos trazem ao estado político-social atual da questão fundiária brasileira.

1 1 O REGIME DE SESMARIAS PELA CARTA FORAL DE 05 DE OUTUBRO DE 1531

Acontece, segundo Ibrain Rocha *et al* (2010, p.57) que o modo de organização fundiária brasileira possui espeque no direito lusitano, por não haver normas próprias para a colônia, sendo instalado formalmente o regime de sesmarias pela Carta Foral de 05 de outubro de 1531, modelo este precipuamente usado por Portugal para corrigir o estado de improdutividade de terras portuguesas.

Porém, as terras brasileiras não eram terras sem ocupação ou improdutivas, porque durante o período do "descobrimento" haviam inúmeras nações indígenas no território brasileiro, os quais *possuíam o seu território por direito próprio e originário, usufruindo de suas vantagens, de sua riqueza, sobretudo a caça, a pesca e os frutos, na qualidade de povos coletores* (FERREIRA, 1998. p.109).

Não obstante a isso, as terras brasileiras passaram a pertencer à coroa portuguesa, o que resultou na ocupação do Brasil, mas inegavelmente, também ocasionou a formação do latifúndio (ROCHA *et al*, 2010, 61).

> *Cabe mencionar um traço feudal do sistema, o que levou a um resultado diferente daquele obtido em Portugal. No Brasil tal traço feudal encaminhou para uma estrutura fundiária baseada na grande propriedade rural, contrariando ao que historicamente aconteceu em Portugal, e outras colônias, onde o sistema originou a pequena propriedade agrícola* (FERREIRA, 1998, 112).

O resultado da implantação do regime de sesmarias no Brasil se justifica como negativo, porque se em Portugal as terras sob incidência desse regime eram poucas e improdutivas; no Brasil as terras eram *virgens e em grandes extensões. Em Portugal, política de reforma agrária; no Brasil, política de colonização* (MIRANDA *et al*, 2009, p. 14).

> *A colonização do Brasil, como outras colônias europeias na América no mesmo período, teve caráter essencialmente mercantilista: ocupar a terra e produzir riquezas para proporcionar renda ao Estado e lucros à burguesia o que é garantido pelo monopólio comercial e pelo pacto colonial, que legitima o direito exclusivo de comprar e vender na colônia por meio de seus comerciantes e de suas companhias* (COSTA, 2012, p.21).

Nesse ínterim, o que se pode constatar é que a política (pública) fundiária não existia durante o período colonial, pois tinha-se como objetivo a ocupação do território, a fim de obstar a tomada das terras brasileiras por outros colonizadores e para a exploração dos recursos naturais existentes no Brasil, atendendo os anseios mercantilistas europeus, como pode ser observado pela disposição de Araújo (1984, p.4):

> *A ocupação da terra é então feita em função dos interesses mercantis europeus. A produção é realizada por grandes unidades de produção, voltadas para o comércio mundial. Pela imposição dessas condições há necessidade de latifúndios, baseados no trabalho escravo e na monocultura, para os quais, foram cedidas grandes extensões de terra no decorrer do período mercantilista*.

Assim, no período colonial a concentração de terras aumentou e se consolidou, vez que *no regime escravocrata vigente no Brasil-Colônia não existiam movimentos sociais como os havidos nos últimos séculos em busca da democratização do acesso à propriedade da terra* (CARVALHO, 2010, p. 262) .

1.2 PERÍODO DAS POSSES

Após, houve um *vácuo legal por omissão administrativa e legal* (COSTA, 2012, 22), lapso que ficou conhecido como período de posses decorrente da suspensão do regime de sesmarias por meio de resolução n. 76 de 17 de julho de 1822 até a promulgação da Lei de Terras em 1850, motivada por clamores de reordenamento do sistema agrário (ROCHA *et al*, 2010, 61), tinha-se, então, *Terra sem lei para regular a aquisição de suas terras, passando a ocorrer a ocupação indiscriminada de terras, à margem do sistema legal* (MIRANDA *et al*, 2009, p. 16).

1.3 LEI DE TERRAS

O desligamento do sistema de sesmaria só aconteceu realmente com a Lei de Terras do Império n. 601/1850, a qual instituiu o registro paroquial, comumente denominado de registro do vigário, tendo efeito meramente declaratório (ASSUNÇÃO, 2008, p. 22). Interessa saber sob égide dessa norma que:

> *Com a Lei de Terras é instituído uma nova forma de apropriação da terra: a da mediação pelo mercado. As terras devolutas só poderiam ser apropriadas mediante compra e venda, extinguindo-se o regime de posse. Os valores de compra das terras*

> *foram elevados, fixando-se preços mínimos superiores aos vigentes na época; os lotes só poderiam ser adquiridos em hasta pública e à vista, com o que, o acesso às terras restringiu-se somente àqueles que tivessem dinheiro imediatamente disponível para comprá-las. Por outro lado, o produto dessas vendas era destinado a financiar a vinda de colonos da Europa (ARAUJO, 1984, p.6).*

Dessa feita, ainda que a Lei de Terras tenha sido o primeiro instrumento legal realmente elaborado para regular as questões fundiárias existentes no Brasil, observa-se estar sujeita mais a uma política desenvolvimentista de mercado, pois excluiu a possibilidade de apropriação da terra gratuitamente para restringi-la a mercadoria, o que coaduna com os valores liberais imersos a partir da Revolução francesa e diverge dos fundamentos democráticos (ALBUQUERQUE, 1987, p. 1).

Portanto, *ocupar terras (públicas ou particulares) sem a licença de seu dono passou a ser considerado crime, tornando impossível o acesso à terra para quem detinha como capital única e exclusivamente a sua força de trabalho* (ROCHA *et al*, 2010, 63).

A Lei de Terras trouxe regramento acerca do reconhecimento de propriedade, que deveria ser feito pela reavaliação das cartas de sesmarias que, ainda que não tivessem preenchidos os requisitos legais*, comprovassem o cultivo da terra* (COSTA, 2012, p. 23). Para tanto, foi criado pela Lei 1.237/1864 o Registro Geral, tendo o Decreto 3.453/1865 como regulamentador, que foi superado pelo Decreto 169-A/1890. Ainda nesse ano, foi criado o Registro Torrens por força do Decreto 955-A/1890 (ASSUNÇÃO, 2008, p. 22), sendo um *instrumento do registro público que permite legalizar e sanear posse não fundada em perfeito título de propriedade*, que está previsto na legislação vigente no artigo 277 da Lei 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos) (COSTA, 2012, p. 23).

No Império não havia falar em política pública fundiária, havendo o incremento do latifúndio que já havia sido disseminado a partir da ideia de implantação de sesmarias de enormes dimensões, não havendo intuito de propiciar o acesso à terra aos camponeses e trabalhadores rurais (COSTA, 2012, p. 18), sendo *a Lei de Terras vital para o processo de transformação capitalista brasileiro, ao privilegiar a grande propriedade territorial, uma constante da estrutura fundiária que persiste até os dias atuais* (ARAUJO, 1984, p.8)*,* como pode ser verificado também pelas disposições de Carvalho (2010, p. 262)*:*

> *Com a independência em 1822, a concentração de terras se agravou. No período, os conflitos não envolviam trabalhadores rurais, uma vez que quase todos eram escravizados. As disputas pelas terras brasileiras se deram sob a lei do mais forte, ao poder das armas dos grileiros. Em 1850, o Império editou a Lei de Terras, na tentativa de ordenar o campo e iniciar o controle do território nacional. Seu art.1 proibiu as aquisições de terras devolutas por outro meio que não fosse a compra. Ao impedir a ocupação de terras públicas e determinar que a aquisição de terras só*

> *pudesse se dar mediante pagamento em dinheiro, reforçou o poder dos latifundiários ao tornar ilegais as posses de pequenos produtores, excluindo do acesso à terra o grande contingente de escravos que seriam libertos em 1888. Apesar das esperanças geradas, nem a proclamação da República em 15.11.1889, nem a libertação dos escravos um pouco antes, em 13.05.1888, foram capazes de melhorar o perfil da distribuição de terras no país. Ao contrário, o poder político não só continuou nas mãos dos latifundiários, como foi reforçado na figura dos coronéis do interior e de seus currais eleitorais. Libertos, os escravos foram excluídos do acesso à terra pelas vias antes predominantes, pois a Lei de Terras vedou a aquisição de terras devolutas que não fosse por meio da compra. Sem dinheiro para comprar terras, o grande contingente de escravos libertos constituiu o exército de mão de obra barata para a agricultura e indústria.*

Já na fase Republicana a estrutura fundiária não sofreu alteração quanto ao direito de propriedade *(*ROCHA *et al*, 2010, 66), ou seja, na vigência da Carta de 1891 *o poder político continuou nas mãos dos latifundiários. Desde as capitanias hereditárias até os latifúndios modernos, a estrutura fundiária vem sendo mantida praticamente inalterada* (COSTA, 2012, p. 24).

> *Na República Velha (1889 e 1930), imensas áreas foram incorporadas ao processo produtivo, e os imigrantes europeus e japoneses passaram a exercer papel relevante na agricultura nacional* (CARVALHO, 2010, p. 262).

Cabe lembrar, nessa época foi promulgado o Código Civil de 1916, que não trouxe disposições estritas à questão agrária, ainda que alguns institutos tenham sido estabelecidos, tais como, usucapião, direito de vizinhança etc (ROCHA *et al*, 2010, 66), entendimento que é ratificado nos estudos de Costa (2012, p. 26):

> *Reverberando a sempre intangibilidade e quase "imaculado" direito de propriedade, em 1916 foi promulgado o Código Civil de caráter individualista, privatista e sucessório. Graças a este direito de sucessão, as propriedades foram sendo divididas em propriedades menores, entretanto sem perder o caráter monocultor. Isto perdurou até a década de 1960.*

Os fatos que seguiram nas décadas de 50 e 60 demonstravam que o latifúndio no Brasil passava por uma arraigada crise, haviam aflorado organizações sociais e movimentos reivindicando reformas sociais, especialmente a reforma agrária, inspiradas pelas *ideias comunistas* (ROCHA *et al*, 2010, p. 66-67).

Nesse contexto, a questão fundiária começou a ser debatida pela sociedade e tida como um obstáculo ao desenvolvimento do país, quando as reformas de base passaram a ser consideradas pelo governo a fim de buscar o desenvolvimento econômico e social do país (COSTA, 2012, p. 26).

Por todo o exposto até o momento, parece realmente acertada a conclusão acerca da política fundiária no Brasil revelada por José Juliano de Carvalho Filho (1997, p. 28), quando diz:

> *Desde o período colonial até o início dos anos 60 do século atual, não havia política fundiária no Brasil. Enquanto outros países, entre os quais os Estados Unidos, resolveram de alguma forma as suas questões agrárias, o Brasil permaneceu sem enfrentar esse problema, de grande importância para o seu futuro como Nação soberana, democrática e desenvolvida tanto no campo social, como no econômico. A questão da terra chegou a ser discutida no país por ocasião da Lei de Terras de 1850 e na Campanha Abolicionista, contudo, prevaleceram os interesses do latifúndio*.

1.4 ESTATUTO DA TERRA

Foi quando, em meio ao regime militar (1964-1984), promulgou-se a Lei 4.504/1964, *dando o primeiro passo para a realização da reforma agrária no país* (CARVALHO, 2010, p. 263), o qual visava equilibrar *as torsões e distorções sociais* por meio de *uma política agrícola fundiária e a tentativa de uma reforma agrária, combatendo tanto o latifúndio como o minifúndio, este último considerado fragmentação improdutiva da terra* (FERREIRA, 1998. p.113).

> *A criação do Estatuto da Terra e a promessa de uma reforma agrária foram as estratégias utilizadas pelos governantes para apaziguar os camponeses e tranquilizar os grandes proprietários de terra. [...]. Em vez de promover a reforma agrária, o capitalismo impulsionado pelo regime militar promoveu a modernização do latifúndio, por meio do crédito rural fortemente subsidiado e abundante. Assim, a política fundiária que marcou o período militar caracterizou-se pela não implantação da reforma agrária ordenada pelo Estatuto, que ficou apenas no papel* (COSTA, 2012, p. 28 e 31).

1.5 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Tendo em vista que no período militar as incursões por direitos relacionados à terra foram praticamente inexistentes, foi com a Constituição Federal de 1988, grande marco regulatório do período de redemocratização após o fim da ditadura militar no Brasil, que trouxe novos rumos normativos para a questão fundiária (COSTA, 2012, p. 31-32), vez que:

> [...]*consolidou a garantia dos direitos difusos, coletivos e das minorias, estabeleceu as bases da política fundiária, determinando a reforma agrária pela desapropriação das terras improdutivas e a sua distribuição aos agricultores sem terra, determinou a demarcação das terras indígenas e garantiu a proteção dos direitos dos índios e o usufruto exclusivo de suas terras, reconheceu o direito de*

> *propriedade das terras ocupadas por remanescentes das comunidades de quilombos, assim como solidificou a política ambiental, dispondo sobre a criação de unidades de conservação da natureza e a proteção da biodiversidade. Relativizou o direito de propriedade rural, sujeitando-o ao cumprimento da função social, e criou hipóteses de extinção do domínio e da posse* (MIRANDA, 2010, p. 211).

Todo caso, a análise dos antigos governos já sob vigência da Constituição Federal de 1998, realizada por Edson Ferreira de Carvalho (2010, p. 265-266), demonstra que:

> *Sucessivos governos adotaram diferentes políticas diante do problema. O governo Collor o ignorou. O governo Itamar fez muito pouco. O governo do presidente Fernando Henrique Cardoso, contando com significativa maioria parlamentar e sob pressão da sociedade, decidiu fazer da reforma agrária uma das prioridades de seu Governo, firmando compromisso de assentar milhares de famílias. No seu governo, a reforma agrária foi vinculada diretamente à Presidência da República com a criação, em 29 de abril de 1996, do Ministério Extraordinário de Política Fundiária, ao qual se incorporou o INCRA. Em 2003 o Governo Lula elaborou o II Plano Nacional de Reforma Agrária, prometendo qualificar a reforma agrária e assentar 400000 famílias.*

Portanto, ainda que existam raízes consolidadas para a concretização de uma política pública fundiária, porque há respaldo constitucional e também decorrente da existência de várias normas infraconstitucionais regulando os vários sujeitos da política pública (MIRANDA, 2010, p. 211), em consonância com o perfil de um Estado Social e Democrático de Direito, abarcando também por meio da força dos *grupos de pressão* as minorias, como os indígenas, camponeses, quilombolas, povos e comunidades tradicionais (SANSON, 2013, p. 118-124). Numa perspectiva, ainda que, no caso, o clímax da expressão normativa afirmativa dos direitos correlatos à dignidade humana não tenha acontecido ainda, fato é que não tem havido a transcendência da política fundiária para o mundo da vida nem ao menos do que já está certo (MIRANDA, 2010, p. 211-222).

Isso pode ser justificado pelos efeitos da influência excessiva do modelo de produção capitalista, o qual foi escolhido para a economia e que se alastrou no espaço agrícola, endossando a herança colonial de concentração de terras, o que é explicitado abaixo por Carvalho (2010, p. 258):

> *Atualmente, identifica-se na transformação do latifúndio em grande empresa capitalista (agrobusiness) a responsabilidade pela manutenção da estrutura fundiária concentrada. O mercado externo e as demandas da indústria nacional passaram a definir o perfil da agricultura brasileira, baseada largamente no uso de insumos químicos (adubos e agrotóxicos) e na mecanização, impulsionados por incentivos fiscais, subsídios e crédito farto, excluindo a maioria das pequenas e médias propriedades do processo de desenvolvimento. A questão da reforma agrária continua atual no Brasil. De um lado é combatida por determinados segmentos sociais, especialmente grandes proprietários rurais e ambientalistas e,*

> *de outro, é impulsionada por pressões sociais dos movimentos organizados dos trabalhadores sem-terra. No meio do conflito, o governo tenta agradar a gregos e troianos, buscando modificar a estrutura fundiária brasileira por meio da desapropriação e redistribuição de terras.*

Por outro lado, não há comprometimento e inclinação administrativa, legislativa, judiciária e do executivo para a resolução das questões atreladas à terra, havendo dependência da vontade política dos detentores do poder, o que corrobora para a insistência da existência do conflito fundiário, que se intensificam com as disparidades sociais (FERNANDES *et al*, 2012, p.45).

> *[...]o governo toma posições a favor do agronegócio, devido a predominância do paradigma do capitalismo agrário nos ministérios e a pressão agressiva do poderoso setor da agricultura convencional* (FERNANDES *et al*, 2012, p.8).

Em vista disso, o resultado da política fundiária atual torna-se excludente, ora que permeada por uma política fundada em ideais capitalistas (ALBUQUERQUE *et al*, 2004, p. 81-88), deixando pessoas à margem da abrangência das *percepções de direitos de igualdade, por meio da solidariedade social que deveriam advir de um Estado Social e Democrático de Direito* (SANSON, 2013, p. 112), o que nos revela que a política fundiária adequada ocorreria por meio da distribuição ou redistribuição da terra agregada das medidas e providências correlatas a possibilitar a permanência do sujeito da política pública na terra, para que não ocorra novo fomento à concentração fundiária, resultando na ineficiência das ações do Estado frente ao vetor do conflito fundiário (CARVALHO, 2010, p. 290 -292).

Oportunamente, acerca da postura que se tem obtido do governo frente aos problemas inerentes à questão da terra, é no mínimo esclarecedora as informações relativas ao desequilíbrio entre a política governamental e a realidade social expressado no texto de Carvalho Filho (1997, p. 33) citando Maria da Conceição Tavares (TAVARES, 1997, p. 2 -4):

> *Esse divórcio entre os interesses populares e as prioridades do governo explica por que o presidente afirmou (antes da chegada da marcha dos sem terra a Brasília) que 'o problema da terra, tão antigo quanto o País, não poderá ser resolvido por um governo. Talvez por uma geração'. Obviamente, ninguém pretende que os 3 ou 4 milhões de famílias sem-terra sejam assentados em um ou dois anos; mas é claro que o ritmo estabelecido pelo governo é totalmente insuficiente, pois requereria quase meio século para absorver a atual população dos 'sem–terra', na hipótese remota que essa conseguisse sobreviver a tão longa espera". O governo garante que as metas da política fundiária estão sendo atingidas, todavia, pouco mudou. Enquanto isso, a tensão social no campo cresce, pois a UDR (e outras instituições do gênero) se reorganiza e a ocorrência de conflitos graves torna-se mais do que provável.*

A partir dessa demonstração de postura política, fica clara a persistência da ausência de interesse no sentido de tornar realidade a política pública fundiária na contemporaneidade, ora que *o Estado cria e implanta políticas para o reconhecimento e desenvolvimento dos territórios camponeses somente sob pressão popular* (FERNANDES *et al*, 2012, p.8), exemplo típico disso é a criação do MDA(Ministério do Desenvolvimento Agrário) no ano 2000, que foi motivada pela longa luta política desencadeada pelo massacre de trabalhadores sem-terra em Eldorado dos Carajás/PA, no ano de 1996 (FERNANDES *et al*, 2012, p.35).

> *Fatos muitos parecidos ocorreram por ocasião do massacre de Corumbiara, dos assassinatos de Chico Mendes e do Padre Josimo (hoje nome de assentamento) e, mais recentemente, coma marcha dos trabalhadores rurais sem-terra para Brasília. As medidas governamentais atuais podem ser vistas como consequência da importância política assumida pela marcha (CARVALHO FILHO, 1997, p. 28).*

Tendo realizada a exposição sobre os acontecimentos históricos que levaram ao estado atual socioeconômico do homem em relação à terra, parece possível constatar que o sujeito da política agrícola não pode ser apenas os mais apessoados do ponto de vista econômico-social-político, a fim de corroborar com a herança cultural da política de ocupação do passado, mas precisa estar aberta às demandas de toda à sociedade, quando há consideração das minorias, por consequência dos ditames de um Estado Democrático de Direito, porque, em caso contrário, haverá a continuidade do conflito fundiário, ou seja, da disputa pela terra: *de um lado, uma dimensão histórica, social, econômica, étnica e cultural; e de outro uma política e institucional* (SAUER; MARÉS, 2013. p.117-122).

2 A POLÍTICA FUNDIÁRIA ATUAL

As disposições referentes a direitos sociais contidos nas Constituições do México (1917) e de Weimar na Alemanha (1919) imersas sob conteúdos garantidores de *direitos fundamentais, liberdades públicas e os direitos individuais e coletivos*, ditaram os rumos para várias constituições (MIRANDA, 2010, p. 210), recaindo paulatinamente sobre as normas jurídicas referente ao direito de propriedade no Brasil.

Nesse esteio, a Lei 4.504/1964 (Estatuto da Terra) trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro aspecto de limitação da propriedade abarcando o valor socioambiental da terra para o ser humano por meio da inserção de dispositivo estabelecendo a necessidade de realizar a *função social da propriedade*, e com a Constituição Federal de 1988, que tem lastro nos

direitos fundamentais ensejadores de dignidade à pessoa humana, por consequência da escolha por implementar um Estado Democrático de Direito, houve a apropriação desse valor (MIRANDA, 2010, p. 212), o qual tornou-se o cerne do direito agrário, conforme vislumbrado por Souza Filho (2009, p. 509):

> *O Direito Agrário, tem, assim, como base fundante, a função social da propriedade, isto é, a luta jurídica pela implantação do princípio da Constituição de Weimar, "a propriedade obriga" e daquilo que a Constituição Mexicana chamou de subordinação da propriedade ao interesse comum. [...]. O ideal era assim, assentado na máxima "terra a quem trabalha" ou nenhum trabalhador sem terra e nenhuma terra sem trabalhador.*

Por conseguinte, a Constituição Federal de 1988 prevê sobre a necessidade de cumprimento da função social da propriedade, especificamente no artigo 186, o qual preceitua:

> *Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:*
> *I - aproveitamento racional e adequado;*
> *II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;*
> *III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;*
> *IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.*

Nesse contexto, as Políticas Públicas surgem como ferramentas do Estado Democrático de Direito, pautado também em direitos de terceira geração (solidariedade), modelo adotado pela Constituição brasileira de 1998, para que os objetivos do Estado, dispostos no artigo 3º dessa carta magna, sejam realizados, sendo, portanto, *importantes instrumentos para a concretização dos Direitos Fundamentais* (SMANIO, 2013, p. 12).

Isto se justifica, porque não basta a previsão constitucional acerca de direitos e instrumentos propiciadores de dignidade da pessoa humana, há necessidade de *uma atuação eficaz dos poderes e órgãos do Estado, bem como de um trabalho eficiente do governo* para que os direitos transponham a abstração normativa e tornem-se parte do mundo da vida (SMANIO, 2013, p. 3).

3 DEFINIÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA FUNDIÁRIA

No intuito de perseguir a concretude da ideia sobre o tema, necessário faz-se responder: o que seriam políticas públicas? Essa resposta é facilitada por disposições de Maria Paula Dallari Bucci (1997, p. 91):

> *As Políticas públicas, isto é, a coordenação dos meios à disposição do Estado, harmonizando as atividades estatais e privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.*

Desse modo, pode-se desprender que política pública não se faz restritamente com a força da Lei, ainda que esta represente juridicamente aquela, porque a sua efetividade é apenas alcançada a partir da concatenação de elementos e etapas realizadas pelo legislativo, executivo e judiciário, sendo *preciso que exista a combinação de um conjunto extremamente heterogêneo de medidas do ponto de vista jurídico, administrativo, financeiro etc* (DUARTE, 2013, p. 19), o que também é objeto de esclarecimento por Smanio (SMANIO, 2013, p. 9), que no mesmo sentido expõe:

> *[...] parece certo é que as Políticas Públicas se referem a institutos diversos, com incidência em várias áreas do conhecimento e da atuação humana, não podendo ser esgotadas por uma única via ou único sistema.*

Nessa mesma perspectiva, Duarte (2013, p. 18) menciona as políticas públicas como *uma série de estratégias para fomentar o uso racional dos meios e recursos postos à disposição dos Poderes Públicos para desempenhar as tarefas próprias do Estado Social de Direito*, o que nos remete ao entendimento de que para existir política qualificada como pública, precisa existir instituição governamental que a adote.

Luiz Almeida de Miranda (2010, p. 209) contribui para a referida definição, explicitando que *a política pública, para ser assim considerada, deve ser imposta a todos os membros da sociedade por quem detenha o já mencionado poder político.*

Rememorando o entendimento de Smanio (2013, p. 10) *as políticas públicas pressupõem as relações do Estado com a sociedade, pois que a via da participação dos cidadãos deve ser o método a ser buscado, tanto para sua formulação, quanto para a sua execução*, o que coaduna com os pressupostos de um Estado Democrático de Direito.

Sanson (2013, p. 125) citando Leonardo Secchi (2010, p. 02) aduz políticas públicas como:

> *[..] diretrizes elaboradas para arrostar problema coletivamente relevante, possuindo como elementos a intencionalidade pública e a resposta a um problema público, devendo ser analisadas por uma abordagem multicêntrica, cujo foco não é*

> *ente emanador da "policy", mas a natureza do obstáculo a ser superado, razão pela qual não apenas os agentes estatais são protagonistas no estabelecimento das políticas públicas, mas também organizações privadas, organizações não governamentais e organismos multilaterais.*

Desse modo, política pública *consiste nas orientações que determinado Estado adota em relação aos assuntos de interesse comum*, temos, v.g., a política econômica, referindo-se aos assuntos relacionados às finanças; política educacional, referente à educação; e a política fundiária que trata da ocupação rural da terra (MIRANDA, 2010, p. 209).

Na expressão de Sanson (2013, p. 140):

> *A compreensão das "políticas públicas" impõe uma análise multidisciplinar do tema, uma vez que engloba processos concomitantes inter-relacionados, e não pode ocorrer apenas sob âmbito administrativo-governamental, uma vez que o Estado, a despeito de ser condutor dos ciclos formadores da "policy", não é ator exclusivo na sua realização, impondo, assim, uma interação constante com os destinatários de tais medidas, possibilitando, por seguinte, uma abertura da estrutura estatal a influxos da sociedade civil organizada, recordando-se que não pode substituir na realidade hodierna uma separação estanque entre Estado-sociedade presente no modelo liberal. Outrossim em virtude da própria "socialização do Estado" também não é possível entender a cidadania sob os cânones do pensamento moderno, portanto, não extensível à população como um todo, com sua seara particular protegida da intervenção do Estado e a participação política restrita à escolha de representantes, devendo-se transmudá-la para uma noção atrelada ao ideal de solidariedade, permitindo, pois, uma participação ativa dos cidadãos nas instituições públicas.*

Nesse ponto, após breve disposição acerca de política pública, no intuito de situar o leitor sobre este instrumento para que a concretização dos objetivos do estado seja viabilizado, o qual segundo preceito de solidariedade adstrito à essência do Estado Democrático de Direito, deve-se visar os interesses de todos e para todos, e tendo em vista que a política pública versará sobre diversos assuntos, ora que não são poucos os problemas a serem contornados, resta apontar acerca do objeto da política (pública) fundiária. Para tanto, vejamos a definição disposta por Ferreira *et al* (1998, p. 157):

> *A política agrária é o conjunto de princípios fundamentais e de regras disciplinadoras do desenvolvimento do setor agrícola. Deve levar em conta o elemento humano para a sua valorização, pois o homem é o ponto central do processo agrícola, bem como o solo, fator importante da produção, associados ao trabalho, à tecnologia, ao capital, ao espírito e à criatividade do empresário dentro de determinados ciclos de produção agrícola. [...]. A política fundiária, por sua vez, difere da política agrícola; é um capítulo da política agrícola, uma parte especial desta, tendo em vista o disciplinamento da posse da terra e seu uso adequado. A política fundiária deve visar e promover o acesso à terra daqueles que saibam e produzir, dentro de uma sistemática moderna, especializada e profissionalizada. A terra tem uma função social, que é justamente a produção agrícola para alimentar a população humana e a sociedade urbanizada.*

As disposições contidas na dissertação de mestrado de Costa (2012, p. 90-91) colaboram para esclarecer o objeto da política fundiária:

> *A política fundiária no meio rural compreende regularização do domínio e da posse territorial, com o objetivo de promover e disciplinar o acesso à terra para quem produz, dentro de uma sistemática moderna de produção voltada para o progresso socioeconômico, que permite a autonomia produtiva eficaz, indispensável para o desenvolvimento do país. O surgimento da política fundiária se insere na temática do desenvolvimento rural integrado e sustentado, como um conjunto de ações que permeiam os conflitos e tensões sociais no campo, dentro do contexto de ações preocupadas com o desenvolvimento da produção, do bem estar social com vistas a manter o crescimento econômico constante, ligado direta ou indiretamente à exploração e utilização dos recursos naturais nos diversos ramos de sua atividade agropecuária.[...] Deste modo, a reestruturação fundiária está em sintonia com os princípios garantidores da efetivação da reforma agrária, não se desvinculando da garantia de justiça social, conforme o artigo 16 do Estatuto da Terra (Lei 4.504/64).*

Por fim, traz-se a contribuição de Miranda (2010, p. 209), no qual explica que a política pública fundiária tem por base o conjunto de normas jurídicas, cujo objetivo é estabelecer direitos e obrigações na relação do homem com a terra.

Nessa linha de raciocínio, parece que a política fundiária, que está fundada precipuamente na Constituição Federal de 1988 (Título VII, Capítulo III, artigos 184 a 191), devendo se direcionar ao interesse coletivo e que, para tanto, utiliza-se da premissa de cumprimento da *função social da propriedade* para permanecer na direção do interesse público, possui o condão de propiciar o acesso à terra às pessoas com perfil agrário, o que é obstado pela ausência de distribuição justa de terras.

Nesse ínterim, surge a reforma agrária, na tentativa de solucionar impasses na seara campesina, como instrumento para a realização da distribuição de terras no Brasil, nos quais os seus efeitos seriam *a ocupação soberana e equilibrada do território, a promoção da geração de empregos e renda, a garantia da segurança alimentar, a preservação do meio ambiente e o desenvolvimento regional* (COSTA, 2012, p. 91).

4 PERSPECTIVAS DA POLÍTICA PÚBLICA FUNDIÁRIA

As disposições trazidas até o momento coadunadas ao posicionamento disposto no Relatório, sob coordenação de Sergio Sauer e Carlos Frederico Marés (SAUER; MARÉS, 2013, p. 02), possibilitam constatar que, historicamente, as políticas públicas fundiárias do Estado brasileiro não satisfizeram as demandas por democratização do acesso à terra, em que pese tenham sido obtidos importantes avanços na criação de novos projetos de assentamentos

de reforma agrária, criação de unidades de conservação, demarcação das terras indígenas, titulação de territórios quilombolas.

Isto se justifica porque, como corolário da nova ordem, há na vigente política fundiária disposição referente a direitos difusos, coletivos e das minorias. Assim, nessa perspectiva o âmbito da política fundiária atual abarca os seguintes sujeitos: os camponeses, que almejam a efetivação da reforma agrária por ocasião do conteúdo dos artigos 1º, III e IV; 3º, I e III; 5º caput e XXIII; 170, III e VII; 184 e 186 da Constituição Federal de 1988; os indígenas, buscando a demarcação de seus territórios alicerçam-se nos artigos 1º, III e IV; 3º, I, III e IV; 5º, XI; 170, VI e VII; 215, §1º; 216, II; 231 e 232, todos da Constituição Federal de 1988; os quilombolas, perseguindo a titulação de seus territórios, consubstanciado no conteúdo dos artigos 1º, III e IV; 3º, I, III e IV; 170, VII; 215, §1º e 216, II da Constituição Federal de 1988; os povos e comunidades tradicionais, que visam a regularização dos direitos territoriais, sociais, ambientais, econômicos e culturais, os quais possuem direitos previstos no texto constitucional nos artigos 1º, III e IV; 3º, I, III e IV; 170,III, VI e VII; 186, II e IV; 215, §1º;. 216, II (por analogia); 231; t, 68, ADCT (c.f. Decreto 6.040/2007) (SAUER; MARÉS, 2013, p. 120). Mas, também abarca o meio ambiente, por ocasião do conteúdo do artigo 225, da Constituição Federal de 1988, que institui política de preservação do meio ambiente (SAUER; MARÉS, 2013, p. 120).

Todo caso, é fato que ainda que exista um arcabouço normativo reunindo à política pública fundiária afirmação de direitos sobre a terra de diferentes sujeitos e exista no âmbito dessa política proteção aos direitos de meio ambiente saudável e equilibrado, acontece que a questão econômica tem interferido drasticamente na seara fundiária, de tal forma que a possibilidade de democratização do acesso à terra é obstaculizada pela apropriação de um modelo de produção e ocupação da terra individualista, o que é explicitado abaixo:

> *O desenvolvimento do capitalismo no campo brasileiro, desde o latifúndio ao agronegócio, ocorre à base do continuo processo de expropriação e exploração de povos tradicionais como os indígenas, quilombolas, ribeirinhos, seringueiros, babaçueiros, pantaneiros, caiçaras, jangadeiros, pescadores artesanais, sertanejos, camponeses, entre outros. Esses povos são chamados de tradicionais, mas não com a conotação de povos sem mobilidade histórica ou atraso tecnológico e econômico. São chamados de tradicionais porque todas as mudanças e modernização não foram suficientes para muda-los, no que diz respeito a suas culturas e relação com a natureza. [...]. Esse modelo de desenvolvimento da agricultura que passa a preconizar um maior rendimento da exploração agrícola é responsável por graves impactos sociais e ambientais* (FERNANDES *et al*, 2012, p. 45-46).

Tendo isso em vista, José Eli da Veiga (1991, p. 62 -63), em estudo acerca do não favorecimento social pela manutenção de uma estrutura fundiária baseada na agricultura patronal, reverbera:

> *Com base na experiência histórica dos países de Primeiro Mundo, deve-se pensar a passagem da economia brasileira para uma fase socialmente articulada de desenvolvimento que dificilmente poderá prescindir de um conjunto de políticas públicas que venha a fortalecer, aqui também a agricultura familiar. E este é o argumento central deste artigo: a necessidade de favorecer o desenvolvimento da agricultura familiar no Brasil. E é esse objetivo estratégico que dá sentido à reforma agrária. Precisamos de uma reforma agrária. Precisamos de uma reforma agraria que desafogue os minifundistas oferecendo-lhes a oportunidade de se tornarem agricultores familiares viáveis; uma reforma agrária que transforme arrendatários em proprietários; uma reforma agrária que ofereça terra aos filhos dos pequenos proprietários; enfim, uma reforma agrária cuja diretriz central seja o fomento e o apoio a nossa agricultura familiar. Isso só será possível, evidentemente, se a política agrícola deixar de favorecer escandalosamente o segmento patronal da agropecuária brasileira, que ganhou muita força nos últimos vinte anos devido ao apego de nossas elites ao modelo pré-fordista de crescimento.*

Diante do contexto de complexidade dos pressupostos que concorrem para a efetivação de uma política pública aos auspícios de um Estado Social e Democrático de Direito, nota-se que o grande desafio é fazer com que a atuação do Estado volte-se para a garantia e ampliação dos direitos fundamentais (DUARTE, 2013, p. 40), perspectiva essa que daria substância aos ditames constitucionais inerentes às minorias para que emergissem da construção abstrata para o mundo da vida, no qual Duarte (2013, p. 30 e 40) contribui para a temática:

> *O fato é que no âmbito do estado Social e Democrático de Direito, o que se exige, como já destacado, é a ação coordenada dos Poderes Públicos em prol da efetivação dos direitos, destacando-se ainda, a atuação da sociedade civil, que deve assumir uma postura ativa não apenas no processo de elaboração das políticas públicas – por meio de sua presença em Conselhos de direitos, audiências públicas, além da iniciativas referentes ao chamado "orçamento participativo" – como também nas instâncias de fiscalização e controle, o que pode ocorrer, justamente, por meio da propositura de ações judiciais. [...] Um aspecto urgente para melhorar essa situação diz respeito à adoção de um sistema de indicadores técnico-científicos capazes de mensurar os avanços e retrocessos na aplicação dos direitos sociais, conforme recomendação da Conferência de Direitos Humanos de Viena, ocorrida em 1993. Este é um exemplo que permite julgar, segundo parâmetros objetivos, a progressividade de sua implementação dos direitos fundamentais.*

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pôde-se absorver que, por regra, as manifestações normativas de contexto fundiário do passado inerentes ao Brasil não possibilitaram perspectivas de democratização da

terra, mas o endosso de um perfil de política fundiária excludente calcado no individualismo, anseios mercantis e mais tarde em ideais liberais, o que resultou em conflitos.

Não obstante isso, ocorre que as influências estrangeiras, além da nova forma individualista de ocupação da terra, possibilitaram à seara brasileira a valorização de direitos de solidariedade propiciadores de normas Constitucionais que afirmariam os direitos das minorias resultantes da aplicação de política fundiária até então excludente, o que está inserido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Todo caso, ainda que hipoteticamente tenhamos o campo fértil para desenvolvimento de política pública, afinal, trata-se de período em que vige um Estado Democrático de Direito, é acertado concluir que a normativa mais recente também não tem conseguido efetivar a política fundiária como pública, por um lado, talvez porque a percepção de que temos perspectivas, e não uma perspectiva, ainda é ingênua, embotada e não foi abarcada, o que parece justificar o fato de que quase sempre não se consegue deixar apreender e vincular a percepção de pública às políticas, de modo a compreender os anseios e necessidades daqueles que não possuem ou têm o seu acesso à terra ameaçado.

De outro lado, em sentido alargado, se o que está positivado não reflete as perspectivas de acesso à terra, no aporte do que se tem positivado, observa-se a mínima ação no sentido de efetivar as disposições disparadas pela Constituição, principalmente por meio de ações concatenadas dos três poderes, mas também de cunho financeiro, econômico, educacional etc, a fim de resultar em política fundiária realmente pública, a qual é negligenciada e , quiçá, quando é realizada, ocorre por corolário de reação após ações violentas.

Assim, mesmo que de forma deveras aquém do ideal democrático exista arcabouço normativo referente à povos indígenas, quilombolas, camponeses, povos e comunidades tradicionais, para a preservação e defesa do meio ambiente saudável para a fruição da presente geração e para as futuras, essas normas são imbuídas de um entrave imediato que é a ausência da realização dos direitos hoje reconhecidos, traduzindo a situação atual como deficitária frente ao dever –ser e deveras distante do que seria necessário, por força de uma agremiação a perspectivas capitalistas em sopesar da coletividade.

Por fim, sem sair da percepção ensimesmada de direito e constituição, ainda que talvez não seja o ideal, mas um tanto mais próximo desse do que encontra-se as disposições acima, parece acertado partir-se da dignidade, mesmo que inicialmente como o da pessoa humana, até mesmo de cidadão, portanto, mais restritiva, e sob o condão do preceito da

solidariedade porque adstrito à essência do Estado Democrático de Direito, fundamentando-se nos interesses de todos e para todos, para alcançar a perspectiva da política fundiária como pública.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE ,Francisco José Batista de; COELHO, Jorge Artur Peçanha de Miranda; VASCONCELOS, Tatiana Cristina. **As políticas públicas e os projetos de assentamento**. In: Estudos de Psicologia 2004, 9(1), p. 81-88. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/epsic/v9n1/22384.pdf Acesso em: 26 jun 2014.

ALBUQUERQUE, Marcus C. Cavalcanti de. **Estrutura fundiária e reforma agrária no Brasil.** Revista de Economia Política, vol 7,n. 3, jul/set/1987. Disponível em: < https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=df0a4d7802&view=att&th=146ddfb741565341&attid=0.2&disp=inline&safe=1&zw&saduie=AG9B_P8U9VxhdKjr3Fwy_q3rRr4R&sadet=1403893125561&sads=vUDJGIvuFHySGe3fcGtw9H_1Gr8> Acesso em: 26 jun 2014.

ASSUNÇÂO. Lutero Xavier. ***Direito Fundiário Brasileiro: ensaio, legislação rural e urbana, parcelamento do solo, registro.*** Bauru, SP: Edipro, 2008.

ARAUJO, Luiz Ernani Bonesso de. **A questão fundiária na ordem social.** Dissertação, 1984. Disponível em: < https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106227/321100.pdf?sequence=1> Acesso em: 25 jun 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Políticas públicas e o direito administrativo.** In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 34, n. 133, jan/mar 1997.

CARVALHO, Edson Ferreira de. **Manual didático de direito agrário.** Curitiba: Juruá, 2010, p.262

CARVALHO FILHO, José Juliano de. **Política fundiária oportunidades perdidas, revolução cultural e lampedusa.** Disponível em: <http://produtos.seade.gov.br/produtos/spp/v11n02/v11n02_03.pdf> Acesso em: 20 jun 2014.

COSTA, Alfredo Pereira da. **Agência Nacional de Política Fundiária: alternativa para a efetividade da função social da propriedade privada rural** (Dissertação de Mestrado). Marília: UNIMAR, 2012, 181 f.

DUARTE, Clarice Seixas. **O ciclo das políticas públicas.** In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (orgs). O Direito e as políticas públicas no Brasil. São Paulo: Atlas, 2013.

FERNANDES, Bernardo Mançano; GONÇALVES ,Elienai Constantino WELCH, Clifford Andrew (Org). **Políticas fundiárias no Brasil- Uma análise geo-histórica da governança da terra no Brasil**. Disponível em: http://www.landcoalition.org/sites/default/files/publication/1372/FramingtheDebateBrazil_Portuguese.pdf Acesso em: 20 jun 2014.

FERREIRA, Pinto. **Curso de direito agrário.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MIRANDA, Alcir Gursen de. **Direito constitucional agrário brasileiro: delimitação da matéria.** In: BARROSO, Lucas Abreu; MANIGLIA, Elisabete, MIRANDA, Alcir Gursen de (cood.). *A Lei agrária nova.* Curitiba: Juruá, 2009. vol. 2., p.14

MIRANDA, Luiz Almeida. **Política fundiária no ordenamento jurídico agrário.** Disponível em: < https://mail-attachment.googleusercontent.com/attachment/u/0/?ui=2&ik=df0a4d7802&view=att&th=146ddfb741565341&attid=0.6&disp=inline&safe=1&zw&saduie=AG9B_P8U9VxhdKjr3Fwy_q3rRr4R&sadet=1403893129003&sads=-jQM9BHo-dZrhejMMGgvDlvRJ7Q > Acesso em: 26 jun 2014.

ROCHA, Ibraim; TRECCANI, Girolamo Domenico; BENATTI, José Heder; HABER, Lilian Mendes; CHAVES, Rogério Arthur Friza. **Manual de direito agrário constitucional: lições de direito agroambiental.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SANSON, Alexandre. **Os grupos de pressão e a consecução de políticas públicas.** In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (orgs). O Direito e as políticas públicas no Brasil. São Paulo: Atlas, 2013.

SAUER, Sérgio; MARÉS, Carlos Frederico (Coord).**Casos emblemáticos e experiências de mediação: análise para uma cultura institucional de soluções alternativas de conflitos fundiários rurais.** Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2013. 155 p. – (Diálogos sobre a Justiça). Disponível em: < http://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Pesquisa-Conflitos-Fundi%C3%A1rios-Agr%C3%A1rios-Terra-de-Direitos.pdf> Acesso em: 07 de jul de 2014.

SECCHI, Leonardo. **Políticas públicas: conceito, esquemas de análises e casos práticos.** São Paulo: CengageLearning, 2010.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legitimidade jurídica das políticas públicas: a efetivação da cidadania.** In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (orgs). O Direito e as políticas públicas no Brasil. São Paulo: Atlas, 2013

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés.de. LARANJEIRA, Raymundo (Coord). **Direito agrário brasileiro.** São Paulo: LTR, 1999.

TAVARES, M. da C. **"A questão agrária"**. Folha de São Paulo. São Paulo,27/04/97.

VEIGA, José de Eli da. **Fundamentos do Agro-reformismo.** In: Revista Lua Nova, n. 23, 1991. Disponível em:< http://www.scielo.br/pdf/ln/n23/a04n23.pdf> Acesso em: 17 de jul de 2014.

RECEBIDO EM: 17/02/2015
APROVADO EM: 02/02/2016

O INSTITUTO DA SUSPENSÃO E EXPULSÃO DE ESTADOS-MEMBROS NOS TERMOS DA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

THE INSTITUTE OF SUSPENSION AND EXPULSION OF THE MEMBER STATES IN ACCORDANCE WITH THE CHARTER OF THE UNITED NATIONS

Valéria R. Zanette*

RESUMO: Como a organização universal mais ponderosa na história da humanidade, a Organização das Nações Unidas criou os institutos da suspensão e expulsão de seus Estados-membros no intuito de ter meios com os quais possa coibir/punir os desmandos cometidos pelos seus. O fato é que, em dados momentos da história esses institutos estiveram na iminência de serem utilizados, mas nunca o foram. No entanto, acontecimentos na atualidade denotam a importância de entender e saber quando é possível e necessário que um Estado-membro seja suspenso ou mesmo expulso.

Palavras-chave: Organização das Nações Unidas; suspensão; expulsão; Estados-membros,

ABSTRACT: As a universal organization the most powerful in human history, the United Nations created the suspension and expulsion institutes of its Member States in order to have the means with which to curb / punish abuses committed by its them. The fact is that in times history data such institutes were about to be used , but never were. However, some events today show the importance of understanding and knowing when it is possible and necessary for a Member State may be suspended or even expulsed.

Keywords: United Nations Organization; suspension; expulsion; Member states

INTRODUÇÃO

* Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra (início em 2013), Mestre em Direito Internacional Público pela Universidade de Lisboa (2010), pós-graduada em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (2008), especialista em Direito Internacional pela Universidade de Lisboa (2007), Conteudista na UNISUL. Professora nas Faculdades: ESUCRI (Criciuma), IES (Unidade São José) e FASC (unidade São José). Contato: vazanette7@hotmail.com

Os institutos da suspensão e expulsão sempre caminharam lado a lado junto às Nações Unidas. Desde a elaboração da Carta até o estudo de casos práticos, os institutos são analisados conjuntamente, ou seja, são bastante interligados.

Historicamente falando, pode-se afirmar que o instituto da expulsão fora inspirado na Liga das Nações, já que constava tal determinação em seu art. 16 (4). Já o instituto da suspensão, fora implantado na Carta das Nações Unidas, também inspirado na Liga das Nações, mas não pelo fato de lá constar e sim pelas conseqüências negativas de sua ausência.

O objetivo deste trabalho é justamente analisar os caminhos que levam um Estado-membro a ser suspenso das Nações Unidas, e analisar desde os pré-requisitos até a possibilidade de seu restabelecimento na Organização.

O Instituto da Suspensão funciona como uma sanção adicional àquele Estado-membro que sofrera alguma ação preventiva ou coercitiva e mesmo assim não alterou sua postura frente às determinações da Organização.

Faz-se necessária a recomendação positiva por parte do Conselho de Segurança para que a Assembléia Geral possa votar, adentrando neste momento a questão do poder de veto por parte dos membros-permanentes.

Em sendo suspenso, cabe a análise de quais direitos e privilégios devem ser suspensos e quais seus efeitos junto à Organização, às Agências Especializadas e principalmente ao Tribunal Internacional de Justiça.

O membro suspenso pode vir a ser restabelecido se preencher os requisitos para tanto.

Quando da análise, do instituto da suspensão, faz-se imprescindível voltar-se também ao art. 19 da Carta que regulamenta uma "suspensão parcial", já que suspende o Estado-membro do direito de voto junto à Assembléia Geral (AG) em caso de inadimplência do pagamento de suas contribuições, sendo que dentro desta alçada a questão referente à África do Sul deve ser objeto de estudo.

Já adentrando no instituto da expulsão, os objetos de estudo aproximam-se dos referidos junto ao da suspensão. Eis que também se faz necessário o preenchimento de pré-requisitos para que possa ser aplicado e a partir daí segue até a possibilidade de readmissão.

Quando da expulsão de um Estado-membro, deve ter-se em mente, a todo o momento, tratar-se da sanção mais rigorosa aplicada pela Organização, ou seja, deverá ser determinada somente como última alternativa. Por esse motivo, entre seus pré-requisitos consta a necessidade de "persistência" no descumprimento dos "princípios da Carta", demonstrando que o Estado-membro, além de ir contra os princípios da Carta, ainda fez mais de uma vez.

A questão da recomendação e dos efeitos segue os moldes da suspensão; mas em se trata de uma readmissão ou uma admissão?

Como a cláusula de expulsão vai contra um dos princípios basilares da ONU enquanto organização internacional, como o da universalidade, sua funcionalidade acaba por entrar em contradição com os objetivos da própria Organização, devendo-se ponderar se efetivamente traz benefícios ou implanta a insegurança entre os Estados-membros.

Quanto aos casos práticos, a investigação limitou-se à África do Sul, por ter sido o Estado-membro mais próximo de sofrer suspensão ou até mesmo expulsão em decorrência de sua política do Apartheid.

É dentro destes aspectos que a investigação procederá, tratando da suspensão e da expulsão como institutos aplicáveis em casos de grave insubordinação por parte de qualquer Estado-membro para com a Organização, devendo ser cumprido todo um procedimento legal na busca de resoluções pacíficas, baseadas em determinações jurídicas e não em vontades políticas.

1 – BREVE ANÁLISE HISTóRICA DOS INSTITUTOS DA SUSPENSÃO E EXPULSÃO DE ESTADOS-MEMBROS

A Sociedade das Nações foi a precursora da ONU, tendo sido a base na formulação da Carta das Nações Unidas. Inquestionavelmente, houve uma grande evolução e muitos dos "problemas jurídicos" foram analisados e sanados, transformando a Carta num instrumento poderoso, com o intuito de garantir os objetivos da maior organização internacional já existente.

O instituto da expulsão constava no art. 16 (4)[28] do Pacto da Sociedade das Nações, onde determinada que o membro poderia ser expulso caso **violasse qualquer das obrigações** constantes no Pacto, não necessitando tratar-se somente daqueles de caráter fundamental, sendo possível até mesmo nos casos de atraso das contribuições. No entanto, era necessária a aprovação por unanimidade do Conselho.

---

[28] *"Art.16". Se um Membro da Sociedade recorrer à guerra, contrariamente aos compromissos tomados nos artigos 12,13 ou 15, será "ipso facto" considerado como tendo cometido um ato de beligerância contra todos os outros Membros da Sociedade. Estes se comprometerão a romper imediatamente com ele todas as relações comerciais ou financeiras, a interdizer todas as relações entre seus nacionais e os do Estado que rompeu o Pacto, e a fazer cessar todas as comunicações financeiras, comerciais ou pessoais entre os nacionais desse Estado e os de qualquer outro Estado, Membro ou não da Sociedade.*

...

Poderá ser excluído da Sociedade todo membro que se tiver tornado culpado de violação de um dos compromissos resultantes do Pacto. "A exclusão será pronunciada pelo voto de todos os outros membros da Sociedade representados no Conselho."

O instituto da suspensão não fora incluído no Pacto da Sociedade das Nações, acarretando algumas deficiências à Organização já que a expulsão deveria ser aplicada somente como "última alternativa". Dessa forma, não havia uma sanção intermediária que pudesse ser aplicada em casos não tão extremos.

Entre os problemas da ausência da "cláusula de suspensão" no Pacto diz respeito ao não pagamento das contribuições advindas dos Estados-membros. Ou seja, não havendo uma penalidade devidamente acordada entre as partes, a inadimplência tornava-se freqüente, agravando os problemas financeiros da Organização e prejudicando suas atuações.

O art. 16 (4) fora aplicado pela Liga das Nações em 16 de dezembro de 1939, contra a antiga URSS, por ter invadido a Finlândia. No entanto, as conseqüências no plano internacional não tiveram grande relevância pois a Liga já encontrava-se muito abalada em decorrência de sua ineficácia em coibir o início da Segunda Guerra Mundial.

Desde o início da Segunda Grande Guerra a Liga das Nações foi perdendo sua estabilidade e veio a ser dissolvida em 19 de abril de 1946, e muitas de suas funções foram transferidas para a Organização das Nações Unidas, a qual já se instituíra oficialmente em 24 de outubro de 1945, em São Francisco, por 51 países.

Quando da análise dos institutos da expulsão e suspensão na formulação da Carta das Nações Unidas, os Estados Unidos da América e a Inglaterra eram contra sua existência, pois primavam pelo "Princípio da Universalidade". No entanto, a URSS acreditava ser esta fundamental para disciplinar os Estados-membros. Mediante tal controvérsia, fora criado o "subcomitê sobre expulsão e suspensão", e em 25 de maio de 1945, estes recomendaram que fosse criada uma cláusula de suspensão mais severa e que a questão da expulsão de membros fosse omitida pela Carta.

Os Estados Unidos, cientes de que tal decisão desagradou muito a URSS e da importância deste Estado para a criação da Organização, reencaminhou a questão ao Comitê I/2, sendo este "recomendado" a acatar a cláusula de expulsão. Em 12 de junho de 1945 o Comitê adotou a cláusula de expulsão e, cinco dias depois, adotou a cláusula de suspensão, acarretando no que hoje preconizam os arts 5° e 6° da Carta e que passarão a ser analisados doravante[29].

2 – DA SUSPENSÃO

O artigo 5º da Carta trata do instituto da suspensão, *in verbis*: "*O membro das Nações Unidas contra o qual for levada a efeito qualquer ação preventiva ou coercitiva por parte do Conselho de*

[29] Importante ressaltar que a CVDT60 trata da possibilidade de suspensão, expulsão ou retirada de Estado-membro quando estas não estiverem previstas no Tratado, o que não se aplica às Nações Unidas no concernente à suspensão e expulsão já que estes vêm expressos nos artigos 5 e 6.

Segurança poderá ser suspenso do exercício dos direitos e privilégios de membro pela Assembléia Geral, mediante recomendação do Conselho de Segurança. O exercício desses direitos e privilégios poderá ser restabelecido pelo Conselho de Segurança".

2.1 – PRÉ-REQUISITOS PARA A SUSPENSÃO

2.1.1 – Ação Preventiva

Tanto a ação preventiva quanto a ação coercitiva não foram devidamente definidas na Carta das Nações Unidas, restando à doutrina preencher essa lacuna.

Quando da elaboração da Carta, o termo "*preventive action*" não ficou claro, dando a impressão de que este fora criado com o intuito de possibilitar o Conselho de Segurança (CS) a recomendar qualquer tipo de ações que tivessem o objetivo de prevenir alguma ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão (SIMMA, 2002).

Já as ações preventivas, mesmo diante de algumas controvérsias, podem ser entendidas como aquelas baseadas no art. 40 da Carta que vem compor o capítulo VII[30].

O art. 40[31] determina que o CS poderá, antes de fazer as recomendações ou decidir a respeito das medidas previstas no artigo 39, instar as partes interessadas a aceitar as medidas provisórias que lhe pareçam necessárias ou aconselháveis, ou seja, em verificada a existência de uma situação de risco, o CS iniciará por ordenar ações preventivas no intuito de paralisar os conflitos ou, na pior das hipóteses, evitar que a situação se agrave.

O CS pode proceder com as medidas preventivas mediante "recomendações" ou "ordens", determinando que o não cumprimento das medidas constitua ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, possibilitando assim a tomada de medidas coercitivas descritas do art. 39.

As medidas preventivas constantes no art. 40 têm caráter preliminar e emergencial em relação às outras medidas do Cap. VII e é por esse motivo que determina ao CS fazer recomendações antes de decidir quais medidas a serem tomadas pelo art. 39. No entanto, cabe ao CS analisar a seqüência de medidas ou recomendações a serem tomadas, tendo total liberdade para proceder da forma que acreditar ser mais conveniente naquele caso concreto, não deixando de lembrar que existem conflitos

[30] Neste sentido, MAGLIVERAS, Konstantinos D. – Exclusion from Participation in International Organisations, SSD, 1999, p.113.

[31] Quando se fala nas medidas preventivas advindas do art. 40, atualmente, trata-se de suspensão das hostilidades com o pedido de "cessar fogo" e a criação de zonas neutras em que possa haver o controle internacional.

que perduram por anos e, conseqüentemente, as medidas vão sendo tomadas de forma aleatória, em conformidade com o "caminho" que este segue[32].

Com base no art. 40, o CS também pode fazer um pedido direcionado a todos os Estados-membros das Nações Unidas, generalizado, buscando que estes colaborem "não agravando" a situação de determinado conflito, como ocorreu em 1971 no conflito Indo-Paquistanês (CONFORTI, 2000).

Para melhor entendimento dessas medidas passa a expor:

2.1.2 – Ação Coercitiva

Como já exposto anteriormente, a Carta não determinou quais são as medidas coercitivas que devem ser adotadas, no entanto, o art. 2° (7) da Carta, ao seu final, determina que "*não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do capítulo VII"*, o que se faz entender que, quando se trata de ações ou medidas coercitivas, estas estão junto ao Capítulo VII (KELSEN, 1950, p. 706).

O capítulo VII da Carta deve ser considerado como o mais importante quando da aplicação de medidas na defesa da paz e da segurança mundial pois nele constam todas as ações coercitivas que podem ser utilizadas pela Organização.

No mesmo sentido da determinação do art. 2° (7), quando da elaboração da Carta, estes foram claros ao indicarem que o termo "ação coercitiva" refere-se às medidas previstas nos artigos 41 e 42 (SIMMA, 2002).

Num sentido mais amplo, Kelsen acreditava que provavelmente as ações para prevenir ou suprimir uma quebra de paz devem ser utilizados os artigos 39, 41 e 42, sendo possível o artigo 5° também ser utilizado nos casos de ações coercitivas sobre o artigo 94 (2) para dar efeito a um julgamento junto ao Tribunal Internacional de Justiça (KELSEN, 1950).

A análise dos três principais artigos aplicáveis ao instituto da suspensão leva ao entendimento que: o art. 41 executa o que é autorizado pelo art. 39, mas não se utilizando do uso da forca; o art. 42,

[32] Como bem descreve Conforti: *"Likewise, the opinion must be rejected that provisional measures are an indispensable stage before passing to the measures in Article 41 and 42. The San Francisco Conference which drew up Article 40 (which does not appear in the Dumbarton Oaks proposals) unanimously agreed that neither provisional measures nor recommendations under Article 39 were to be considered as a necessary prerequisite to enforcement measures."* CONFORTI, Benedetto – The Law and Practice of the United Nations, Second Revised Edition, Kluwer Law International, 2000, p. 183.

que também vai executar o que foi autorizado no art. 39, tem caráter ampliado, já que possibilita o uso da força[33].

O art. 39 vem garantir poder ao CS de agir sempre que verificar uma ameaça à paz, rompimento da paz ou atos de agressão, dando certo poder discricionário ao órgão.

O art. 41[34], definitivamente, tem natureza de "sanção", pois leva o CS a impor medidas contra aqueles Estados que de alguma forma ameacem a paz, rompam com a paz ou pratiquem atos de agressão, não podendo decidir pelo uso da força. A lista de medidas varia de intensidade, partindo desde sanções diplomáticas até as mais duras sanções econômicas[35].

O art. 42 e os seguintes possibilitam ao CS utilizar a força armada contra aqueles Estados que ameacem a paz, rompam com a paz ou pratiquem atos de agressão, atuando também nas situações de jurisdição interna, lembrando que são nessas guerras civis onde se vislumbram as grandes afrontas aos direitos humanos, com graves conseqüências à população local.

É de suma importância entender que as ações enumeradas nos artigos 41 e 42 não são de caráter exaustivo, ou seja, não limitam o poder do CS eis que este tem liberdade para tomar a medida que entender ser mais favorável ao caso concreto, independente de estar determinada nos referidos artigos (GOODRICH, 1946). Levando-se em consideração a proporcionalidade entre o ato que fora cometido pelo Estado e a represália que será adotada (LIMA, 2000).

As medidas com o uso da força, bem como possibilita o art. 42, são "*legitimas*", a título de organizações internacionais, somente quando aplicadas pela ONU.

Na realidade, as medidas coercitivas são criadas pelas organizações internacionais no intuito de encorajar seus membros a seguirem seus princípios e normas e não somente no intuito de coibi-los. No entanto, deve-se estar ciente de que quando um ato passa com total tolerância, esta "tolerância", ao ser aplicada de forma repetida, pode tornar-se prática e conseqüentemente lei, fato pelo qual essas medidas devem ser aplicadas, sim, mas somente quando forem necessárias (GOLD *apud* SCHERMERS, 1980).

---

[33] "*This interpretation is also supported by de fact that this article is a special application of the general principles of Article 39, which empowers the Security Council to "decide what measures shall be taken in accordance with Article 41 and 42, to maintain or restore international peace and security."* (GOODRICH, 1946, p. 161).

[34] "*A primeira vez que o Conselho de Segurança se serviu do referido art. 41 foi na questão da Rodésia, através das Resoluções 217 (1965), 232 (1966), 253 (1968) e 277 (1970)".* (ANJINHO, 2001, p. 7).

[35] Entre as medidas mais utilizadas estão os embargos econômicos totais ou parciais, os embargos nos meios de comunicação aéreos, marítimos, ferroviários, postais, telégrafos ou qualquer outro tipo de comun icação e também o rompimento das relações diplomáticas.

O órgão competente para a aplicação das medidas coercitivas é o CS (KELSEN, 1951)[36], convalidando o art. 24 da Carta que determina este como o órgão responsável pela manutenção da paz e a segurança internacionais.

A Carta não descreve quando uma situação deve ser entendida como uma *"ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão",* ficando o CS livre para analisar os acontecimentos e então determinar se estes realmente se enquadram no sentido do art. 39. Também importante entender que o Conselho muitas vezes não tem tempo para fazer uma análise mais profunda de quem está certo ou errado nos conflitos, devendo cumprir suas responsabilidades perante a Organização, ou seja, manter a paz mundial, agindo sempre o mais rápido possível (HEARING *apud* KELSEN, 1950).

O procedimento normalmente utilizado pelo CS inicia-se com as medidas preventivas e em não havendo uma resposta positiva por parte do Estado infrator o Conselho pode decidir pelo emprego de medidas não militares com o intuito de intimidar e enfraquecer o Estado, como embargos econômicos e diplomáticos. Mas se mesmo assim não houver uma mudança de posicionamento, parte-se para o uso da força.

Não se pode deixar de ressaltar a possibilidade de o CS tomar medidas preventivas (art. 40) com medidas coercitivas de forma simultânea, como em 1987, quando do conflito entre Iran e Iraque: mediante a Resolução 598, o CS entendeu que o conflito havia resultado numa "ruptura da paz" e agindo com base no art. 39 e 40 "exigiu" que as partes cessassem fogo imediatamente e os "conduziu" a soltar e repatriar todos os prisioneiros de guerra para que assim pudesse ser realizado um acordo (MAGLIVERAS, 1999).

Mediante estas afirmações, conclui-se que a suspensão de um Estado Membro deve ser encarada como uma sanção adicional às medidas coercitivas constantes no Cap. VII da Carta, e não como uma sanção autônoma (COT e PELLET, 1985).

2.2 – PROCEDIMENTO

2.2.1 – Recomendação pelo Conselho de Segurança

O CS possui a competência específica de primar pela manutenção da paz e da segurança internacional, sendo que aos outros Estados-membros cabe aceitar as determinações emanadas pelo mesmo (MIRANDA, 1995).

[36] *"A Carta impõe, na verdade, aos membros das Nações Unidas, obrigações precisas no que respeita a execução de todas as decisões no Conselho e a manutenção das forcas armadas postas a disposição do Conselho para o uso que por este for decidido, bem como a assistência a todas as facilidades necessárias, incluindo o direito de passagem dos contingentes em ação internacional".* (SILVA, 1945).

O órgão mais importante, em se tratando do instituto da suspensão é o CS. Responsável pela aplicação das medidas preventivas e coercitivas (ações substantivas), as quais formam a base para uma possível suspensão, diferentemente do que ocorre no instituto da expulsão: este não precisa que nenhum órgão tome qualquer medida anterior contra o Estado-membro, bastando apenas que este viole, persistentemente, os princípios da Carta.

Seguindo esquema implantado por Magliveras, *in verbis*:

- Artigo 5°: Conselho (ação substantiva) – Conselho (recomenda) – Assembléia (decide)

- Artigo 6°: Não é requerida nenhuma ação substantiva – Conselho (recomenda) – Assembléia (decide). (MAGLIVERAS, 1999, p. 124)

Os casos de suspensão são extremamente importantes e não entram no quadro das questões procedimentais devendo a decisão ser tomada com base no art. 27 (3), ou seja, voto favorável de nove membros, incluindo os votos de todos os membros permanentes.

Por força de Emenda tácita, a Carta, quando da aplicação do art. 27 (3), não se faz obrigatória a presença dos cinco membros permanentes, sendo totalmente válidas as deliberações realizadas com a ausência de um ou de todos, desde que esta abstenção tenha ocorrido de forma voluntária (BAPTISTA, 2003). Este procedimento fora adotado para o regular desenvolvimento da Organização, caso contrário, qualquer membro permanente poderia vetar questões apenas se ausentando.

Em suma, nove membros presentes devem ser considerados como o *quorum* deliberativo do Conselho, independentemente de estarem presentes todos os membros permanentes (BAPTISTA, 2003)[37].

Quando da análise da parte final do art. 27 (3), esta será realizada posteriormente.

No parecer de 3 de março de 1950, o Tribunal, ao ser questionado pela AG no concernente à admissão de membros, argüiu sobre a possibilidade de ser levado à votação um membro que fora negativamente recomendado pelo CS. O Tribunal respondeu pela negativa, levando em consideração o fato de que somente uma recomendação positiva pelo CS pode ser considerada uma verdadeira "recomendação", em decidindo pela negativa, não há que se falar em recomendação do Conselho, nada podendo ser votado pela AG (CHAUMONT, 1992)[38].

[37] "*Otherwise, the Council could issue a decision even when all the permanent members abstained*." (CONFORTI, 2000, p. 67).

[38] "*In connection with ... Articles 5° and 6°, it is the Security Council which has only the power to recommend (suspension an expulsion) and it is the General Assembly which decide and whose decision determines status".* Advisory opinion of 20 July 1962, 1962 ICJ Rep. 151, 163.

Por analogia, este deve ser o entendimento quando da análise dos institutos da suspensão e expulsão, eis que estas são as três hipóteses da Carta em que se determina a recomendação por parte do CS para posterior votação pela AG.

Quanto ao art. 5°, este não determina a necessidade de que sejam todos os direitos e privilégios suspensos, o que possibilitou um leque de estudos por parte dos doutrinadores, evidenciando-se a liberdade que pode ser auferida ao CS em determinar a suspensão de alguns dos direitos e privilégios do Estado e não de todos. No entanto, encontram-se divergências neste aspecto:

A primeira corrente baseia-se na resposta da *Coordination Committee at the San Francisco Conference* quanto aos direitos e privilégios, que entendem tratar o artigo de uma suspensão total (SIMMA, 2002). Ou seja, esta corrente acredita que a aplicação do art. 5° deve ser no sentido de que todos os diretos e privilégios devem ser suspensos.

Uma segunda corrente apega-se a opinião emanada pelo *Conselho Legal das Nações Unidas*, que entende caber ao CS recomendar a suspensão dos direitos e privilégios compatíveis com o caso concreto, podendo ser parcial ou total. Juntando-se ao fato de que o artigo 5° não traz nenhuma determinação que determine a suspensão de todos os direitos e privilégios, entende-se pela possibilidade de o CS analisar cada caso isoladamente, aplicando o que melhor convier[39].

O fato é que quando da aplicação do instituto da suspensão, caberá ao CS fazer a análise fazer a análise, livremente, de quais direitos e privilégios que deverão ser suspensos. Ou seja, se possibilita uma flexibilidade na aplicação do instituto a cada caso concreto, tornando-se menos radical do ponto de vista dos Estados-membros (SCHERMERS, 1980).

2.2.2 – Votação pela Assembléia Geral

A AG é o único órgão das Nações Unidas constituído por todos os Estados-membros, evidenciando a expressão do princípio democrático na órbita internacional (LIMA, 2000). Dessa monta é a responsável natural pelas decisões referentes aos assuntos mais importantes junto à Organização, entre as quais a suspensão e expulsão de Estados-membros[40].

[39] Igualmente neste sentido: (SIMMA, 2002).

[40] Igualmente neste sentido: (SIMONS, 1994 e SCHACHTER, 1995)

Enquanto a responsabilidade do CS é recomendar ou não a suspensão, cabe a AG decidir se esta será aplicada[41].

O art. 18 (2) da Carta determina que as questões de caráter importante, nomeadamente as que tratarem de suspensão de direitos e privilégios de Membros, devem ser tomadas por maioria de dois terços dos membros presentes e votantes juntos à AG.

A Carta não determina quando do início da aplicação do instituto e em não havendo uma obrigação legitima de intimação entende-se que o Estado-membro fica suspenso a partir da votação favorável à suspensão/expulsão pela AG.

2.3 – DOS DIREITOS E PRIVILÉGIOS

Como retro exposto, a Carta não especifica quais são os direitos e privilégios que serão suspensos em se aplicando o instituto da suspensão, sendo assim: com base na primeira corrente em que todos os direitos e privilégios devem ser suspensos, o Estado-membro assumirá tratamento de não-membro[42], restando-lhe apenas as obrigações[43] para com a Organização. Já com base na segunda corrente que prima pela liberdade do CS na análise e aplicação da suspensão com base no caso concreto o Estado terá determinados direitos ou privilégios suprimidos, mas continuará exercendo normalmente sua função de Estado-membro.

Alguns dos direitos e privilégios que "podem" ser retirados com a suspensão são: ser representado e ter direito de voto na AG; elegibilidade para exercício de representação e direito de votar junto ao CS, do Economic & Social Council (ECOSOC) e Trusteeship Council (TC); participar dos outros órgãos e sub-órgãos da ONU; ser convidado a participar nas discussões do CS nos casos dos artigos 31, 32, 44; chamar a atenção do CS ou da AG sobre controvérsias ou outras situações no caso do artigo 35 (1); e de recorrer ao TIJ (KELSEN, 1950).

O artigo trata da suspensão não somente de direitos como também de privilégios, sendo que na análise dos privilégios existem algumas divergências pois uma corrente entende que quando se fala em privilégios, estes estão diretamente ligados às cinco grandes potências mundiais (KELSEN, 1950), que

[41] "*Acts relating to the status of UN members, such as decision of the Assembly on suspension and expulsion (articles 5° and 6°), which decide, respectively, total or partial suspension and the extinction of the rights and obligations connected with such status". (*CONFORTI, 2000)

[42] *"The general idea must be that suck a State for all intents and purposes shall be treated as a non-member state".* (GOODRICH, 1946, p. 83).

[43] Kelsen acredita que não são todos os direitos que são retirados, como no caso dos territórios sob tutela, estes podem ser administrados por Estados não-membros, conseqüentemente, se o Estado for suspenso este pode continuar administrando o território por não ter fundamento ter que afastar-se. **(**KELSEN, 1950).

possuem cadeiras permanentes no CS, podendo vetar propostas sem dar qualquer tipo de justificativa plausível. No entanto, há uma segunda corrente que entende existirem membros aquém aos cinco permanentes que também possuem privilégios, como no caso dos Estados-membros em órgãos com número limitado de cadeiras, sendo os casos do CS e também do Conselho de Tutela[44].

O fato é que, os cinco membros permanentes do CS podem ser caracterizados não como Estados-membros detentores de privilégios, já que seu poder de veto é um direito devidamente determinado pela Carta, o que os coloca como detentores de direitos e não de privilégios (SIMMA, 2002).

2.4 – EFEITOS DA SUSPENSÃO

2.4.1 – Junto à Organização das Nações Unidas

Como determinado no art. 5°, a principal conseqüência é a perda de direitos e privilégios de Estado-membro, em sua totalidade ou parcialmente, permanecendo suas obrigações para com a Organização (BENTWICH, 1950).

Quando se suspendem direitos e privilégios de um Estado-membro este não deve atingir seus nacionais, ou seja, se um homem ou mulher está na posição de secretário internacional, este deve ser considerado um internacional e não um oficial nacional, não devendo ser atingido por tal suspensão (COT e PELLET, 1985).

2.4.2 – Junto às Agências Especializadas

As Nações Unidas tem uma relação intergovernamental com suas agências especializadas, tendo sido estas aprovadas mediante um processo de votação junto à Assembléia Geral e assumem responsabilidades internacionais de vocação universal e competência limitada, ligadas diretamente à Organização.

Em decorrência desta ligação tão evidente entre a ONU e as agências especializadas, quando da aplicação do instituto da suspensão em um Estado-membro, as agências especializadas acabam por ser atingidas. O grau de intensidade desta decisão vai depender do que determina seus estatutos constitutivos. Há casos, como o da United Nations Insdustrial Development Organization (UNIDO) que em sendo o Estado-membro suspenso da Organização este será automaticamente suspenso também de seu quadro de membros, demonstrando o quão forte pode ser essa relação.

[44] "*Thus, for example, membership in the SC or any other UN organ with limited membership could be regarded as a privilege of the State represented therein*." (SIMMA, 2002)

Nos casos da Internacional Refugee Organization (IRO), da United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) e da International Civil Aviation Organization (ICAO), a questão foi analisada de forma bem mais leve, eis que, a suspensão de um membro junto à ONU somente será refletida na suspensão junto à agência quando esta determinada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, ou seja, é necessária uma decisão direcionada para a própria agência especializada.

2.4.3 – Junto ao Tribunal Internacional de Justiça

Neste tópico encontra-se uma das questões mais discutidas dentro do instituto da suspensão; passamos à análise:

Segundo Kelsen, o termo "membro" pode ser analisado sob duas ópticas: de forma restrita ou de forma ampla, sendo que a questão do art. 5 em relação ao TIJ, melhor dizendo, as comunidades judiciárias, deve ser estudada sob estes dois ângulos, já que, se o termo "membro" for vislumbrado numa forma alargada o Estado-membro também será suspenso em relação ao TIJ. No entanto, se o termo "membro" for analisado de forma restrita, pode-se dizer que, sendo suspenso o Estado-membro das Nações Unidas, somente seus direitos e privilégios referentes à própria Carta que devem ser suspensos, o que não incluiria o TIJ, podendo o Estado continuar exercendo seus direitos com relação a este. (KELSEN, 1950).

A teoria que restringe o termo "membro" e conseqüentemente a incidência da suspensão tem o intuito de ser menos abrangente e não alcançar o TIJ, ou seja, busca salvaguardar o direito de acesso ao mesmo em decorrência da importância deste na resolução pacífica de controvérsias, pois, impedido o Estado da possibilidade de valer-se desse método, pode vir a buscar meios menos pacíficos.

No entanto, a doutrina majoritária entende o termo "membro" na sua perspectiva mais alargada pois acredita que o TIJ[45] é parte das Nações Unidas, sendo esta questão determinada em vários artigos da Carta, tais como: o art. 7, que trata das categorias de órgãos da ONU; o art. 94 (1), onde determina que *"cada membro das Nações Unidas compromete-se a conformar-se com a decisão do Tribunal Internacional de Justiça em qualquer caso em que for parte"*, ou seja, não tem escolha em aceitá-lo como órgão jurisdicional, isto é automático; o art. 93 (1) expressa claramente o fato de que todos os Estados-membros fazem parte do Estatuto do Tribunal; o art. 92, que inclui o Estatuto como integrante da Carta e também o art. 36 (3), que determina que o CS, ao fazer recomendações que tratam de matéria jurídica, deve ser submetido ao Tribunal.

[45] O tribunal internacional de Justiça é o principal órgão judicial das Nações Unidas, estando permanentemente aberto a todos os Estados-membros e também a todas aquelas nações que vierem a fazer parte do Tribunal, assumindo todas as obrigações decorrentes desse ato. Não bastasse o fato de julgar, também responde a pareceres consultivos.

Todas essas regulamentações contidas na Carta indicam que, quando o art. 5° trata da questão dos direitos e privilégios dos Estados-membros inclui o TIJ.

Outra questão disfuncional referente à abrangência da suspensão ao TIJ diz respeito ao fato de este, com base no art. 93 (2), estar aberto a Estados não-membros, favorecendo assim aqueles Estados que foram expulsos (pois passam ao *status* de não-membros) em detrimentos daqueles que foram suspensos.

Esta problemática pode ser sanada se, com base no retro exposto, o CS utlitizar-se de sua liberdade de limitar os direitos e privilégios a serem suspensos e quando de sua decisão excluir o TIJ destes.

2.5 – RESTABELECIMENTO DOS DIREITOS E PRIVILÉGIOS

A AG participa somente do processo de suspensão do Estado-membro, restando com exclusividade ao CS o restabelecimento dos direitos e privilégios.

A justificativa dos elaboradores da Carta não foi de dar mais poderes ao CS e sim porque este órgão foi o responsável por analisar as medidas coercitivas e/ou preventivas aplicadas contra o Estado-membro e conseqüentemente têm uma visão mais clara de quando as mesmas deixaram de existir, em decorrência das atitudes positivas do mesmo (SIMMA, 2002).

A reintegração deve ser feita o mais rápido possível, já que não é de interesse da ONU manter afastado nenhum Estado. Além do mais, o CS é o único órgão que está à disposição a qualquer momento, podendo avaliar a reintegração o quanto antes[46].

A art. 5° não traz nenhum pré-requisito para que o CS vote pela restituição dos direitos e privilégios do Estado, no entanto, fica evidente que as medidas coercitivas ou preventivas devem ter se extinguido em conseqüência da mudança de posicionamento do Estado-membro para com aqueles atos que o levaram à suspensão, cabendo ao CS analisar os fatos e decretar o retorno.

2.6 – SUSPENSÃO PARCIAL

[46] *The Report to the President, pp. 57 f., contains the following statement: "It is not necessary, however, for the General Assembly to participate in the decision to restore the rights and privileges of a suspended Member. The last point was made, not to detract from the powers of the General Assembly, but rather as a means of facilitating the operation of security measures and to speed the return to full participation in the Organization of a Member which alters its behaviour for the better as a consequence of enforcement measures taken against it"* (KELSEN, 1950, p. 713).

A Carta das Nações Unidas trata da suspensão dos direitos e privilégios junto ao art. 5°, no entanto, também há possibilidade de suspensão "parcial" de direitos junto ao art. 19[47], sendo que este determina a suspensão do direito de voto na AG[48] quando o Estado-membro se abstiver do pagamento das contribuições por dois anos completos.

O referido artigo foi caracterizado pelo Comitê I e II como uma "penalidade" ao Estado-membro que não cumprir com sua obrigação de contribuir financeiramente para com a Organização[49].

Trata-se de suspensão automática (SIMMA, 2002), já que esta será aplicada logo que o atraso complete o segundo ano de contribuição[50] pelo Estado-membro, possibilitando dessa forma a aplicação contra os membros permanentes, visto que estes não terão a proteção do direito de veto. A AG é o único órgão que atuará neste procedimento, pois terá que se manifestar quando o Estado-membro justificar o não pagamento das contribuições por situações alheias à sua vontade.

A AG analisa a questão referente à justificação do atraso das contribuições e leva à votação. Sendo a justificativa acatada, o Estado-membro não terá suspenso seu direito de voto, no entanto, caso observado que não houve nenhum motivo evidente, que justifique este atraso, a AG suspende o mesmo, nos moldes do art. 19.

Como já descrito anteriormente, o art. 18 (2) da Carta deverá ser aplicado em caso de suspensão de direitos e privilégios de Estados-membros, no entanto, mesmo se tratando de suspensão, o art. 19 não diz respeito a "direitos e privilégios", fato pelo qual a votação deverá ser realizada por maioria simples (Assembléia Geral, 2003).

O membro que tiver seu direito de voto junto a AG suspenso pode continuar exercendo todos os outros direitos como Estado-membro, ou seja, de participar das deliberações da Assembléia, de eleger membros para o CS e em se tratando de membro do Conselho, de continuar votando neste órgão (KELSEN, 1950).

---

[47] Art. 19 determina*, in verbis: "O membro das Nações Unidas em atraso no pagamento da sua contribuição financeira à Organização não terá voto na Assembléia Geral, se o total das suas contribuições atrasadas igualar-se ou exceder a soma das contribuições correspondentes aos dois anos anteriores completos. A Assembléia Geral poderá, entretanto, permitir que o referido membro vote, se ficar provado que a falta de pagamento é devida a circunstâncias alheias à sua vontade".*

[48] "*Committee I to Committee II of the San Francisco Conference recommended that states failing to fulfill their financial obligation should be deprived of "all" voting rights in the Assembly*". (U.N.C.I.O. Doc. 570, II/I/26, p.3).

[49] É o art. 17 (2) que trata da obrigatoriedade dos Estados-membros no pagamento de contribuições.

[50] O Secretário Gerald a ONU determinou que a análise das contribuições deve ser realizada duas vezes ao ano, em 1.º de Janeiro e 1.º de Dezembro para que os Estados não possam atrasar suas contribuições por meses. UN Doc. A/55/789 (2001)

Cabe ressaltar ainda que o direito de voto junto a AG deverá ser restaurado o mais rápido possível, logo que confirmado o pagamento das contribuições em atraso pelo Estado-membro.

Para Kelsen, havendo a persistência da aplicação por parte da AG de suspensão parcial a determinado Estado-membro, este pode vir a ser sancionado com a expulsão já que, como determina o art. 6° será aplicado sempre que havendo a persistência do descumprimento de um dos princípios da carta por um Estado-membro (KELSEN, 1950).

Esse entendimento, no entanto, vem envolto em muita fragilidade, pois quando da análise de todos os requisitos que levam um Estado-membro a ser expulso, percebe-se que a falta do pagamento das contribuições já tem penalidade definida junto ao art. 19, não devendo ser levada a outras sanções não especificadas na Carta. Cabendo ainda destacar que o instituto da expulsão é o último recurso - o "último" a ser tomado contra um Estado-membro (SIMMA, 2002).

Um acontecimento interessante na história da ONU diz respeito à "aplicabilidade de forma automática do artigo 19"; eis que, no período entre os anos de 1961 a 1965, em que a organização passou por certa crise política, a União Soviética, a França e outros Estados-membros deixaram de contribuir para a Organização por dois anos inteiros, não por razões financeiras e sim políticas, o que ocasionaria, na aplicação automática do art. 19, que todos estes países estariam "automaticamente suspensos" do direito de voto na 19th sessão. Ocorre que a Organização não tinha "poder" para votar sem a participação de um número expressivo de países tão influentes, o que fez com que a AG não votasse por todo o período da 19th sessão. Os ânimos foram se apaziguando e resolvidas as "diferenças" entre os Estados, as contribuições foram regularizadas e a votação retornou normalmente na 20th sessão (SCHERMERS, 1980).

Este fato demonstra que a aplicação automática do art. 19 traz consigo fragilidades que devem ser ponderadas, pois há momentos em que a situação deve ser analisada antes que qualquer tipo de penalidade venha a ser imposta. Cabe lembrar que se trata de uma organização universal, com objetivo principal de buscar a "manutenção da paz" em qualquer momento e situação.

3 – DA EXPULSÃO

O artigo 6º da Carta trata do instituto da expulsão, *in verbis*: "*O membro das Nações Unidas que houver violado persistentemente os princípios contidos na presente Carta poderá ser expulso da Organização pela Assembléia Geral mediante recomendação do Conselho de Segurança"*.

A expulsão[51] é uma das quatro formas de se "deixar" de ser membro de uma organização internacional, sendo as outras por retirada voluntária do Estado-membro[52], ou no caso de uma das partes deixarem de existir (SCHERMERS, 1980).

A Carta não utiliza a expressão sanção, mas é claramente neste sentido que institucionalizou o art. 6° e também o art. 19[53]. Já no que se refere ao art. 5°, este funciona mais como sanção adicional às medidas preventivas ou coercitivas: não tem autonomia.

A expulsão de um Estado-membro da ONU, indubitavelmente, é uma sanção (COT e PELLET, 1985).

O instituto da expulsão deve ser visto como uma última alternativa a ser tomada pela Organização junto àquele Estado que vem infringindo persistentemente princípios, bases e mediante tal atitude pode funcionar como um câncer que acaba por "alastrar-se junto aos outros órgãos" (GOODRICH, 1946) [54].

3.1 – PRÉ-REQUISITOS PARA A EXPULSÃO

3.1.1 – Da "persistência"

A persistência [55] é um dos pré-requisitos contidos no art. 6°, vindo transmitir uma forte mensagem aos Estados-membros e aos órgãos da ONU que somente em casos de claro desrespeito, de seqüentes insubordinações é que a expulsão pode ser considerada, frisando mais uma vez que esta sanção deve ser a última alternativa a ser tomada.

Mediante uma interpretação literal do art. 6°, conclui-se que a aplicação deste está subordinada à violação de um ou mais princípios da Carta por duas ou mais vezes, descartando a possibilidade de,

[51] "*Expulsion for states is what exile is for individuals*". (MAGLIVERAS, 1999).

[52] Não existe previsão na Carta das Nações Unidas que possibilite a retirada voluntária de um Estado -membro, sendo que os legisladores assim optaram em decorrência dos resultados negativos que a cláusula acarretou à Sociedade das Nações. No entanto, esta situação é bastante contestável, já que a CVDT69, em seu art. 56 determina a possibilidade de retirada, desde que seja dada uma notificação de pelo menos 12 meses de antecedência. Também há que se levar em consideração a soberania dos Estados e seu direito de retira da quando aquela organização não vai mais ao encontro com os fins e objetivos almejados. Sobre a questão da possibilidade de retirada de membros da ONU: (KIRGIS JR., 1977); (CONFORTI, 2000); (BENTWICH, 1950); (SCHERMERS, 1980); (DOCK, 1994).

[53] KELSEN, Hans – The Law of the United Nations, Stevens & Sons Limited, London, 1950, p. 710.

[54] Bem como descreve Goodrich, a expulsão de um Estado-membro é a medida que deve ser tomada quando todas as outras não deram resultado. (GOODRICH, 1946).

[55] *Expulsion is applicable only in the case of a "persistent" violation of the Principles set forth in article 2*. (BENTWICH, 1950, p. 26).

com apenas uma violação, não importando o quão grave esta possa revelar-se, um Estado-membro venha a ser expulso (MAGLIVERAS, 1999) [56].

Não há que se falar em "grau de importância" quanto da análise dos princípios, no entanto, na prática, existem aqueles princípios em que o grau de tolerância por parte da Organização é menor em decorrência de sua essencialidade e sendo um desses ha ser violado a questão da "persistência" acaba por ser fundamental, já que um número menor de violações pode levar um Estado-membro à expulsão (SIMMA, 2002).

A persistência não está vinculada ao fato de se tratar da violação do mesmo princípio, nem ao menos que sejam princípios diferentes; o fundamental encontra-se na necessidade de violar persistentemente princípios, iguais ou distintos.

3.1.2 – Os princípios contidos na Carta das Nações Unidas

O art. 6° trata da expulsão como conseqüência da violação dos princípios da Carta, ou seja, trata-se de um pré-requisito que deve ser objeto de análise.

A primeira questão nos leva ao termo: "*os princípios contidos na presente Carta*". Com a leitura já nasce a primeira dúvida: violação de mais de um princípio e por isso a palavra está no plural ou simplesmente diz menção à existência de mais de um princípio e a violação de qualquer um desses poderia levar à análise da questão da expulsão? (SIMMA, 2002)

Neste aspecto, os doutrinadores são praticamente pacíficos em optarem pela segunda hipótese, ou seja, trata dos princípios como um todo e encontra-se no plural para determinar que a violação de qualquer um deles já cumpre um dos pré-requisitos.

Um segundo aspecto, bastante controverso, diz respeito a que princípios da Carta o artigo 6° está se referindo.

Quando se fala em "princípios da Carta", para alguns doutrinadores, devem ser considerados todos os princípios que regem a Carta: os constantes no artigo 2° e também os implícitos.

Por exemplo, há doutrinadores que entendem existir, tanto no preâmbulo como no art. 1° da Carta, princípios já que determinam os objetivos e os fins pelos quais a ONU fora criada. Todas as regras que norteiam a Carta e que forem violadas persistentemente podem ser encaradas como violação de um princípio, podendo assim ser aplicado o instituto da expulsão (COT e PELLET, 1985).

[56] Igualmente neste sentido: (SIMMA, 2002); (COT e PELLET, 1985).

Uma segunda corrente acredita que deve ser analisada a conduta do Estado para com a Organização, fato pelo qual os itens 1, 6 e 7 do art. 2° não devem ser observados como princípios passíveis de aplicação do instituto da expulsão, sendo que o art. 1° também deve ser encarado como dentro dos princípios determinados no art. 6° (SIMMA, 2002). A interpretação deve caminhar no sentido de que o art. 6° está se referindo às regras básicas da Carta e que regulamentam a relação entre o Estado e a Organização e assim ter em consideração a GA's Friendly Relations Declaration e os pronunciamentos do TIJ, podendo evoluir com o passar do tempo.

Em 24 de outubro de 1970 a AG adotou, sem voto, a *Declaration on Principles of International Law,* referente à Friendly Relations and Co-operation entre os Estados e de acordo com a Carta das Nações Unidas. Estes princípios vieram para nortear todos os membros nas condutas internacionais ou mesmo entre membros. Uma terceira corrente de doutrinadores acredita que a violação destes princípios constituiu uma violação aos princípios da Carta, possibilitando assim a expulsão com base no art. 6°. Trata-se de sete princípios, dos quais cinco possuem a mesma determinação jurídica dos constantes no art. 2°, mais precisamente trata-se dos itens 2° (1), 2° (2), 2° (3) e 2° (4)[57] da Carta e os outros dois, nomeadamente o quarto princípio, que "prescreve a cooperação entre os Estados" [58], e o quinto, que se refere a "direitos iguais e à autodeterminação das pessoas" [59]. No entanto, a questão da possibilidade de expulsão pelo descumprimento destes princípios é questionável (MAGLIVERAS, 1999).

E por fim, a corrente que tem no artigo 2° a aplicação direta em se tratando do instituto da expulsão.

O art. 2° determina, *in verbis*: *"A Organização e os seus membros, para a realização dos objectivos mencionados no artigo 1º, agirão de acordo com os seguintes princípios"*, ou seja, o artigo é claro quanto ao fato de que trata dos princípios da Carta e por isso o entendimento de que quando o art. 6° fala em "*princípios da Carta*", faz menção direta ao art. 2° [60].

Há que se ressaltar o fato de o artigo 2° (2) apresentar uma conotação bastante abrangente ao determinar que os membros: "*deverão cumprir de boa fé as obrigações por eles assumidas em conformidade com a presente Carta"*. Ou seja, tanto o preâmbulo quanto o artigo 1º, assim como qualquer outra determinação na Carta "pode" vir a ser objeto de aplicação (KELSEN, 1950) desde que haja a boa-fé e se cumpra o fim do instituto da expulsão.

[57] Importante ressaltar que nesta Declaração de Princípios o art. 2 (4) da Carta acabou por se desmembrar em dois e constituir os artigos primeiro e terceiro da Declaração.
[58] A determinação deste art. 4 da Declaração pode ser encontrado nos artigos 49 e 56 da Carta.
[59] A determinação deste art. 5 da Declaração pode ser encontrado no artigo 55 da Carta.
[60] No concernente aos princípios da Carta, vide as obras: (LOWE e WARBRICK, 1994); (BONNET, 1942); (BENTWICH, 1950); (GOODRICH, 1946).

3.2 – PROCEDIMENTO

Podemos iniciar a análise do procedimento de expulsão relembrando que existe uma forte conexão com o procedimento da admissão de um Estado, na realidade, trata-se do início e do final da relação entre o Estado e as Nações Unidas (MAGLIVERAS, 1999).

3.2.1 – Recomendação pelo Conselho de Segurança

O processo de expulsão de um Estado-membro pode iniciar-se com a recomendação por parte da AG ao do CS, já que consta entre suas atribuições recomendar a outros órgãos ou membros questões sobre matérias que acreditar serem importantes, sendo incontestável a importância de uma análise de expulsão. A recomendação por parte da AG é facultativa, sendo possível iniciar-se o processo de expulsão no CS, sem que haja qualquer tipo de recomendação.

Em recebendo a recomendação por parte da AG, o CS está obrigado a analisar o caso concreto, agindo sempre em conformidade com os "objetivos e princípios" da Carta. Resta claro que sua deliberação poderá ser positiva ou negativa, sendo que, em restando positiva será levado à votação na AG.

Os casos de expulsão, que não versão sobre "questões de procedimento", devem ser decidido pelo CS utilizando-se do art. 27 (3), contando dessa forma com a aprovação de nove membros, incluindo os votos de todos os membros permanentes.

3.2.2 – Votação pela Assembléia Geral

Caso o CS assuma um posicionamento favorável à expulsão, este processo deverá ser então levado a AG bem como determina o art. 18 (2) determina. Por se tratar de expulsão de Estado-membro, a decisão será tomada mediante a maioria de dois terços dos membros presentes e votantes.

O Estado-membro, alvo do processo de expulsão, não está obrigado a deixar de participar da votação na Assembléia Geral, a menos que tenha perdido esse direito em decorrência dos arts 5 ou 19 (MAGLIVERAS, 1999).

O mesmo que ocorre na suspensão, no concernente ao início da sua aplicação, também ocorre com a expulsão, ou seja, o Estado-membro estará devidamente expulso das Nações Unidas com a votação favorável na AG não necessitando de qualquer notificação ao mesmo.

3.3 – EFEITOS DA EXPULSÃO

3.3.1 – Junto à Organização das Nações Unidas

Em caso de expulsão de um Estado-membro, este adquire o *status* de não-membro, perdendo todos os direitos, privilégios e obrigações junto à Organização: como se nunca tivesse constituído a mesma. Passando a dispor dos direitos e deveres que Estados não-membros possuem, como os decorrentes dos artigos 2° (6), 11 (2), 32 e 35 (2).

No entanto, há doutrinadores que acreditam que os Estados-membros, ao serem expulsos, não podem ser igualados aos não-membros; deveriam ser enquadrados em um terceiro grupo (MAGLIVERAS, 1999), juntamente com os Estados que se retiraram da Organização (caso esta venha a ser permitida), por estarem desobrigados com princípios que já infringiram ou deixaram de aceitar. No entanto, esta regra acabaria por beneficiar Estados que, de alguma forma, agiram contra a Organização e a sociedade internacional.

Findando a relação entre o Estado e as Nações Unidas, resta a dúvida quanto ao efeito da decisão. As obrigações que foram assumidas no período em que era um Estado-membro haverão de permanecer? (SIMMA, 2002).

Levando-se em consideração seu efeito *ex nunc*, bem como o que determina o art. 70 da Convenção de Viena do Direito dos Tratados de 1969, quando ocorre está cessação de vigência da Carta para com o Estado expulso, não significa que *"direitos, obrigações ou situação jurídica"* que foram assumidas durante o período em que o Estado ainda era membro estão extintos, o que poderia acarretar inúmeras injustiças[61].

É importante ressaltar que, no concernente às Convenções, suas ratificações não são limitadas aos Estados-membros, fato pelo qual continuam tendo validade jurídica após o término da relação do Estado com a ONU.

3.3.2 – Junto às Agencias Especializadas

Como já fora exposto, as Nações Unidas têm uma relação intergovernamental (MAGLIVERAS, 1999) com suas agências especializadas muito próxima e semelhante ao que ocorre nos casos de suspensão a maioria das decisões referentes à expulsão acaba por atingir as agências especializadas de alguma forma, isso porque, na sua maioria foi assim que optou.

No caso da UNESCO, IMO e IRO, por exemplo, sendo o Estado expulso da ONU, este será automaticamente expulso de seu quadro de membros. Ocorre que tal determinação traz controvérsias

[61] Um exemplo claro da necessidade desta permanência das obrigações assumidas no período em que o Estado ainda era membro da ONU seria no caso de débitos ou créditos assumidos pelos mesmos na vigência da relação Estado X Nações Unidas, pois caso não houvesse tal determinação na CVDT69, estes débitos/créditos extinguir-se-iam com a relação.

junto à UNESCO porque esta possui membros aquém das Nações Unidas e que acabam por ser favorecidos nesta situação por não poderem ser expulsos por incluírem o quadro de membro da Organização (MAGLIVERAS, 1999).

De forma acertada, as agências especializadas IMCO e ICAO possuem previsões constitucionais de que a AG deve proceder ao julgamento, concernente à expulsão, específico para elas.

Chama atenção o fato de que a África do Sul, mesmo não tendo sido oficialmente expulsa das Nações Unidas, já fora devidamente expulsa de alguns organismos e agências especializadas como a *Economic Commission for África* junto à ONU, da UNESCO, da FAO e da ICAO (SCHERMERS, 1980).

3.3.3 – Junto ao Tribunal Internacional de Justiça

Diverso do que ocorre com relação ao instituto da suspensão em que há grandes divergências com relação aos efeitos do Estado-membro suspenso com o TIJ, em se tratando de expulsão, como já dito anteriormente, o Estado-membro passa ao *status* de não-membro, ou seja, sua relação com o Tribunal é rompida automaticamente.

O mais interessante nessa questão é que em se tratando de um Estado não-membro, este pode recorrer ao art. 93 (2) da Carta e voltar a fazer parte do TIJ, o que é impossível a um Estado-membro que fora suspenso de seus direitos e privilégios, ficando este desfavorecido (COT e PELLET, 1985).

3.4 – DA READMISSÃO

Primeiramente, há que se ressaltar que não há distinção entre uma admissão ou readmissão eis que o procedimento é o mesmo: determinado pelo art. 4 da Carta (SIMMA, 2002).

Com o *status* de nao-membro da Organização, o Estado pode requerer sua admissão percorrendo todos os trâmites os quais qualquer Estado teria que percorrer (CONFORTI, 1986).

Teoricamente falando, pode-se dizer que o Estado expulso seja semelhante a um não-membro, no entanto, na prática, quando da readmissão, deve a Organização analisar bem o caso concreto e sempre que necessário, impor algumas condições para sua aceitação. Fundamental que sejam cumpridas todas as medidas que venha no intuito de extinguir os atos que o levaram à expulsão, procedimento este que não está disposto na Carta, mas que tampouco é proibido pela mesma, servindo de garantia para manter o respeito dos Estados para com a Organização.

Há uma corrente que acredita ser necessária a determinação de uma duração limitada da expulsão,[62] no entanto, esta se torna inviável porque o importante para a Organização é que este Estado venha se redimir de seus atos e principalmente entenda a importância dos princípios que regem a Carta, incabível predeterminarem lapso temporal.

Com relação à readmissão nas Agências Especializadas, nada consta na Carta, no entanto, ao repousar sua candidatura frente às Nações Unidas, coloca-se frente às agências novamente, reintegrando estas como se Estado novo.

3.5 – A FUNCIONALIDADE DA CLÁUSULA DE EXPULSÃO

A cláusula de expulsão, desde o período de constituição da Carta foi sempre motivo de grande controvérsia, pois traz consigo, para alem das vantagens, algumas desvantagens.

A ONU prima pelo Princípio da Universalidade[63], que objetiva a incorporação de todos os países e uma cláusula de expulsão significa um retrocesso, confronta diretamente esse objetivo de "trazer" membros, pois possibilita o "afastamento", criando uma atmosfera de hostilidade.

Sob uma análise mais crítica, pode-se afirmar que o instituto da expulsão nada mais é do que um sinal de impotência, um sistema legal primitivo, a maior evidência da falta de poder da Organização perante determinado Estado-membro pois como não consegue controlá-lo, opta por afastá-lo de forma compulsória (SCHERMERS, 1980).

Outro ponto frágil do instituto é o fato de que, sendo um Estado-membro expulso, este pode permanecer violando aqueles princípios que o levaram à expulsão, sem que a Organização possa "controlar" seus atos, passando esta situação a ser favorável ao Estado e desfavorável a comunidade internacional como um todo.

Mesmo diante de tantos pontos questionáveis, a cláusula de expulsão é fundamental porque funciona como última alternativa para expulsar aquele Estado-membro que não respeita os princípios e fundamentos básicos da ONU, evitando que este cause maiores conturbações, abalando a credibilidade perante os outros Estados-membros e o poder da mesma.

---

[62] *A exclusão de um Membro tem a natureza de uma pena e equivale a pôr fora da lei o Estado culpado. Essa pena não pode ter uma duração ilimitada, porque, contrariamente aos indivíduos – para os quais mesmo a pena perpetua desaparece com a morte do condenado – os Estados não são simples mortais. A exclusão de um Estado-Membro deveria ser sempre limitada a um período determinado cuja duração seria condicionada pelo grau de culpabilidade do Estado em questão. (*SILVA, 1945, p. 63).

[63] "*Quando a Carta foi elaborada, foram realizadas várias propostas (Churchill) para institucionalizar o aspecto regional da organização, sendo que foi vencedora a concepção universalista de Roosevelt, e, deste modo, "os órgãos principais da organização foram fundados no prinípio da Universalidade."* (MELLO, 2000, p. 615).

Como a maior organização universal já existente, a ONU possui inquestionável poder político frente o desenrolar da própria história atual da humanidade.

Cada Estado-membro representa um planeta, com sua soberania e que necessita permanecer em sintonia num sistema em que a ONU funciona como o Astro Rei, irradiando a todos objetivos comuns como a manutenção da paz e a supremacia dos direitos humanos.

Questões políticas claramente envolvem os Estados-membros das Nações Unidas. Principalmente se levarmos em consideração os cinco membros permanente que, utilizando-se de seu poder de veto blindam Estados-membros parceiros, como durante a Guerra Fria em que a União Soviética e os Estados Unidos vetavam resoluções da ONU quase sistematicamente, cada qual defendendo questões ideológico-políticas.

Outro exemplo que permanece mais atual que nunca são os vetos constantes dos Estados Unidos da América para proteger o governo israelense. Constam mais de 35 vetos a propostas de resolução contra Israel vetadas pelos USA.

Em suma, o poder de veto dos Membros Permanentes também tem grande influencia num processo de suspensão ou expulsão de um Estado-membro já que, independentemente dos atos reprováveis, esses podem ser "perdoados" simplesmente por questões políticas.

Cabe ainda lembrar que o violador pode ser um dos membros-permanentes. Será que votariam contra si mesmos? Claramente que não. Frente um caso concreto, buscar-se-ia no princípio costumeiro de exceção do não cumprimento para que a AG pudesse votar pela suspensão ou expulsão. O Quorum necessário seria de dois terços dos Estados aprovando a medida e esta não ser vetada por nenhum outro membro-permanente.

Caso a suspensão de um membro-permanente venha a ser efetivada, a Organização continuará suas funções até seu retorno. No entanto, em caso de expulsão, a vaga não deveria mais ser preenchida por outro membro-permanente e sim por membro não-permanente, mediante votação regular. Desta forma, o CS passaria a ser formado por quatro membros-permanentes e onze membros não-permanentes, diminuindo o número de Estados com poder de veto, favorecendo o andamento da Organização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tratar-se de situação de difícil análise prática, já que os institutos jamais foram aplicados a nenhum Estado-membro e dessa forma perfilham correntes distintas que discorrem sobre o tema e seus preceitos.

Quando da implantação dos institutos da suspensão e expulsão junto às Nações Unidas, estes vieram com o objetivo maior de garantir a Organização à possibilidade de aplicar medidas mais duras àqueles Estados-membros que infringissem suas determinações ou desrespeitassem seus princípios.

A suspensão vem sempre na figura de uma sanção adicional àquele Estado-membro que sofrera com alguma ação preventiva ou coercitiva e não alterou seus atos, diferentemente do instituto da expulsão que não depende de medidas anteriores para que seja aplicado pois diz respeito aos princípios da Carta, devendo neste caso o Estado agir com "persistência" em seu descumprimento.

O CS figura como o órgão principal quando da análise da suspensão e expulsão de um Estado-membro, já que, para que sejam levados à AG, faz-se necessária a recomendação positiva pelo mesmo, sendo ainda mais forte sua atuação no instituto da suspensão, pois é o órgão responsável pela aplicação das ações preventivas ou coercitivas contra o Estado, medidas fundamentais para que a suspensão seja efetivada.

Ainda no concernente à função do CS no instituto da suspensão, este deve ser visto como um órgão livre na aplicação da "suspensão dos direitos e privilégios", podendo assim fazer uma análise de caso concreto e suspender apenas aqueles direitos e privilégios proporcionais aos fatos, viabilizando dessa forma a prática do instituto. Eis que, a suspensão total é vista como uma sanção muito severa para que seja aplicada. Tal liberdade também acaba por resolver a questão dos efeitos da suspensão junto ao TIJ, podendo este ficar "fora" dos direitos suspensos.

A suspensão parcial determinada no art. 19 está diretamente ligada à norma do art. 17 (2), já que, não cumprindo com o dever de pagar suas contribuições por dois anos consecutivos, o Estado-membro será suspenso do direito de votar junto à AG.

Já o instituto da expulsão deve ser visto como última alternativa de sanção a um Estado-membro, pois que, conjuntamente a este ato, podem advir conseqüências indesejáveis, mas como um mal necessário, traz a garantia à Organização de que possui alternativamente a possibilidade de afastar um Estado-membro que pratica atos inaceitáveis, podendo desestabilizar a própria Organização.

Caso expulso, o Estado assume o *status* de não-membro, perdendo seus direitos e privilégios assim como suas obrigações, no entanto, em se tratando de direitos ou obrigações devidamente assumidas no período em que ainda era membro, utilizando-se do art. 70 da CVDT69, estas devem ser cumpridas.

É importante ressaltar que nada impede um Estado expulso a compor novamente o quadro dos membros das Nações Unidas, sendo que o procedimento será o mesmo de um não-membro, com base no art. 4° da Carta. No entanto, num caso concreto torna-se imprescindível que os fatos geradores da expulsão tenham sido sanados, caso contrário não teria o menor fundamento admiti-lo.

No entanto, o que se observa na prática é um grande numero de Estados-membro que vem agindo, flagrantemente contra os objetivos e princípios da ONU, muitas vezes recebendo sanções após sanções, anos após anos e mesmo sendo institutos amparados pela Carta a suspensão e a expulsão não estão sendo utilizados por questões meramente políticas, demonstrando sua falta de efetividade.

O certo é que se trata de institutos importantes e que deveriam ser utilizados de forma a conter os desmandos freqüentemente constatados no plano mundial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ANJINHO, Teresa M. De Moura – *A Eficácia das Sanções Econômicas no Sistema da ONU*, F.D.L., Tese 2863, 2001.

BAPTISTA, Eduardo Correia – *Direito Internacional Público*, Volume I, LEX, 1998.

BAPTISTA, Eduardo Correia – *O Poder Público Bélico em Direito Internacional: O uso da Força pelas Nações Unidas em Especial*, Almedina, 2003.

BENTWICH, Norman/Andrew Martin – *A Commentary on the Charter of the United Nations*, Routledge & Kegan Paul LTD., London, 1950.

BONNET, Henri – *The United Nations on the Way-Principles and Policies*, World Citizens Association, 1942.

CHAUMONT, Charles – *Organização das Nações Unidas*, Margens, 13 edição, France, 1992.

CLAUDE JR., Inis L. – *The Evolution of International Organizations*, The Security Council, Frederick A. Praeger Publishers, 1967, p. 68-91.

CONFORTI, Benedetto – *Le Nazioni Unite*, CEDAM, Milani, 1986.

CONFORTI, Benedetto – *The Law and Practice of the United Nations*, Second Revised Edition, Kluwer Law International, 2000.

COT Jean-Pierre/Alain Pellet – *La Charte des Nations Unies*, Economica/Bruylant, 1985.

DINH, Nguyen Quoc/Patrick Daillier/Alain Pellet – *Direito Internacional Público*, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

DOCK, Marie-Claude - *Le retrait des États membres des organisations internationales de la famille des Nations Unies*, Annuaire français de droit international, Volume 40 (1994), p. 106-155.

DOLIVET, Louis – *The United Nations*, Farrar Straus e Company, New York, 1947.

FLEISCHHAUER, Carl-August – Inducing compliance, United Nations Legal Order, Volume I, American Society of International Law, 1995, p. 231-243.

GOODRICH, Leland M./Edvard Hambro – *Charter of the United Nations*, *Commentary and Documents*, World Peace Fundation, Boston, 1946.

KELSEN, Hans – *Recent Trends in the Law of the United Nations*, Stevens & Sons Limited, 1951.

KELSEN, Hans – *The Law of the United Nations*, Stevens & Sons Limited, London, 1950.

KIRGIS JR., Frederic – *International Organizations in their legal setting*, American Casebook Series, West Publishing CO., 1977, p. 191-199.

LIMA, Caetano Silva – *As decisões do Conselho de Segurança ao abrigo do capitulo VII da Carta das Nações Unidas*, F.D.L, T-2875(II), 2000.

LOWE, Vaughan/Colin Warbrick – *The United Nations and the Principles of International Law*, Routledge, New York and London, 1994.

MADOL, H. R. – *The United Nations Association Yearbook*, Hutchinson & CO., 1948.

MAGLIVERAS, Konstantinos D. – *Exclusion from Participation in International Organisations*, SSD, 1999.

MELLO, Celso D. de Albuquerque – *Curso de Direito Internacional Público*, 12 edição revista e ampliada, Renovar, 2000.

MIRANDA, Jorge – *Direito Internacional Público I*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1995.

PREUX Jean de – *Le Droit de Veto dans La Charte des Nations Unies*, Societe D'Exploitation de L'imprimerie Bellenand, 1949, Paris, p. 177-190.

RIDRUEJO, Jose A. Pastor – *Curso de Derecho Internacional Público*, Segunda edicion, Tecnos, 1987.

SILVA, A. E. Duarte – *O litígio entre Portugal e a ONU*, Análise Social Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 130 Quarta série vol. XXX, 1995-1.

SILVA, Pereira da – *A Carta das Nações Unidas*, Livraria Popular, Lisboa, 1945.

SIMMA, Bruno – *The Charter of the United Nations, A Commentary*, Second Edition, Volume I, Oxford, 2002.

SIMONS, Geoff – *The United Nations*, *A Chronology of Conflict*, Macmillan, 1994.

SCHACHTER, Oscar – *The UN legal order: an overview, United Nations Legal Order* , Volume I, American Society of International Law, 1995, p. 1-31.

SCHACHTER, Oscar/ Christopher C. Joyner – *United Nations Legal Order*, Volume II, 1995.

SCHERMERS, Henry G. – *International Institutional Law*, Sijthoff & Noordhoff, 1980.

RECEBIDO EM: 26/05/2015
APROVADO EM: 16/03/2016

IDENTIDADE E DIVERSIDADE CULTURAL COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS: RELAÇÃO DE INSTRUMENTALIDADE E PERSPECTIVAS NO CONTEXTO INTERNACIONAL

CULTURAL IDENTITY AND DIVERSIITY AS FUNDAMENTAL RIGHTS: INSTRUMENTALITY AND PERPECTIVES IN THE INTERNATIONAL CONTEXT

Pedro Bastos De Souza*

RESUMO: A identidade cultural é ao mesmo tempo um atributo da personalidade e um direito difuso, inerente a um grupo social coletivamente considerado. A garantia do direito à identidade cultural possui caráter instrumental, pois sua afirmação pode atuar como catalisadora da efetivação dos demais direitos. O respeito ao modo de ser de um povo e suas peculiaridades sócio-políticas deve ser levado em conta quando do desenvolvimento de políticas voltadas para todas as demais áreas. O presente estudo traça um panorama da proteção à identidade e à diversidade cultural nos instrumentos de Direito Internacional. Debate os contornos teóricos do direito à identidade, sua relação com o conceito antropológico de cultura e com outros direitos fundamentais.

Palavras-chave: identidade cultural, direitos fundamentais, convenções internacionais.

ABSTRACT: Cultural identity is both a personality attribute and a diffuse right, inherent to a social group collectively considered. The guarantee of cultural identity has instrumental character, since it can act as a catalyst for realization of other rights. Respecting different ways of life and their socio-political peculiarities should be taken into account when developing policies for other areas. This study presents an overview of protection to identity and cultural diversity in the instruments of international law. It debates the theoretical contours of identity right, his relationship with the anthropological concept of culture and other fundamental rights.

Key-words: cultural identity, fundamental rights, international law.

*Mestre em Direito e Políticas Públicas pela UNIRIO. Pesquisador Associado à UNIRIO (Grupo CNPq Direito, Democracia e Desenvolvimento). Advogado e Jornalista. Contato: pedrobastos2@globo.com

INTRODUÇÃO

A identidade cultural é ao mesmo tempo um atributo da personalidade e um direito difuso, inerente a um grupo social coletivamente considerado. Destaca-se o caráter de instrumentalidade e indivisibilidade do direito à identidade cultural como direito fundamental. A pesquisa sobre as relações entre identidade cultural e Direito exige um olhar que busque uma compreensão da identidade como fenômeno social e antropológico, que existe no mundo da vida, independentemente do aspecto formalizado do mundo jurídico. Por isso, é importante se ter uma visão holística dos aspectos econômicos, das relações de poder e dos modos como esta identidade é produzida, sendo essencial compreender os conceitos de cultura e de identidade. O estudo do tema ganha importância quando se trata de compreender questões envolvendo grupos vulneráveis e minorias étnicas.

Para a compreensão do direito à identidade cultural como fundamental, aborda-se o conceito de cultura, tendo como ponto de partida seu viés antropológico e seu tratamento no âmbito do direito constitucional. Cultura deixa de ser vista apenas como ornamento, entretenimento ou manifestação artística materialmente visível e passa a ser considerada como

algo simbólico, inserido nas relações de poder e englobando manifestações imateriais. Isto se reflete no alargamento dos conceitos de patrimônio e identidade, que relacionam-se com aspectos imateriais.

O que deve ficar claro desde já é que fatores de natureza cultural, como a religião, a linguagem e o modo de produção econômico moldam o modo de ser de um povo e a própria produção normativa. As normas jurídicas, por sua vez, devem ter uma relação de harmonia com tais fatores. Quando isto não ocorre, há um déficit de legitimidade do próprio Estado e um sentimento de não pertencimento pelos cidadãos.

O presente estudo traça um panorama da proteção à identidade e à diversidade cultural nos instrumentos de Direito Internacional. Debate os contornos teóricos do direito à identidade, sua relação com o conceito antropológico de cultura com outros direitos fundamentais. Partindo de uma perspectiva interdisciplinar, realiza-se pesquisa de natureza bibliográfica, tendo como referencial teórico estudos não só de Direito, mas especial de Sociologia e Antropologia. É realizada pesquisa documental no âmbito do Direito Internacional , em tratados, convenções ou declarações que, direta ou indiretamente, digam respeito com a questão da diversidade cultural.

1. CULTURA E IDENTIDADE: BREVES CONSIDERAÇÕES

Conforme destacado por GRUMAN (2008, p.3) o conceito de "cultura" é essencial para a avaliação do alcance e eficácia de políticas públicas que gerem inclusão social através do respeito ao outro como "cidadão cultural".

No final do século XVIII e no princípio do seguinte, o termo germânico *Kultur* era utilizado para simbolizar todos os aspectos espirituais de uma comunidade, enquanto a palavra francesa *Civilization* referia-se principalmente às realizações materiais de um povo. Ambos os termos foram sintetizados por Edward Tylor[64](1832-1917) no vocábulo inglês

[64] Para Tylor e outros estudiosos da época, contudo, ainda predominava a ideia de evolucionismo linear, em que a cultura desenvolve-se de maneira uniforme, de tal forma que era de se esperar que cada sociedade percorresse as etapas que já tinham sido percorridas pelas "sociedades mais avançadas". Haveria uma "escala evolutiva" (discriminatória e etnocêntrica para os padrões de hoje), na qual as diferentes sociedades humanas eram classificadas hierarquicamente, com nítida vantagem para as culturas europeias. Lembremos que à época o

Culture, que "tomado em seu amplo sentido etnográfico é este todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade" (LARAIA, 2001, p.29). Este conceito marca o caráter de aprendizado da cultura, em oposição à ideia de aquisição inata transmitida por mecanismos biológicos.

Manuela da Cunha (2009) distingue entre cultura e "cultura". O conceito antropológico conota algo como cultura "em si", a qual pertence à lógica interna de uma sociedade, é dinâmica, de domínio público e em constante transformação. A autora, utilizando a expressão "cultura com aspas", busca refletir sobre a apropriação do conceito pelos povos que foram tradicionalmente estudados pela Antropologia, e sobre o que acontece quando esses povos passam a falar de sua própria cultura, como uma metalinguagem, de propriedade intelectual coletiva.

A cultura é um processo acumulativo, resultante de toda a experiência histórica das gerações anteriores. Este processo limita ou estimula a ação criativa do indivíduo em tudo que o homem faz, aprendeu com os seus semelhantes e não decorre de imposições originadas fora da cultura (LARAIA, 2001, p.55)

Conforme Malinowski (1968, p.37), o conceito de cultura envolve manifestações as mais diversas, incluindo bens de consumo, as normas que regem os diferentes grupos sociais, as ideias e as artes, as crenças e os costumes. Em culturas simples ou complexas, estão envolvidos aspectos humanos, materiais e espirituais.

O direito à cultura tem como um de seus pilares o direito ao respeito à diversidade. Emir Sader (2004) faz questão de ponderar que a diversidade cultural - como um direito fundamental da humanidade – se choca frontalmente com as políticas liberais predominantes no mundo – em particular no chamado "livre comércio"- que promove, em uma de tantas consequências negativas, a homogeneização cultural - fenômeno hegemônico no mundo atual.

Debatendo o direito à diversidade e multiculturalismo, Burity (2001, p.1) salienta cinco aspectos evidentes: a) o reconhecimento da não-homogeneidade étnica e cultural de certas sociedades; b) o reconhecimento da não-integração dos grupos que carregam e defendem as diferenças étnicas e culturais à matriz dominante do *nation-building* nessas

positivismo científico e o evolucionismo (Darwin) estavam em voga. Ainda assim, a construção de Tylor revela-se útil e atual para compreender o que é cultura.

sociedades – após o fracasso seja de políticas assimilacionistas, seja de políticas diferencialistas (baseadas na restrição de acesso ou mesmo na ideia de "desenvolvimentos separados"); c) a mobilização dos próprios recursos políticos e ideológicos da tradição dominante nos países ocidentais – o liberalismo – contra os efeitos desta não-integração; d) a demanda por inclusão e por pluralidade de esferas de valor e práticas institucionais no sentido da reparação de exclusões históricas; e) a demanda por reorientação das políticas públicas no sentido de assegurar a diversidade/pluralidade de grupos e tradições.

Vasco SILVA (2007) defende a posição de que uma pretensa divisão dos r egimes jurídicos não condiz com a unidade estrutural dos direitos fundamentais, nem com a extensão dos regimes aos demais direitos constitucionais análogos, propondo aplicações dos dois regimes (o dos direitos, liberdades e garantias e o dos direitos econômicos, sociais e culturais) de acordo com a dimensão, subjetiva ou objetiva, do direito à cultura, que se revela, assim, como um direito "transversal" às diversas gerações e que obriga a uma superação de qualificações dicotômicas.

Inter-relacionados com o sistema da cultura, os conceitos de memória social, patrimônio cultural e identidade são considerados como construções sociais, sistemas de representação e de significação coletivamente construídos, partilhados e reproduzidos ao longo do tempo (RODRIGUES, 2012, p.1). Daí a importância da globalização no processo de (des)territorialização cultural e construção de novas identidades.

Um dado indivíduo pode ter identidades múltiplas, que podem ser fonte de tensão e contradição. Segundo CASTELLS (2007:2), as identidades podem ser formadas a partir de instituições dominantes quando assumem tal condição e se os atores sociais a interiorizam.

Cada sujeito possui uma identidade composta de diversas afiliações e pertenças. A identidade é um processo de identificações historicamente apropriadas que conferem sentido ao grupo (CRUZ, 1993). Como exposto por RODRIGUES (2012:3) , ela implica um sentimento de pertença a um determinado grupo étnico, cultural, religioso, de acordo com a percepção da diferença e da semelhança entre "ego" e o "alter", entre "nós" e os "outros".

As identidades, que são diferenciações em curso (SANTOS, 1994), emergem dos processos interativos que os indivíduos experimentam na sua realidade quotidiana, feita de trocas reais e simbólicas. A construção da identidade, seja individual ou social, não é estável e unificada – é mutável, (re) inventada, transitória e, às vezes, provisória, subjetiva; a identidade é (re)negociada e vai-se transformando, (re)construindo-se ao longo do tempo

(RODRIGUES, 2012:3).

Ao delimitar comportamentos, modos de ser e agir, os discursos estabelecem normas, padrões, instauram referenciais identitários e, ao mesmo tempo, afirmam e constituem aquilo que é diferente a esta identidade, que não é apenas o seu oposto, mas é tudo aquilo que não está incluído nesta referência (GUARESCHI, 2009, p.16).

Tais marcadores identitários delineiam-se a partir de relações de poder que transversalizam a produção cultural das diferenças. Têm o poder de definir identidades, marcar diferenças e estabelecer um padrão de normalidade ou referência. (GUARESCHI, 2009:16-17).

As diferenças não implicam apenas ou necessariamente no fortalecimento de uma ou outra identidade, o que resultaria na naturalização das mesmas, mas no contínuo processo de desestabilização dos marcadores identitários: abalam as identidades descentrando-as constantemente e engendrando novas posições de sujeitos, uma multiplicidade de posições que se articulam com o diferente o que nos leva, também, a pensar a identidade não como uma unicidade, idêntica, mas como fluida e descontinua (GUARESCHI, 2009:18; HALL,1997).

A identidade reflete todo o investimento que um grupo faz, ao longo do tempo, na construção da memória. Portanto, a memória coletiva está na base da construção da identidade. Esta reforça o sentimento de pertença identitária e, de certa forma, garante unidade/coesão e continuidade histórica do grupo (RODRIGUES, 2012:5). A memória pode ser entendida como processos sociais e históricos, de expressões, de narrativas de acontecimentos marcantes, de coisas vividas, que legitimam, reforçam e reproduzem a identidade do grupo (CRUZ 1993; RODRIGUES, 2012:5).

Stuart HALL (2011) observa que as identidades nacionais na contemporaneidade resultam de um sentimento individual de pertencimento a uma determinada coletividade, cujos símbolos e formas de representação atribuem imagens à nação, ou seja, certos sentidos com os quais os membros daquele grupo tendem a se identificar.

Desta maneira, a construção identitária das nações se estabelece a partir de um processo de identificação do sujeito com a cultura nacional, representada por um conjunto de significações que se mesclam no resgate das memórias e nas manifestações do imaginário

deste povo (CASTRO, 2012:27).

Conforme CASTRO (2012:27), o hibridismo – tal como é assinalado por Stuart Hall – e a diversidade são características observadas em diversas nações nos dias atuais, graças à introdução de novos elementos – humanos e culturais – na composição destes povos e à porosidade das fronteiras nacionais – decorrente das constantes migrações e das trocas de informação, favorecidas pelo progresso tecnológico e por modificações na organização sociocultural, política e econômica de vários países ao longo das últimas décadas.

Em uma concepção dinâmica, as identidades são socialmente distribuídas, construídas e reconstruídas nas interações sociais. Como salientado por MENDES (2011:505), as identidades são relacionais e múltiplas, baseadas no reconhecimento por outros atores sociais e na diferenciação, assumindo a interação um papel crucial.

2. A QUESTÃO IDENTITÁRIA NO CONTEXTO INTERNACIONAL

Complementando a exposição teórica do item anterior, apresenta-se aqui alguns conceitos, diretrizes e normas estabelecidas em documentos internacionais, inter-relacionando identidade cultural, diversidade, patrimônio imaterial e proteção às minorias.

O principal garantidor do Direito à Identidade Cultural, assim como de qualquer outro direito humano, é o Estado dentro do qual se encontra o respectivo grupo étnico-cultural. No entanto, dado que a diversidade cultural "constitui patrimônio comum da humanidade", a comunidade internacional também tem responsabilidade sobre sua proteção. Isto ficou evidenciado, por exemplo, com a adoção da Convenção de Haia para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado (1954) e de seus dois protocolos e com a adoção da Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural (1972) (CHIRIBOGA, 2006, p.47) .

O *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, internalizado pelo direito brasileiro com o Decreto 592/92 traz importante previsão quanto à proteção de minorias nacionais: "No caso em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outras membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria

religião e usar sua própria língua."

Língua e vida cultural são aspectos relevantes para a identidade cultural, representando, no viés do PIDCP, importantes componentes da liberdade de expressão. "Sua própria vida cultural" e "sua própria língua" trazem ideia de autodeterminação e autonomia. Embora a liberdade de expressão seja um bem individual, esta, isoladamente, pouco representa para a vida cultural de um grupo. O uso da língua se dá entre sujeitos, daí porque o direito, para ser plenamente exercido, deve se realizar *conjuntamente com outros membros de seu grupo*.

De acordo com *a Declaração da Cidade do México sobre Políticas Culturais* da UNESCO (1982) o conceito de cultura é definido como: "[...] o conjunto dos traços distintivos, espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abarca, para além das artes e das letras, os modos de vida, os direitos fundamentais do ser humano, os sistemas de valores, as tradições e as crenças", conceito este que se mostra afinado com a acepção antropológica antes mencionada.

Em 1985, também no México, realizou-se a *Conferência Mundial sobre as Políticas Culturai***s,** também no âmbito da UNESCO, que publicou nova "Declaração do México". Trata-se de documento formalmente não-vinculante, mas que traz importantes definições e diretrizes sobre identidade cultural.

Segundo a Declaração do México (1985), " a identidade cultural é uma riqueza que dinamiza as possibilidades de realização da espécie humana ao mobilizar cada povo e cada grupo a nutrir-se de seu passado e a colher as contribuições externas compatíveis com a sua especificidade e continuar, assim, o processo de sua própria criação".

Ainda de acordo com a referida Declaração (1985), "as peculiaridades culturais não dificultam, mas favorecem a comunhão dos valores universais que unem os povos. Por isso, constitui a essência mesma do pluralismo cultural o reconhecimento de múltiplas identidades culturais onde coexistirem diversas tradições".

Alguns traços presentes na Declaração de 1985 seriam aperfeiçoados e positivados em Convenções posteriores. Já se falava, neste documento, na dimensão cultural do desenvolvimento, como contribuinte no fortalecimento da independência, soberania e identidade das nações. A cultura e a educação são vistas como propulsoras de novo modelo (mais humano) de desenvolvimento.

Quase quatro décadas antes, na Declaração Universal de Direitos Humanos já se

estabelecia, de modo genérico, uma relação entre cultura e democracia, ao se afirmar que "toda pessoa tem direito a tomar parte livremente da vida cultural da comunidade, a gozar das artes e a participar do progresso científico e dos benefícios que dele resultem. (art.27)." Este tema é reforçado na Declaração do México de 1985, que aponta a necessidade de ampla participação do indivíduo e da sociedade na produção e difusão de bens culturais. Propugna-se pela descentralização da vida cultural.

Para garantia da participação, é preciso eliminar as desigualdades sociais, de educação, língua, religião ou etnia (UNESCO, 1985). Vê-se, mais uma vez aqui, a ligação entre cultura/direito à identidade e os demais direitos sociais, ligação essa reforçada também no sentido de que cultura, educação, ciência e comunicação são complementares.

A Declaração do México (1985) aponta, ainda, a necessidade de se revalorizar as línguas nacionais como veículos de saber e propugna por uma difusão mais ampla e melhor equilibrada da informação.

Cumpre ressaltar, ainda, o papel da cooperação internacional na área cultural (realçado na Declaração dos Princípios da Cooperação cultural), que deve fundamentar-se no respeito à identidade cultural, à dignidade e ao valor de cada cultura.

A *Declaração Universal dos Direitos Coletivos dos Povos* aprovada em Maio de 1990 em Barcelona, por sua vez, declara que todos os povos têm direito a exprimir e a desenvolver a sua cultura, a sua língua e as suas normas de organização e, para o fazerem, a dotarem-se de estruturas políticas, educativas, de comunicação e de administração pública próprias, em quadros políticos diferentes.

Em 1992 é aprovada *a Declaração Sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas* (Resolução 47/135 da Assembléia Geral da ONU). Reafirma-se que os Estados "protegerão a existência e a identidade nacional ou étnica, cultural, religiosa e linguística das minorias dentro de seus respectivos territórios e fomentarão condições para a promoção de identidade (art. 1º. 1).

Esta Declaração é de cunho genérico e por vezes vago. Fala-se, por mais de uma vez no texto, em "medidas apropriadas para a defesa de minorias", mas sem especificar ações. Os Estados deverão adotar, quando apropriado, medidas na esfera da educação a fim de promover o conhecimento da história, das tradições, do idioma e da cultura das minorias em

seu território. As pessoas pertencentes a minorias deverão ter oportunidades adequadas de adquirir conhecimentos sobre a sociedade em seu conjunto. (art.4º, 4).

Há um "compromisso" entre as vertentes universalistas e relativistas em matéria de direitos humanos, pois ao mesmo tempo em que exorta a defesa das minorias ("Os Estados adotarão medidas para criar condições favoráveis a fim de que as pessoas pertencentes a minorias possam expressar suas características e desenvolver a sua cultura, idioma, religião, tradições e costumes"), restringe de certa forma a amplitude de proteção, "em casos em que determinadas práticas violem a legislação nacional e sejam contrárias às normas internacionais". (art.4º, 2).

Especificamente versando sobre a questão do idioma, em 1996 foi publicada em Barcelona a *"Declaração Mundial dos Direitos Linguísticos*". Não se trata de documento vinculante, tendo sido produzido por um conjunto de ONGs, com o apoio da UNESCO.

Neste documento (art.1º) definiu-se como comunidade linguística "toda a sociedade humana que, radicada historicamente num determinado espaço territorial, reconhecido ou não, se identifica como povo e desenvolveu uma língua comum como meio de comunicação natural e de coesão cultural entre os seus membros."

Reconhece-se como direitos inalienáveis: o direito a ser reconhecido como membro de uma comunidade linguística; o direito ao uso da língua em privado e em público; o direito ao uso do próprio nome; o direito a relacionar-se e associar-se com outros membros da comunidade linguística de origem; o direito a manter e desenvolver a própria cultura (art. 3º, item 1).

Questão relevante é que a Declaração não trata a questão apenas do ponto de vista de liberdades negativas ou do direito de não discriminação, mas propõe um atuar promocional, ativo dos Estados. Os dilemas da globalização (migrações, desestruturação de culturais locais) são mencionados. O texto menciona a importância de medidas compensatórias, expondo fatores que "podem aconselhar um tratamento compensador que permita restabelecer o equilíbrio: o caráter forçado das migrações que levaram à coabitação de diferentes comunidades e grupos, ou o seu grau de precariedade política, socioeconômica e cultural."

Mencione-se o art. 15, I, que serve de fundamento para o estímulo à co-

oficialização de idiomas em nível municipal, no Brasil ou em qualquer país membro da CPLP:: "Todas as comunidades linguísticas têm direito a que a sua língua seja utilizada como língua oficial dentro do seu território."

O Documento é extenso (por vezes até prolixo, com 52 artigos). Trata de questões como uso da língua nas relações de consumo e do direito de se expressar em idioma próprio no acesso ao Judiciário. Há seções específicas relacionando o idioma à educação, à cultura, os meios de comunicação e tecnologias e à esfera econômica, o que denota mais uma vez a relação de instrumentalidade do direito ao idioma (como faceta do direito à identidade cultural) com os demais direitos fundamentais. A Declaração acaba tendo relevante valor doutrinário e serve de base para a elaboração de políticas em âmbitos nacionais e supranacionais.

Em 2003 é aprovada pela UNESCO em Paris *a Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Imaterial.* Da análise do preâmbulo deste documento pode-se extrair reflexões relevantes. Reconhece-se "a importância do património cultural imaterial, principal gerador da diversidade cultural e garante do desenvolvimento sustentável."

Embora a salvaguarda do patrimônio imaterial seja algo amplo, abrangendo todas as nações e povos, parece ter havido especial foco em relação à proteção dos mais vulneráveis.

Neste ponto, "as comunidades autóctones, os grupos e, se for o caso, os indivíduos, desempenham um papel importante na produção, salvaguarda, manutenção e recriação do patrimônio cultural imaterial, contribuindo, desse modo, para o enriquecimento da diversidade cultural e da criatividade humana" (Unesco, 2003).

Os potenciais efeitos deletérios da globalização são explicitamente reconhecidos pela UNESCO, de 2003. Neste sentido:

> "os processos de globalização e de transformação social, a par com as condições que contribuem para um diálogo renovado entre as comunidades acarretam, tal como os fenómenos de intolerância, graves ameaças de degradação, de desaparecimento e de destruição do património cultural imaterial, em especial, devido à falta de meios para a sua salvaguarda"

Assim, parece mais do que razoável um olhar mais atento aos grupos vulneráveis, uma vez que é em relação a estes que o patrimônio imaterial tende a sofrer maior ameaça.

Nem sempre é fácil, contudo, apontar o grau de vulnerabilidade a que uma cultura e seu patrimônio imaterial estão sujeitos. Isto depende não só de se saber o que se considera patrimônio imaterial, mas também do universo de análise e suas relações com sistemas exógenos.

Assim, no caso dos territórios lusófonos: culturas de grupos minoritários podem ser ameaçadas pela tentativa de se impor um ideal de lusofonia, vindo "de cima para baixo" - na acepção de Boaventura SANTOS (2011). Mas, ao mesmo tempo, o reforço da identidade lusófona arrefece os efeitos deletérios da globalização hegemônica. Tendo como parâmetro a hegemonia cultural dos EUA nos meios de comunicação e o discurso triunfalista da sociedade consumo, o patrimônio imaterial comum de base lusófona pode ser considerado como vulnerável.

Conforme o art.2º da referida Convenção, entende-se por "patrimônio cultural imaterial" as práticas, representações, expressões, conhecimentos e aptidões – bem como os instrumentos, objetos, artefactos e espaços culturais que lhes estão associados – que as comunidades, os grupos e, sendo o caso, os indivíduos reconheçam como fazendo parte integrante do seu patrimônio cultural. Esse patrimônio cultural imaterial, transmitido de geração em geração, é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função do seu meio, da sua interação com a natureza e da sua história, incutindo-lhes um sentimento de identidade e de continuidade, contribuindo, desse modo, para a promoção do respeito pela diversidade cultural e pela criatividade humana.

São previstas na Convenção sobre Patrimônio Imaterial uma série de medidas de salvaguarda (arts.2º, item 3; art.13). O importante, aqui, é ressaltar que não se trata mais do modelo liberal absenteísta, que apenas garante a não discriminação. As medidas referem-se a um fazer ativo do Estado, o que pode ser identificado em expressões como "promoção", "documentação" e "transmissão via educação formal e não formal".

Fala-se, ainda, em "respeito às práticas consuetudinárias" (art.13) e em participação popular (art.16), já que as comunidades devem ser envolvidas nos processos de identificação e preservação do patrimônio imaterial. Verifica -se, também, a relação entre a cultura e o patrimônio cultural com o direito social à educação (art.14), reforçando a ideia de indivisibilidade dos DESCA. Dentre as várias linhas de ação política propostas, nota-se a priorização de ações educativas com jovens e a valorização da educação não-formal, ao lado

dos mecanismos formais.

Em 2005 a UNESCO aprova a *Convenção sobre Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais.* O documento parece ter seguido um viés não homogeneizante e seguiu a linha da Convenção de Salvaguarda, no sentido de priorizar o multiculturalismo e a plurietnicidade dos Estados. Por isso, não foi aceito pelos EUA, que não é signatário da Convenção.

Segundo BACARAT (2012, p.18) , o contexto no qual ocorreram as negociações para a elaboração da Convenção para a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais é caracterizado pelo embate entre a posição liberal dos Estados Unidos, que não aderiu a Convenção juntamente com o Estado de Israel, e o protecionismo europeu. "Ao final, ficou claro que ela representava uma contraposição aos interesses homogeneizantes e previa, em sua essência, a necessidade de proteção da expressão cultural diversa ".

A referida Convenção da UNESCO define o termo *diversidade cultural* como a "multiplicidade de formas pelas quais as culturas dos grupos e sociedades encontram expressões que são transmitidas dentro e entre grupos e sociedades".

O preâmbulo da Convenção traz um alerta em relação à mercantilização dos bens culturais, ao afirmar que "as atividades, bens e serviços culturais possuem dupla natureza, tanto econômica quanto cultural, uma vez que são portadores de identidades, valores e significados, não devendo, portanto, ser tratados como se tivessem valor meramente comercial".

A referida convenção cita, em seu art.2º, oito princípios fundamentais: respeito aos direitos humanos; princípio da soberania, princípio do respeito igualitário de todas as culturas, princípio da solidariedade e cooperação internacional, princípio da complementaridade entre os aspectos econômicos e culturais do desenvolvimento; princípio do desenvolvimento sustentável; princípio do acesso equitativo; princípio da abertura e do equilíbrio.

Chama-se a atenção para a questão do desenvolvimento e para a necessidade de se tomar em conta seus aspectos econômicos e culturais. Há uma preocupação com os países em desenvolvimento. Neste ponto, o art. 14 aponta para a necessidade de fortalecer as indústrias culturais dos países em desenvolvimento e de formação de recursos humanos e capacitação, nos setores públicos e privados, para a gestão estratégica do setor cultural. Propõe, ainda, o

suporte financeiro e técnico, a transferência de tecnologia, a troca de informação e *know how* entre os países desenvolvidos e emergentes.

Conforme BACARAT (2012, p.22), a defesa e promoção da diversidade das expressões culturais exigem uma mudança de paradigma. O amparo da diferença na cultura pela Convenção teria aberto espaço para a diferenciação nos processos de promoção do desenvolvimento socioeconômico :

> "As normas estabelecidas pela Convenção geraram forte influência no comportamento dos Estados e das organizações internacionais. A criação de uma demanda da economia mundial pela preservação da diversidade e da identidade cultural levou à necessidade de criação de novas políticas públicas de cultura".

Esta retrospectiva histórica no âmbito dos documentos de Direito Internacional permite inferir que houve uma evolução do conceito normativo de cultura, que passa a ser mais aberto e mais adequado à definição antropológica. Um olhar amplo sobre cultura passa a considerar o patrimônio cultural, a identidade, a diversidade e sua conexão com os direitos sociais e com o desenvolvimento.

Neste sentido, de acordo com ALVES (2010) , o alargamento do conceito de cultura também promove uma dilatação no conceito de desenvolvimento. Tal abertura de espaço, de acordo com BACARAT (2012, p.23), representa uma oportunidade para não aderir à importação de valores de desenvolvimento, mas sim de garantir uma adequação à realidade socioeconômica e de diversidade cultural dos países emergentes.

Por fim, é importante mencionar, para além do âmbito estritamente cultural, a Convenção 169 da OIT – Povos Indígenas e Tribais, internalizada no direito brasileiro pelo Decreto 5051/2004. Um dos pontos relevantes da Convenção é a chancela do critério de auto-identificação: "a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção (art. 1º, 2)"

Ainda de acordo com a Convenção 169, deverão ser "reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais, religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente" (art. 5º, a). A interação entre Poder Público e as minorias é levada em conta, no sentido de que o Estado deve consultar as

populações envolvidas no caso de mudanças legislativas (art. 6º).

3. IDENTIDADE CULTURAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS: INDIVISIBILIDADE E RELAÇÃO DE INSTRUMENTALIDADE

Os conceitos de direito e identidade inseriram-se, nos últimos anos, no debate em torno do conteúdo e do papel das Constituições, tanto no que tange aos direitos das minorias, às reivindicações territoriais, à proteção dos direitos culturais, à língua, aos currículos escolares, quanto aos preceitos que fundamentam as Constituições (COLAÇO & SPAREMBERGER, 2011, p.682).

O chamado direito à Cultura, conforme Vasco SILVA (2007) se transformou ao acompanhar as gerações de direitos: iniciou-se como um direito de liberdade de expressão ou de pensamento na primeira geração. Após, adquiriu contornos de prestação na segunda geração passando a fazer parte da categoria dos direitos econômicos, sociais e culturais; na terceira geração, dos direitos de participação, surge de forma institucionalizada de cooperação entre entidades culturais.

SILVA (2007) defende a posição de que uma pretensa divisão dos regimes jurídicos não condiz com a unidade estrutural dos direitos fundamentais, nem com a extensão dos regimes aos demais direitos constitucionais análogos, propondo aplicações dos dois regimes (o dos direitos, liberdades e garantias e o dos direitos econômicos, sociais e culturais) de acordo com a dimensão, subjetiva ou objetiva, do direito à cultura, que se revela, assim, como um direito "transversal" às diversas gerações e que obriga a uma superação de qualificações dicotômicas.

Castro (2012, p.20) ressalta a interdependência e indivisibilidade dos direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos. Integrando o rol de direitos humanos, o direito fundamental à identidade se apresenta instrumental em relação a uma série de outros direitos fundamentais, reforçando assim a ideia de indivisibilidade.

Ainda segundo CASTRO (2012:30):

> "Tais direitos são indivisíveis no sentido em que a proteção e a atenção destinadas a um (ou alguns) deles devem ser estendidas, no mesmo grau de intensidade, aos demais, já que os direitos humanos só podem ser promovidos em conjunto, em regime de

> complementaridade e integração. Portanto, igual dedicação deve ser dispensada aos DHs combinados, pois a atribuição da indivisibilidade reforça e intensifica os direitos em bloco, reafirmando sua natureza interrelacional, ou seja, a plena articulação entre eles".

Tão universais como os direitos, liberdades e garantias, os direitos culturais podem assumir, porém, projeções diversificadas em razão das condições concretas das pessoas porque, em última análise, visam a que todos usufruam da cultura como expressão de liberdade e de qualidade de vida (MIRANDA, 2006)..

A relação de instrumentalidade entre o direito à identidade e os demais direitos fundamentais relaciona-se com o fato de que a linguagem, os modos de vida e a visão de mundo estão diretamente relacionados com as possibilidades de exercício de direitos, não só de liberdade de expressão mas também de direitos sociais.

Neste ponto, o direito ao patrimônio linguístico é, também, garantia da base material para que muitos outros direitos individuais ou coletivos sejam exercidos em sua plenitude (SOARES, 2008, p.90).

Na mesma linha, Chiriboga (2006) destaca que o Direito à Identidade Cultural (DIC) é um direito autônomo, dotado de singularidade própria (ao menos conceitualmente), mas, ao mesmo tempo, é um "direito síntese", que abrange (e atravessa) tanto direitos individuais como coletivos. Assim, requer a realização e o efetivo exercício de todos os direitos humanos e de sua realização depende a vigência de muitos outros direitos humanos internacionalmente protegidos

Como mencionado por SOUZA (2002:18), a Proclamação de Teerã, adotada pela Conferência Internacional sobre Direitos Humanos, de 13 de maio de 1968, faz menção à indivisibilidade:

> "Sendo os direitos humanos e as liberdades fundamentais indivisíveis, a plena realização dos direitos políticos e civis é impossível sem o gozo de direitos econômicos, sociais e culturais. A conquista de avanços perenes na implementação dos direitos humanos depende, tanto no plano interno como externo, de políticas sólidas e efetivas de desenvolvimento econômico e social" (Proclamação de Teerã, parágrafo 13).

Pode-se fazer menção, ainda, à Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos (Nairobi, 1981), na qual se propõe um conceito de indivisibilidade que relaciona direitos econômicos, sociais e culturais aos direitos civis e políticos; isso, por sua vez,

relaciona os direitos individuais aos coletivos e encara o desenvolvimento como forma de consolidar a indivisibilidade (SOUZA, 2002, p.20).

Breves exemplos dão concretude à premissa aqui defendida. Antes mesmo de pensarmos em um âmbito supranacional do espaço lusófono, pensemos apenas no nível nacional, levando em conta a questão indígena.

O direito à educação (art.6º, Constituição Federal), por exemplo, só é garantido em sua plenitude quando se leva em conta as necessidades específicas de seu público-alvo. Pressupõe valores como pluralismo de ideias, respeito à diversidade e inclusão social. Assim, uma educação uniforme e homogeneizante funciona, para o caso dos indígenas, como um processo de "deseducação", ou melhor, aculturação, desenraizamento e desintegração. Oferecer ao indígena a inserção em um modelo educacional sem considerá-lo como sujeito representa a negação de sua própria identidade. A história brasileira é farta neste tipo de choque cultural.

Dar a "melhor educação" a uma criança indígena não significa interná-la no melhor colégio jesuíta ou dar-lhe uma bolsa de estudos na instituição 1ª colocada no ENEM. Ao contrário: em um exemplo destes o direito à educação representará a negação do direito à identidade. Se isso ocorre, quebra-se a ideia de indivisibilidade de direitos humanos.

O mesmo pode-se dizer quanto ao direito à saúde. Tome-se como exemplo as ações do Departamento de Atenção Básica do Ministério da Saúde no Brasil, com o Programa Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas, nos moldes do Programa Saúde da Família. Para ser efetivo, o programa tem que levar em conta a realidade vivida pelas comunidades. Aliás, o próprio Programa Saúde de Família tem como premissa o respeito à identidade local, com o estímulo para a formação de vínculos com a comunidade, a ideia de co-responsabilidade entre profissionais e população e a valorização de saberes tradicionais. Nestes dois exemplos, tratando de grupos vulneráveis, os direitos sociais devem ser moldados pelas políticas públicas à identidade cultural de seus destinatários. A Política e o Direito, neste caso, devem ir na direção da Identidade Cultural.

No âmbito das relações entre os Estados Nacionais, fenômeno semelhante ocorre, mas com um caminho trocado. Ao mesmo tempo em que deve ocorrer o caminho acima (no âmbito de minorias ou na seara do que é peculiar em determinada comunidade ou região), há um fluxo em que se parte no sentido da Identidade para a Política e o Direito.

É neste sentido pode-se falar, por exemplo, no papel de blocos de países como a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), como vetora de direitos fundamentais. Aproveitam-se os traços de identidade comum para, de forma concertada e cooperativa, se buscar objetivos em diversas áreas, não só na cultura em sentido estrito, mas na educação, na saúde e no desenvolvimento econômico e tecnológico.

A identidade compartilhada (ainda que de forma não uniforme) serve de ponto de partida para a consecução de ações que visam implementar uma série de direitos fundamentais, tanto aqueles ligados mais diretamente à identidade (patrimônio artístico e cultural, memória) como em outras áreas. Além disso, serve de mote para, de forma pragmática, alavancar interesses econômicos dos Estados-Partes.

Assim, a relação de instrumentalidade se dá nesta via de mão dupla, que deve ocorrer de forma concomitante e sobreposta: promoção de direitos fundamentais respeitando a identidade cultural (o que ganha relevo em comunidades diferenciadas) e, em um âmbito macro, a identidade cultural catalisando direitos fundamentais (aproveitando traços e laços comuns).

Esta proposição guarda alguma pertinência com o rumo sugerido por Boaventura Santos (2003) quando trata da dicotomia universalismo x relativismo em matéria de direitos humanos: defender a igualdade, quando a diferença inferioriza e o direito de ser diferentes quando a igualdade descaracteriza.

CONCLUSÃO

Se o direito à identidade cultural traz necessariamente como pressuposto a valorização da diversidade e dos modos plurais de se ver o mundo, o próprio modo de ver a Ciência do Direito deverá se abrir a paradigmas diferentes: buscar fontes e métodos diferenciados e procurar alcançar fenômenos que, por vezes, são tratados de modo subalterno pelos "operadores do direito". A aproximação com a Antropologia e a Sociologia é imprescindível neste ponto.

A par de um direito à identidade cultural em sentido lato, compreendido como

direito humano, tido como universal (um metadireito ou supradireito, se assim podemos dizer), o conteúdo e extensão deste será necessariamente relativo, pois dependerá da visão de seus próprios titulares – daí a importância dos conceitos de autodeterminação e etnodesenvolvimento.

A globalização e o processo acelerado de padronização cultural dela decorrente tem como propulsora a indústria cultural e como paradigma o modelo liberal. Assim, torna-se cada vez mais relevante pensar teorias de justiça que ressaltem a necessidade de se respeitar a tradição cultural de cada comunidade. Para tanto, deve ser destacada a participação dos indivíduos na vida política e a revalorização do espaço público, como um espaço de troca e de fomento da solidariedade.

Em retrospectiva histórica no âmbito dos documentos de Direito Internacional permite inferir que houve uma evolução do conceito normativo de cultura, que passa a ser mais aberto e mais adequado à definição antropológica. Um olhar amplo sobre cultura passa a considerar o patrimônio cultural, a identidade, a diversidade e sua conexão com os direitos sociais e com o desenvolvimento.

A relação de instrumentalidade se dá em via de mão dupla, que deve ocorrer de forma concomitante e sobreposta: promoção de direitos fundamentais respeitando a identidade cultural (o que ganha relevo em comunidades diferenciadas) e, em um âmbito macro, a identidade cultural catalisando direitos fundamentais (aproveitando traços e laços comuns).

REFERÊNCIAS

ALVES, Elder Patrick Maia. Diversidade cultural, patrimônio cultural material e cultura popular: a Unesco e a construção de um universalismo global. *Soc. estado***.**, Brasília, v. 25, n. 3, Dec. 2010.

BACARAT, Alyssa Cecilia. *Proteção da Cultura na Unesco e o novo paradigma de Desenvolvimento.* Especialização em Gestão de Projetos Culturais e Organização de Eventos. CELACC/ ECA-USP, 2012**.**

BURITY, Joanildo. Globalização e Identidade. Desafios do Multiculturalismo. In *Trabalhos para discussão***,** n. 107. Recife, Fundação Joaquim Nabuco, 2001

CASTELLS, Manuel. *O poder da identidade.* A era da informação: economia, sociedade e cultura. Volume II. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

CASTRO, Márcia Marques Marinho. Cultura, Identidade e o Debate Relativismo Cultural x Direitos Humanos nas Relações Internacionais Perspectivas Dialógicas após a Conferência de Viena de 1993. *Cadernos de Estudos Sociais e Políticos***.** Fórum dos Alunos do IESP, 2012.

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. O direito à identidade cultural dos povos indígenas e das minorias nacionais: um olhar a partir do Sistema Interamericano. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos.* São Paulo, n. 5, ano 3, 2006.

COLAÇO, Thais Luzia & SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Direito e identidade das comunidade tradicionais - do direito do autor ao direito à cultura. *Liinc em Revista***,** v.7, n.2, setembro, 2011.

CRUZ, Rodrigo Díaz. Experiencias de la Identidad. In *Revista Internacional de Filosofía Política***,** n. 2, pp. 63-74, 1993.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Cultura com aspas*. São Paulo: CosacNaify, 2009.

GRUMAN, Marcelo. Políticas públicas e democracia cultural no Brasil. *IV ENECULT - Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura.* 28 a 30 de maio de 2008. Faculdade de Comunicação/UFBA, Salvador-Bahia-Brasil. 2008, p.3.

GUARESCHI, Neuza. Cultura, Identidades e Diferenças. *Reflexão & Ação*, v. 16, n. 2, 2009, p.16.

HALL, Stuart. A centralidade da cultura: notas sobre as revoluções do nosso tempo. *Educação & Realidade*. Porto Alegre: UFRGS/FACED, v.22, n.2, jul/dez, 1997, p. 15-46.

HALL, Stuart. *A Identidade Cultural na Pós-Modernidade.* Rio de Janeiro, DP&A Editora, 2011.

LARAIA, Roque de Barros. *Cultura: um conceito antropológico.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001,

MALINOWSKI, Branislaw. *Une théorie scientifique de la culture*. Paris: Maspero, 1968.

MENDES, José Manuel Oliveira. *O desafio das identidades*. In SANTOS, Boaventura de Sousa. A globalização e as ciências sociais.São Paulo: Cortez, 2011.

MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais. *O Direito.* Lisboa: Universidade de Lisboa, 2006. Disponível em www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/MirandaJorge.pdf Acesso em 13 de outubro de 2014.

RODRIGUES, Donizete. Património cultural, Memória social e Identidade: uma abordagem antropológica. *Revista Ubimuseum,* n.01. Universidade da Beira Interior (POR), 2012. Disponível em http://www.ubimuseum.ubi.pt/. Acesso em outubro 2013.

SADER, Emir. Os dilemas da diversidade cultural. In *Seminário Diversidade Cultural Brasileira.* Fundação Casa de Rui Barbosa. Rio de Janeiro: FCRB, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. "Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade"; "Por uma concepção multicultural de direitos humanos". In: .

Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. "Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade"; "Por uma concepção multicultural de direitos humanos". In: . *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A globalização e as ciências sociais.* São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Modernidade, identidade e a cultura de fronteira». *Tempo Social. Rev. Social.* USP, 5 (1-2): 31-52, 1994

SILVA, Vasco Pereira da. *A cultura a que tenho direito: direitos fundamentais e cultura*. Coimbra: Almedina, 2007.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Cidadania cultural e direito à diversidade linguística: a concepção constitucional das línguas e falares do Brasil como bem cultural. *Revista Internacional de Direito e Cidadania***,** n. 1, p. 83-101, junho/2008.

SOUZA, Álvaro Reinaldo de. Os povos indígenas: minorias étnicas e a eficácia dos direitos constitucionais no Brasil. *Tese de Doutorado***.** Pós Graduação em Direito. Florianópolis: UFSC, 2002.

RECEBIDO EM: 23/12/2015
APROVADO EM: 26/02/2016

EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E AS RELAÇÕES DE TRABALHO

THE HORIZONTAL EFFECTIVNESS OF FUNDAMENTAL RIGHTS:

THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND THE LABOUR RELATIONS

Gabriel Ocampos Ricartes*

RESUMO: Este artigo trata interdisciplinariamente da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, abrangendo aspectos de Direito Constitucional e de Direito do Trabalho. Analisam-se as diversas teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, dando ênfase à solução de conflitos mediante o uso do princípio da proporcionalidade. Por fim, apresentam-se situações específicas de relações de trabalho em que há o choque entre direitos fundamentais e propõem-se soluções com base no princípio da proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Eficácia horizontal. Direito do Trabalho. Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT: This article presents an interdisciplinary legal research regarding the horizontal effectiveness of fundamental rights, comprehending Constitutional Law and Labour Law aspects. It analyzes various horizontal effectiveness theories, emphasizing conflict resolution through the use of the principle of proportionality. Last but not least, it presents specific situations of labor relations in which there are conflicts between fundamental rights and their solutions based on the principle of proportionality.

Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra; Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Contato: goricartes@gmail.com.

KEY WORDS: Fundamental rights. Horizontal effectiveness. Labour law. Principle of proportionality.

I – Introdução

Pode um colégio particular contratar uma professora, constando do contrato de trabalho uma cláusula de celibato e, posteriormente, demiti-la caso venha a casar-se? Pode uma empresa contratar uma trabalhadora para realizar serviços de informática, condicionando a manutenção do contrato de trabalho à realização de um teste de gravidez no momento de admissão e a aceitar uma possível gravidez durante o contrato de trabalho como justa causa para despedimento? É possível a inclusão de uma cláusula *closed shop* (*i.e.*, a proibição de contratação de trabalhadores não sindicalizados) em uma convenção coletiva?(CANOTILHO, 2003, 1285-1286).

Em uma era pós-positivista, é patente o relevo dado a questões envolvendo direitos fundamentais e seus efeitos entre particulares. No Direito do Trabalho, em que a discrepância de poderes entre as partes salta aos olhos, esse tema assume uma posição central.

Com um olhar atento, é possível notar a existência de leves esboços da noção de direitos do homem na antiguidade, mas não há que se falar em direitos fundamentais até o advento do constitucionalismo. Nas palavras de Gomes Canotilho, *"sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política (...)"* (CANOTILHO, 2003, 1285-1286). [65].

Os direitos fundamentais, sobretudo, vieram à luz para a defesa dos indivíduos, à época, capitaneados por uma burguesia insatisfeita, em face de ingerências nocivas do Estado. A primeira dimensão dos direitos fundamentais, nessa toada, prezou pelos direitos de liberdade, tanto civil quanto política. Sobre o tema, elucida Paulo Bonavides que os direitos fundamentais de primeira dimensão:

> " (…) têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (…). São por igual direitos que valorizam primeiro o homem-singular, o homem das liberdades abstratas da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil (...)" (BONAVIDES, 2005, 263-264).

65 Em um corte histórico simplificado, a fundamentalização dos direitos do homem tem como marco inicial a *Declaration des Droits de l"Homme et du Citoyen* de 1789, que prevê em seu artigo 16º: "*a sociedade em que não esteja assegurada a garantia de seus direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição*". Não se considera como marco fundante da "revolução jusfundamental dos direitos" o *Virginia Bill of Rights* pela falta de universalidade desse documento. Pelo contexto histórico da independência dos Estados Unidos, os *"Bill of Rights"* elaborados à época assumiram um caráter regional, de modo que quase todos os entes da federação elaboraram a sua carta de direitos particular, sendo que, em alguns, isso nem chegou a acontecer. A "unificação" de uma carta de direitos estadunidense só veio a ocorrer com a aprovação das primeiras emendas, em 1789 (SILVA, 2011, 18).

Para dar completude a esse pensamento, Daniel Sarmento afima:

> "Com efeito, na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encarnam devem irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limites para o Estado, convertendo-se em norte para a sua atuação (SARMENTO, 2006, 106-107)".

Assim, quando se pensava em direitos fundamentais, tratava-se da eficácia vertical dos direitos fundamentais, tendo-os como direitos subjetivos oponíveis ao Estado, jamais a outro particular. A metamorfose jurídica, por sua vez, caminhou em sentido oposto, mostrando que não é somente o Estado que deve se submeter a esses direitos, mas também os particulares, com suas peculiaridades evidentes.

A complexidade do tema aumenta ao tratar-se da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, da sua aplicação em relações entre particulares. Nesse caso, eventual conflito de direitos levam a situações de choque entre direitos fundamentais e autonomia de vontade. Na seara laboral, como visto nas situações elencadas no início do tópico, comumente se chocam a liberdade de contratar e de gestão do empregador com os direitos fundamentais do trabalhador, situações em que, não raramente, é aviltada a dignidade da pessoa humana.

Não há que se pensar a noção de justiça dissociada da ideia de dignidade da pessoa humana. No meio jurídico, todavia, esse conceito banalizou-se de tal forma que se faz mister delimitar o real sentido de tal dignidade. Para tanto, dentre as inúmeras elucidações doutrinárias, vale ressaltar os dizeres de Ingo Wolgang Sarlet, segundo o qual a dignidade da pessoa humana pode ser entendida como:

> " (…) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos, e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida" (SARLET, 2009, 67).

A crítica afirma que aceitar a eficácia horizontal afrontaria institutos-chave do Direito Civil, precipuamente a autonomia da vontade; todavia, isso não parece correto. Não há que se falar em

autonomia da vontade quando não há equipotência das partes, o que é ainda mais clarividente nas relações de trabalho.

Este artigo divide-se em três partes: (i) uma explanação acerca das teorias que tratam da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, com a inserção de breves noções de direito comparado, para que se percebam as particularidades de cada ordenamento jurídico; (ii) a importância do princípio da proporcionalidade como pedra angular da edificação de uma solução de conflitos de direitos fundamentais nas relações entre particulares, dando ênfase às variadas formas de aplicação dessa norma; e (iii) um breve estudo de casos relativos a temas juslaborais envolvendo a eficácia horizontal e comprovando a solução pelo princípio da proporcionalidade.

Com efeito, pretende dar-se suporte à teoria dominante no Brasil, qual seja, a da aceitação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, levantando pontos críticos do tema e demonstrando sua aplicação nas relações de trabalho. Além disso, busca ressaltar-se a necessidade de um estudo aprofundado acerca do princípio da proporcionalidade – muitas vezes tratado superficialmente pelos juristas – em face de sua função essencial na resolução desses conflitos.

II - As teorias da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

A princípio, os direitos fundamentais eram tidos como meros limites ao poder estatal, sob a concepção liberal-burguesa, não se projetando nas relações entre particulares. Com o desenrolar histórico, tal ideia se perdeu no tempo, haja vista ser inegável que a opressão contra a pessoa pode vir não só do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presente nas mais diversas esferas sociais, *v.g.*, a família, a sociedade civil, o mercado e, obviamente, o empregador (SARMENTO, GOMES, 2011, 61).

Em sociedades em que a desigualde social e a assimetria do poder se sobressaem, como é a realidade brasileira, a afronta a direitos fundamentais se acentua. Nessas situações, negar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é ceifar uma esfera crucial de direitos a quem mais carece de proteção.

Vale dizer, todavia, que não basta colocar o particular na posição do Estado e aplicar as mesmas condições de sujeito passivo dos direitos fundamentais para obter-se justiça. O indivíduo, frise-se, é detentor de direitos fundamentais e de um poder de autodeterminação de seus interesses, de modo que uma equivalência desmedida dele ao Estado é uma restrição abusiva de sua autonomia (SARMENTO, GOMES, 2011, 61).

Deve evitar-se, a todo custo, uma sobrepujança da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, sob pena de atingir-se um fim oposto ao desejado. Para exemplificar, não se pode

imaginar uma sociedade em que o Direito interfira na faculdade de uma pessoa negar carona a outra por incompatibilidade de visões políticas, de modo a "obedecer" o direito à liberdade de pensamento político ou em que se proíba uma pessoa de chamar à sua casa somente companheiros de certa religião, com base na liberdade religiosa. Resta claro que a tarefa de ponderar o conflito de direitos fundamentais não é simples; é, porém, factível, desde que se busque a justa medida entre o excesso e a falta.

1. *State action doctrine*: a teoria liberal clássica

Tendo como expoente o universo jurídico estadunidense, a corrente liberal defende a não aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. É praticamente pacífico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que os direitos fundamentais previstos no *Bill of Rights* da Constituição dos Estados Unidos da América impõem não mais que limitações ao Poder Público.

Para embasar essa posição, valem-se, principalmente, da literalidade do texto constitucional, que se refere tão somente ao Poder Público em suas cláusulas fundamentais. Ademais, juristas como Laurence Tribe ressaltam a preocupação com a autonomia privada, alegando que a eficácia horizontal poderia comprometer a liberdade individual.

Com efeito, desde a década de 40 do século XX, a Suprema Corte americana atenua a rigidez da *state action doctrine*, adotando a chamada "*public function theory*". Assim, quando o particular exercer atividades tipicamente estatais, também se sujeitará às limitações constitucionais fundamentais. Isso é válido no sentido de impedir que o Estado se esquive dos deveres fundamentais constituindo empresas privadas ou delegando funções.

Nesse sentido, a jurisprudência vem dando à doutrina da ação estatal contornos mais maleáveis. Um precedente emblemático que ilustra essa tendência é o caso *Shelley v. Kraemer*. Nesse episódio, havia uma convenção privada vinculando proprietários de imóveis de certa região, proibindo-os de vendê-los a membros de minorias raciais. Ainda assim, um dos proprietários alienou seu imóvel a um homem negro, de modo que os demais ajuizaram uma ação alegando afronta à convenção. A Suprema Corte decidiu que se o Judiciário interviesse dando razão à parte autora, coadunando com a convenção, estaria emprestando sua força e autoridade a uma discriminação contrária à sua própria Constituição (SARMENTO, GOMES, 2011, 65).

Imprescindível notar que os contornos de um ordenamento jurídico são o reflexo da cultura de seu povo; no caso em tela: o individualismo exarcebado estadunidense. Nos Estados Unidos, é patente que a *state action doctrine* não edificou *standards* mínimos de proteção aos direitos fundamentais nas

relações privadas, o que constitui uma ameaça constante à dignidade de seus indivíduos frente às opressões constantes.

2. A teoria da eficácia indireta ou mediata (*mittelbare, indirekte Drittwirkung)*

A teoria da eficácia indireta surgiu na Alemanha, pela doutrina de Günter Dürig, em sua obra *"Grundrechte und Zivilrechtsprechung"*, de 1956, tendo até hoje aceitação predominante pela Corte Constitucional daquele país. De acordo com essa corrente, os direitos fundamentais irradiam efeitos vinculativos *prima facie* sobre o legislador, que tem de tratar das relações privadas se baseando nos princípios materiais positivados na Constituição (CANOTILHO, 2003, 1286).

Assim, os direitos fundamentais não são considerados direitos subjetivos dos particulares, *i.e.*, não podem ser invocados diretamente da Constituição. Para Dürig, é possível os particulares renunciarem a direitos fundamentais no âmbito das relações privadas em razão da proteção constitucional da autonomia privada. O autor admite, porém, a necessidade de haver elos entre o Direito Privado e a Constituição, de modo a submeter aquele a valores fundamentais. Essa ligação, para ele, deve ser feita mediante cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados acolhidos pelo legislador (SARMENTO, GOMES, 2011, 67).

Aqueles que levantam a bandeira da teoria da eficácia indireta aduzem que os direitos fundamentais não são protegidos por instrumentos constitucionais, mas de Direito Privado. Assim, caberia à lei delimitar o "grau de cedência recíproca", nas palavras de Sarmento, entre cada um dos bens jurídicos em choque. Em relação aos conceitos indeterminados criados pelo legislador, caberia ao Judiciário integrá-los com fulcro nesses direitos.

Dentre os inúmeros casos da jurisprudência alemã que dão suporte a essa teoria, ganha destaque o "caso *Lüth*". A discussão foi travada em torno do boicote organizado por Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, em 1950, contra um filme dirigido por um cineasta que fora colabor do regime nazista, Veit Harlan. Inconformada com o boicote, a empresa distribuidora do filme levou o caso à Justiça Estadual de Hamburgo, que decidiu pela cessação do boicote com base no § 826 do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* – Código Civil alemão), que prevê que quem causar danos intencionais a outrem, de maneira ofensiva aos bons constumes, fica obrigado a compensar o dano.

Lüth, todavia, valeu-se da reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) e levou o caso ao Tribunal Constitucional. Em decisão final, o recurso foi acolhido, sob o argumento de que as cláusulas gerais de direito privado, como os "bons costumes", devem ser interpretadas à luz da ordem

de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais (SARMENTO, GOMES, 2011, 69).

A essa teoria, surgiram diversas críticas. Em primeiro lugar, a hipertrofia do Direito Privado por valores constitucionais pode ampliar a indeterminação e a insegurança na aplicação das normas civis, comerciais e trabalhistas. Ademais, esse sistema obviamente não tutela integralmente os direitos fundamentais no plano privado, que se sujeita à vontade do Poder Legislativo[66].

Na doutrina brasileira, essa teoria não foi muito aceita, senão por alguns juristas com forte influência do direito constitucional alemão[67]. A esmagadora maioria dos juristas pátrios defende a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais, como será exposto no tópico a seguir, haja vista que a ordem jurídica brasileira é muito mais voltada a combater desigualdades sociais do que a alemã, dadas as condições socioculturais de cada país.

3. Teoria da eficácia direta ou imediata (*unmittelbare, direkte Drittwirkung)*

O jurista Hans Carl Nipperdey, nos idos de 1950, percebeu que, embora parte dos direitos fundamentais existentes na Constituição alemã vinculem somente o Estado, há aqueles que, por sua própria natureza, poderiam ser aplicados nas relações privadas, independentemente da mediação do legislador. Nesse sentido, afirma que os direitos fundamentais não são ameaçados somente pelo Estado, mas pelos poderes sociais e de terceiros em geral. Além disso, o reconhecimento de um Estado Social implica a extensão desses direitos às relações entre particulares (SARMENTO, GOMES, 2011, 71).

---

66 Dando seguimento às críticas, assinala CANOTILHO: "*Dizer, como faz Dürig, e, na sua senda, os defensores da teoria mediata, que as posições jurídico-subjectivas reconhecidas pelos direitos fundamentais e dirigidas contra o Estado não podem transferir-se, através de uma eficácia externa, de modo imediato e absoluto, para as relações cidadão-cidadão (melhor: particular-particular), embora se reconheça terem os direitos fundamentais força conformadora quer através da legislação civil e criminal quer através da interpretação das cláusulas gerais do direito civil susceptíveis ou carecidas de preenchimento valorativo (wertausfüllungsfähige und wertausfüllungsbedürftige Generalklauseln), parece-nos uma conclusão quase evidente que não responde, como demonstrou Leisner, ao verdadeiro problema da eficácia dos direitos fundamentais em relação a entidades privadas. Também não resolve o problema a ideia que, partindo do caráter jurídico-objectivo das garantias dos direitos fundamentais, prefere situar a questão, não no plano de uma eficácia directa dos direitos nas relações cidadão-cidadão, mas no plano da congruência ou conformidade normativa jurídico-objectiva entre as normas consagradoras dos direitos fundamentais e as normas do direito civil. Isto supõe a existência de dois ordenamentos autónomos e horizontais, quando a ordem jurídica civil não pode deixar de compreender-se dentro da ordem constitucional: o direito civil não é matéria extraconstitucional, é matéria constitucional*" (CANOTILHO, 2003, 1288).

67 Nesse sentido, vale também analisar: HECK (1999, 111-125); DIOULIS, MARTINS (2007, 104-115).

Ainda que minoritariamente aceita na Alemanha, essa corrente ganhou destaque em países como Espanha, Itália, África do Sul e Portugal (neste, vale dizer, há menção expressa na constituição afirmando a eficácia horizontal direta dos direitos fundamentais)[68].

Fiel à corrente da aplicação imediata, Canotilho ressalta que a complexidade de funções dos direitos fundamentais requer soluções diferenciadas e adequadas, analisando-se caso a caso[69]. Nas palavras de Gomes Canotilho:

> "os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e directamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais ou colectivas). Teriam, pois, uma eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos, fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias" (CANOTILHO, 2003, 1286-1287).

Analisando a posição dos doutrinadores brasileiros, nota-se um apoio maciço à teoria da eficácia direta. Info Wolfgang Sarlet, nesse sentido, reconhece que a incidência dependerá, em cada caso, de uma ponderação entre o direito fundamental em tela e a autonomia privada. Note-se:

> A propósito, verifica-se que a doutrina tende a reconduzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação também dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento da sua dimensão objetiva, deixando de considerá-los meros direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado. Há de acolher a lição de Vieira de Andrade, quando destaca os dois principais e concorrentes da problemática, quais sejam, a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda a ordem jurídica, inclusive privada, bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares (SARLET, 2007, 338-339).

---

68 Art. 18ª, 1., da Constituição da República Portuguesa, prevê: "Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas".

69 Buscando uma metódica de diferenciação para os casos de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, CANOTILHO apresenta cinco grupos de aplicações: (i) eficácia horizontal expressamente consagrada na Constituição, em que os particulares podem apelar diretamente aos preceitos constitucionais; (ii) eficácia horizontal através da mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada, que vincula o "legislador da ordem jurídica privada" a aplicar e cumprir as normas fundamentais; (iii) eficácia horizontal e mediação do juiz, que trata de uma concretização de bens jurídicos constitucionalmente protegidos através de normas de decisão judiciais; (iv) poderes privados e eficácia horizontal, estabelecendo que os direitos, liberdades e garantias protegem os cidadãos também contra os complexos sociais de poder, em que há desigualdade entre as partes, de modo que as leis e os tribunais devem estabelecer normas (de conduta e de decisão) que cumpram a função de proteção; e (v) o núcleo irredutível da autonomia pessoal, que traz decisões diferenciadas para cada caso concreto, de forma justa, sem desprezar os valores fundamentais, não dando lugar à "dupla ética", que pode ser exemplificada quando se proíbe a exigência de testes de gravidez para ingresso em emprego público, sob argumento de violação de direitos fundamentais, e se toleram os mesmos testes nas empresas privadas, sob a luz da autonomia empresarial (CANOTILHO, 2003, 1290–1294).

Nesse sentido, Gustavo Tepedino assevera que a cláusula geral da dignidade da pessoa humana é valor máximo do nosso ordenamento pátrio, sendo o principal instrumento de tutela da pessoa nas relações entre particulares. Nessa toada, frise-se:

> A dignidade da pessoa humana constitui cláusula geral, remodeladora das estruturas e da dogmática do Direito Civil brasileiro.Opera a funcionalização das situações jurídicas patrimoniais às existenciais, realizando assim processo de verdadeira inclusão social com a ascensão à realidade normativa dos interesses coletivos, direitos de personalidade e renovadas situações jurídicas existenciais, desprovidas de titularidades patrimoniais, independentemente destas ou mesmo em detrimento destas. Se o direito é uma realidade cultural, o que parece hoje fora de dúvida, é a pessoa humana, na experiência brasileira, quem se encontra no ápice do ordenamento, devendo a ela se submeter o legislador ordinário, o intérprete e o magistrado [...]" (TEPEDINO, 2006, 342).

Luís Roberto Barroso, por sua vez, ao endossar a teoria da eficácia direta, também dá relevo à necessidade de ponderação entre o direito fundamental em questão e a autonomia privada. Aduz, sobretudo, que devem ser levados em conta nesse processo: a igualdade ou desigualdade material; manifesta injustiça ou falta de razoabilidade de critério; preferência para valores existenciais sobre patrimoniais; e risco para a dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2009, 370-371).

Para Gilmar Ferreira Mendes, os direitos fundamentais são direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Destarte, como direitos subjetivos, concedem aos seus titulares o direito de oposição não só em face dos órgãos obrigados, mas também dos particulares, determinando a abstenção de atos que impeçam a realização daqueles interesses legítimos do cidadão, ou, ainda, que venham a propiciar o pleno gozo e fruição dos mesmos (MENDES, 2007, 2-4).

Por fim, vale destaque a acertada posição de Virgílio Afonso da Silva, defendida em tese de livre-docência de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Afirma o ilustre professor que se deve romper com a dicotomia entre efeitos diretos e indiretos, harmonizando-os. Assim, *a priori*, os efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas serão indiretos, mediante a atuação do legislador, mas, quando não for possível (por omissão ou insuficiência legislativa), os efeitos poderão ser diretos.

Em suma, resta clara a predominância da teoria da eficácia direta dentre os doutrinadores brasileiros. Importa salientar, todavia, que uma aplicação desmedida dos direitos fundamentais entre os particulares implicaria o efeito contrário ao pretendido. Sem um sistema de ponderação, a teoria da eficácia direta dá voz a uma ditadura dos direitos fundamentais, pondo em cheque a autonomia privada e comprometendo a busca pela justiça. Como fiel dessa balança necessária, aparece como peça-chave o princípio da proporcionalidade com todas suas particularidades.

III - O Princípio da Proporcionalidade e suas formas de aplicação

Ao adentrar no mundo principiológico, faz-se necessária uma breve explanação sobre as diferenças entre regras e princípios. Essa distinção, todavia, pressupõe que os direitos fundamentais tenham um suporte fático amplo, *i.e.*, que o âmbito de proteção desses direitos deve ser interpretado da forma mais ampla possível. Desse modo, não se admitem exclusões *a priori* do âmbito de proteção principiológico, de modo que qualquer ação, fato, estado ou posição jurídica que puder ser subsumido a um direito fundamental deve ser considerado, *prima facie*, protegido (SILVA, 2006, 23-51).

Valendo-se da teoria dos princípios de Robert Alexy, a principal diferença entre regras e princípios é a estrutura de direitos garantida por essas normas. As regras garantem direitos – ou impõem deveres – definitivos; os princípio estabelecem direitos – ou são impostos deveres - *prima facie.* Nas palavras de Virgílio Afonso da Silva:

> Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. É claro que regras podem ter – e quase sempre têm – exceções. Isso não altera o raciocínio, já que as exceções a uma regra devem ser tomadas como se fossem parte da própria regra excepcionada. (…) No caso dos princípios, não se pode falar em realização sempre total daqui que a norma exige. Ao contrário: em geral, essa realização é apenas parcial. Isso, porque, no caso dos princípios, há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) prima facie e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente (SILVA, 2006, 27).

Para encerrar o breve esboço sobre a teoria dos princípios, é importante reforçar a posição de Alexy, ao definir os princípios como "mandados de otimização". Assim, essa espécie normativa exige que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes. Enquanto a regra é aplicada ou não é, os princípios possuem vários graus de aplicação. Por isso, quando se trata de formas de aplicações normativas, há a subsunção, para as regras, e o sopesamento, para os princípios. Para fazer esse sopesamento entre princípios, vale-se do princípio da proporcionalidade.

Inicialmente, o princípio da proporcionalidade surgiu como instrumento judicial de controle dos atos do poder público, para evitar que os meios utilizados não ceifem os direitos fundamentais excessivamente para atingir determinados fins. Nesse sentido, Gomes Canotilho emprega a expressão "princípio da proibição do excesso".

Adepto do sistema germânico, o notável jurista português o divide em três subprincípios: (i) princípio da conformidade ou adequação dos meios (*Geeignetheit*); (ii) princípio da exigibilidade ou

da necessidade (*Erforderlichkeit*); e (iii) princípio da proporcionalidade em sentido restrito (*Verhältnismässigkeit*).

Por adequação, entende-se que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim a ele subjacente. Deve analisar-se a idoneidade da medida para a busca desse fim, haja vista que não é cabível a restrição de direito se ela não contribuir para a promoção de outro direito ou interesse geral. Segundo o subprincípio da necessidade, é imperioso concluir que a medida adotada não pode ser substituída por uma outra igualmente eficaz, mas menos gravosa (nas palavras de Alexy, "mandato do meio mais benigno"). Por fim, a proporcionalidade em sentido restrito, ou "princípio da justa medida", prevê uma avaliação para concluir se a medida não é demasiadamente gravosa em relação à vantagem a ser obtida com seu resultado (para Alexy, "mandato da ponderação")(SILVA, 2013, 6).

Há várias críticas sobre essa divisão tríplice do princípio e suas formas de aplicação, porém a economia necessária de um escrito desta natureza não permite abordá-las aprofundadamente[70]. Imprescindível ressaltar, no contexto de conflito de direitos fundamentais entre particulares, o dilema da necessidade.

Gomes Canotilho asserta, ainda que discorra no âmbito de conflitos Estado-particular, que o *espaço de livre conformação do legislador*, oriundo do princípio da legalidade democrática, torna sem sentido o teste da necessidade, restando ao controle judicial a apreciação da adequação e da proporcionalidade em sentido restrito (CANOTILHO, 2003, 270).

Embasado pelo pensamento do alemão Hesse, Vieira de Andrade sugere uma substituição do teste de necessidade pelo teste da razoabilidade, considerando aceitáveis medidas de variados graus de restrição, contanto que todas se encontrem dentro dos "limites da razoabilidade exigível". Por fim, Reis Novais propõe uma complementação do teste da proporcionalidade em sentido restrito com o teste da razoabilidade, de modo que o núcleo essencial das medidas não se limite à dignidade da pessoa humana, mas englobe, também, a razoabilidade (apreciação da gravidade qualitativa e quantitativa da medida face à tolerabilidade da limitação da liberdade da autonomia pessoal). Ademais, soma-se a isso o teste da determinabilidade, que impõe um grau de concretização e densidade para as normas que adotam medidas restritivas que limitam ao máximo o respectivo espaço de realização (SILVA, 2013, 9-10).

Transportando a discussão para a problemática da eficácia horizontal, Virgílio Afonso da Silva, em análise crítica à obra de Wilson Steinmetz – "*A vinculação dos particulares a direitos fundamentais" -,* aduz que Steinmetz desenvolve quatro diferentes precedentes *prima facie*:

---

70 Para uma abordagem mais detida sobre o tema, SILVA (2013), *O tetralemma do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade.*.

> 1. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência prima facie do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.
>
> 2. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência prima facie do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada.
>
> 3. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência prima facie do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial.
>
> *4*. Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência prima facie do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada.

Afonso da Silva atenta, todavia, à dificuldade de transportar o "teste de necessidade" para as situações de conflito entre direitos fundamentais e autonomia privada. Nesse sentido, assevera o autor:

> (…) exigir que particulares adotem, nos casos de restrição a direitos fundamentais, apenas medidas estritamente necessárias – ou seja, menos gravosas – para o atingimento dos fins perseguidos nada mais é do que retirar-lhes a autonomia de livremente dispor sobre os termos de seus contratos. Em outras palavras: exigir a obediência à regra da necessidade não é uma forma de solução da colisão entre direito fundamental e autonomia privada, já que essa autonomia estará necessariamente comprometida pelas próprias exigências dessa regra. Se aos particulares não resta outra solução que não a adoção das medidas estritamente necessárias, não se pode mais falar em autonomia (SILVA , 2005, 178-179).

Ainda que com muitas ressalvas e especificidades, o princípio da proporcionalidade é uma arma contundente à disposição de quem se propõe a analisar um conflito de direitos fundamentais entre particulares. Não é sem motivo que tal princípio é largamene utilizado pelos tribunais não só no Brasil, mas no mundo, não obstante a falta de critérios e a superficialidade com que, por vezes, é tratado.

Após breves pinceladas propedêuticas sobre eficácia horizontal e o princípio da proporcionalidade – como pede a brevidade deste artigo -, cabe reduzir o campo de abordagem para as relações do trabalho.

IV - Os direitos fundamentais e as relações de trabalho

1. O caso *Viking*

Rosella ou *International Transport Workers Federation* ("ITF") *v Viking Line ABP* ("Viking") é um caso emblemático do juslaboralismo europeu, em que se estabeleceu um direito

positivo à greve; todavia, ao mesmo tempo, determinou-se que esse direito deve ser exercido e sujeitado a uma motivação, em razão da afronta à liberdade de estabelecimento provida pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

A Viking é uma empresa finlandesa que realiza transportes por *ferryboats*. Dentre eles, o *Rosella* é o navio que realiza, sob pavilhão finlandês, o transporte entre Estônia e Finlândia. Toda a tripulação do *Rosella* está filiada ao Finnish Seamen's Union (FSU), sindicato finlandês de trabalhadores marítimos, que, por sua vez, é filiado à ITF, uma federação internacional de sindicato dos trabalhadores do setor de transportes, sediada em Londres.

Tendo em vista a discrepância das realidades sociais filandesa e estoniana, a Viking decidiu que a melhor solução seria registrar o navio sob a bandeira estoniana ou norueguesa, no desiderato de pagar menores salários aos trabalhadores. Isso se deve, principalmente, ao fato de que o *Rosella* estava com sua exploração deficitária em razão da concorrência com navios estonianos que realizavam a mesma conexão.

A ITF possui a luta contra os "pavilhões de conveniência" como uma de suas mais importantes políticas. Isso ocorre quando a propriedade efetiva e o controle do navio se encontrem em um Estado distinto do Estado do pavilhão sob o qual o navio está matriculado. É neste sentido que se direciona a atuação da ITF: para proteger e melhorar as condições de trabalho das tripulações e para reforçar o vínculo entre a nacionalidade do proprietário e o pavilhão do navio. Para isso, a ITF atua mediante boicotes e outras ações solidárias entre os trabalhadores.

A Viking informou suas intenções ao FSU e à tripulação do *Rosella*, que obviamente se opuseram a tais mudanças. Com isso, o FSU manifestou sua indignação à ITF, pedindo que ela enviasse a todos os sindicatos um comunicado incentivando a não negociação com a Viking.

Em sua defesa, a empresa ajuizou uma ação perante a *High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court of United Kingdom)*, pleiteando (i) que a ação da ITF e do FSU fosse declarada incompatível com o artigo 49º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia[71], (ii) que fosse determinada a revogação da circular da ITF incitando o boicote à empresa e (iii) que o FSU se abstesse de colocar entraves aos direitos que a Viking goza ao abrigo do direito comunitário. Em junho de 2005, a corte deu razão à autora, entendendo que a ação coletiva e a ameaça de ação coletiva

71 Artigo 49º No âmbito das disposições seguintes, são proibidas as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-membro no território de outro Estado-membro. Esta proibição abrangerá igualmente as restrições à constituição de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-membro estabelecidos no território de outro Estado-membro. A liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às atividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 54º, nas condições definidas pela legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais.

da ITF e do FSU iam de encontro à liberdade de estabelecimento prevista no artigo 49º do TFUE e, subsidiariamente, afrontavam ilegalmente a livre circulação de serviços.

A ITF e o FSU, inconformadas com a decisão, interpuseram recurso, questionando se a intenção do TFUE é proibir uma ação sindical se esta buscar impedir um empregador de, por razões puramente econômicas, utilizar a liberdade de estabelecimento. O Tribunal de Justiça da União Europeia asseverou que ações coletivas como as do caso em tela estão em desconformidade com o artigo 49º, pois buscam induzir uma empresa a celebrar uma convenção coletiva de trabalho com um sindicato estabelecido nesse Estado e a aplicar as cláusulas previstas nessa convenção a trabalhadores de uma filial da mesma empresa estabelecida em outro. A imposição de restrições desse patamar, em princípio, podem ocorrer, desde que sustentadas por uma razão que atina ao interesse geral e que se garanta sua aptidão para a realizão do objetivo prosseguido, não restringindo mais do que o necessário para tanto.

2. O caso *Laval*

No que se refere à horizontalidade dos direitos fundamentais, *Laval Un Partneri Ltd ("Laval") v Svenska Byggnadsarbetareförbundet* (Proc. C-341/05) é um caso paradigmático do juslaboralismo europeu. Entre maio e dezembro de 2004, a Laval – empresa com sede em Riga, na Letônia – enviou trinta e cinco trabalhadores para a Suécia, para a realização de obras em um estabelecimento escolar em Voxholm, em nome da empresa *L&P Baltic Bygg AB* ("Baltic"), sociedade de direito sueco cujo capital era 100% detido pela Laval até o fim de 2003.

Em 2004, a Laval assinou convenções coletivas com o sindicato letão dos trabalhadores de construção. Não havia, assim, nenhum vínculo de contratação coletiva com o Byggnads, a Byggettan ou o Elektrikerna (sindicatos suecos do setor). A questão era que os trabalhadores letões recebiam muito menos do que seus similares suecos. Por isso, o sindicato sueco de trabalhadores da construção civil pediu à Laval que aderisse à convenção coletiva vigente e, ainda, garantisse uma remuneração horária de 145 SEK (aproximadamente 16 euros – o que recebia, em média, um trabalhador do setor da construção civil na região de Estocolmo à época). A Laval opôs-se a tais termos e a negociação fracassou.

O Byggnads, a pedido da Byggettan, encabeçou uma ação coletiva em repressão à conduta da Laval, de modo que, em outubro de 2004, foi depositado um pré-aviso e a obra em Voxholm foi bloqueada em 2 de novembro do mesmo ano. Com isso, impediram entregas de mercadorias, realizaram piquetes de greve, além não permitirem a entrada de trabalhadores letões e de veículos na obra. Após a Laval requerer ajuda das forças policiais, foi informada que, tendo em vista que a ação

coletiva estava em consonância com o ordenamento jurídico sueco, a polícia não poderia intervir. Mesmo após os trabalhadores retornarem à Letônia, em solidariedade, outros sindicatos anunciaram um boicote a todas as obras da Laval na Suécia. Em fevereiro de 2005, o contrato com a Baltic foi rescindido pela cidade de Voxholm e, em março do mesmo ano, a empresa foi à falência.

Após, Laval ajuizou uma ação no Tribunal do Trabalho sueco (*Arbetsdomstolen*), em desfavor do Byggnads, da Byggettan e do Elektrikerna, requerendo fosse considerada a ação de solidariedade ilegal, devendo ser determinada a cessão do boicote a todas as obras da empresa na Suécia. Além disso, pleitou que os sindicatos indenizassem os prejuídos sofridos. Em abril de 2005, o *Arbetsdomstolen* suspendeu o julgamento e enviou o caso ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.

A decisão do TJCE, em consonância com o caso *ITWF v Viking Lines ABP*, foi no sentido de que o direito de valer-se de ação coletiva, a fim de proteger os trabalhadores do estado de acolhimento de um *dumping* social, pode constituir uma situação de legítimo interesse público, o que justificaria afrontar a livre circulação de serviços na União Europeia. No entendimento do Tribunal, todavia, não era esse o caso. Em suma, decidiu o TJCE o seguinte:

(i) o artigo 3(7), da Diretiva 96/71/CE, não pode ser interpretado como uma permissão ao Estado de acolhimento para que condicione a prestação de serviços em seu território à observância de condições de trabalho que vão além das regras imperativas de proteção mínima. Nesse sentido, o artigo 3(1)[72], alíneas (a) a (g), arrola expressamente o grau de proteção estabelecido para trabalhadores destacados e que interpretar o artigo de outra forma seria tornar a diretiva ineficaz;

(ii) sem prejuízo de as empresas assinarem, por vontade própria, um acordo coletivo de trabalho

72 Artigo 3º (Condições de trabalho e emprego)

1. Os Estados-membros providenciarão no sentido de que, independentemente da lei aplicável à relação de trabalho, as empresas referidas no nº 1 do artigo 1º garantam aos trabalhadores destacados no seu território as condiçoes de trabalho e de emprego relativas às matérias adiante referidas que, no território do Estado-membro onde o trabalho for executado, sejam fixadas: - por disposições legislativas, regulamentares ou administrativas e/ou - por convenções coletivas ou decisões arbitrais declaradas de aplicação geral na acepção nº 8, na medida em que digam respeito às atividades referidas no anexo: (a) períodos máximos de trabalho e períodos mínimos de descanso; (b) duração mínima das férias anuais remuneradas; (c) remunerações salariais mínimas, incluindo as bonificações relativas a horas extraordinárias; a presente alínea não se aplica aos regimes complementares voluntários de reforma; (d) condições de disponibilização dos trabalhadores, nomeadamente por empresas de trabalho temporário; (e) segurança, saúde e higiene no trabalho; (f) medidas de proteção aplicáveis às condições de trabalho e emprego das mulheres grávidas e de puérperas, das crianças e dos jovens; e (g) igualdade de tratamento entre homens e mulheres, bem como outras diposições em materia de não discriminação.

(…)

7. O disposto nos nºs 1 a 6 não obsta à aplicação de condições de emprego e trabalho mais favoráveis aos trabalhadores.

no Estado-membro de acolhimento, principalmente no contexto do seu próprio pessoal deslocado para lá, cujos termos podem ser mais favoráveis aos trabalhadores, o nível de proteção aos trabalhadores destacados é limitado, até segunda ordem, à previsão do artigo 3 (1) da Diretiva 96/71/CE, a não ser que a lei ou eventuais acordos coletivos no Estado-membro de origem já garantam condições mais favoráveis;

(iii) que a ação coletiva em questão não se justifica sob o argumento de respeito ao interesse público, de modo que não é viável permitir que uma organização sindical possa tentar obrigar, mediante o bloqueio de obras, uma empresa sediada em outro Estado-membro a realizar negociações salariais e a aderir a uma convenção coletiva cujas cláusulas estipulam, para certos tópicos, condições mais favoráveis do que as previstas na Diretiva supracitada.

Com o aval do TJCE, o Tribunal do Trabalho da Suécia condenou os dois sindicatos a pagar cerca de € 65,700 a Laval, em razão dos prejuízos causados pela ação coletiva. Como era esperado, essa decisão gerou muita polêmica entre os juslaboralistas e os defensores dos direitos humanos.

3. Por que os casos Viking e Laval são um problema?

Em um contexto comunitário europeu, os precedentes criados pelos casos Viking e Laval são extremamente prejudiciais aos sindicatos, haja vista terem ceifado a fundamental liberdade de realizar ações coletivas em âmbito transnacional. Ao mesmo tempo em que essas decisões reconheceram de forma pioneira que o direito à realização de ação coletiva, incluindo o direito à greve, integra a lei comunitária, as restrições impostas pela corte impossibilitaram esse direito de ser exercido na prática.

No caso Viking, o Tribunal de Justiça da União Europeia demosntrou ter um entendimento precário dos princípios que norteiam a Convenção nº 87, da OIT, ao dispor que o direito à greve está submetido à restrições tão incisivas, como, *v.g.*, a ação coletiva só poderia ocorrer em casos excepcionais, como prevê o parágrafo 81 do julgado:

> *"No que se refere à ação coletiva promovida pela FSU, ainda que esse ação – que visou a proteção de postos de trabalho e condições de emprego dos membros daquele sindicado responsável por ser adversativamente afetado pelo rebandeiramento do Rosella – possa ser considerada, à primeira vista, como uma ação que busca proteger os direitos dos trabalhadores, essa visão não se sustenta se se estabelecer que os postos e as condições de trabalho em questão não foram prejudicadas ou estao sob fortes ameaças".* (tradução livre)

Além disso, a Corte asseverou que, ainda que a ação se encaixasse em um desses casos excepcionais, ela só seria legalmente possível se fosse necessária e adequada. Nesse sentido, o parágrafo 84 prevê:

> *"se os postos e as condições de trabalho dos membros do FSU estão, de fato, os prejudicando ou colocando sob grave ameaça, então seria necessário assertar se a ação coletiva proposta pelo FSU é capaz de garantir o objetivo almejado e se ela não vai além do necessario para isso"*[73].(tradução livre)

Por fim, restou decidido que os sindicatos deveriam exaurir todos os demais meios para resolver a situação antes de valer-se do direito de greve. Nesse sentido, asserta o parágrafo 87:

> *"se a ação coletiva em questão nos principais procedimentos vai alem do necessário para atingir os objetivos ou não cabe à corte examinar, particularmente, por um lado, se, sob o ordenamento jurídico pátrio and os acordos coletivos aplicáveis, FSU não teria outros meios ao seu dispor que seria menos restritivos à liberdade de estabelecimento para atingir o mesmo objetivo; e se aquele sindicato buscou exaurir todos os meios alternativos para tal ação*[74]*"*. (tradução livre)

No caso Laval, a Corte entendeu que a ação coletiva realizada pelos sindicatos suecos, no sentido de forçar a empresa da Letônia a pagar a seus trabalhadores valores parelhos aos pagos a trabalhadores suecos, determinados por um acordo coletivo realizado entre os empregados letoniados que trabalham em localidades suecas, pode ser contrária às norma da união europeia, caso não estejam em consonância com o artigo 56 do TFUE.

Com efeito, restou decidido que, nos casos em que a lei interna do país não exija que o empregador esteja de acordo com um salário mínimo estatutário ou com acordos coletivos aplicados universalmente, o sindicato não poderá promover uma ação coletiva em desfavor do empregador em busca de garantir o cumprimento do acordo coletivo; que, onde a lei interna exige que o empregador respeite o salário mínimo estatutário, mas não haja acordos coletivos universalmente aplicáveis, não restou muito claro se é (ou não) possível que o sindicato se valha da ação coletiva para pleitar que o empregador pague salários acima daqueles determinados pelo estatuto; e que, onde a lei interna exige que o empregador cumpra com os acordos coletivos universalmente aplicáveis, não está claro se é

---

73 *"if the jobs or conditions of employment of the FSU's members liable to be adversely affected by the reflagging of the* Rosella *are in fact jeopardising or under serious threat, it would then have to ascertain whether the collective action initiate by FSU is suitable for ensuring the achievement of the objective pursued and does not go beyond what is necessary to attain that objective"*

74 *"whether or not the collective action at issue in the main proceedings goes beyond what is necessary to achieve the objective pursued, it is for the national court to examine, in particular, on the one hand, whether, under the national rules and collective agreement law applicable to that action, FSU did not have other means at its disposal which were less restrictive of freedom of establishment in order to bring to a successful other, whether that trade union had exhausted those means before initiating such action."*

possível que o sidicato promova a ação coletiva para exigir que o empregador cumpra alguns direitos que estejam fora da lista daqueles previstos no artigo 3 da Diretiva 96/71/EC.

4. A realidade brasileira

No Brasil, é notório o caráter eminentemente protecionista do direito laboral. Não bastasse a desigualdade social aguda existente no país - e o reflexo amargo irradiado nas relações socioculturais de trabalho, o vínculo empregador-trabalhador retrata, por si só, o opressor e o oprimido. Independentemente de condições financeiras, técnicas ou quaisquer outras, na relação laboral, o obreiro nunca se encontra em pé de igualdade com o empregador, pela própria característica da relação empregatícia, que supõe a subordinação jurídica. Nesse sentido, não há que se pensar em outra seara em que se note mais claramente a importância da eficácia horizontal dos direitos humanos.

A questão da autonomia de vontade no contrato de trabalho é muito peculiar. Se a ideia tradicional de contrato é um acordo entre as partes que, teoricamente, estão no mesmo patamar para barganhar seus termos, isso não se aplica ao juslaboralismo. Em regra, os pontos-chave analisados pelo trabalhador em um contrato de trabalho são a remuneração e a jornada de trabalho. Frise-se que raramente isso é negociável. Desse modo, não é exagero afirmar que o contrato de trabalho aproxima-se muito de um contrato de adesão.

Essa falta de paridade implica uma sujeição do trabalhador a situações que, por vezes, não estão de acordo com o que Maurício Godinho Delgado chama de "patamar civilizatório mínimo". Essas condições mínimas de trabalho são o *standard* que se busca para que se haja um respeito à famigerada dignidade da pessoa humana.

Ainda que o legislador tenha dado passos largos no desiderato de tentar reequilibrar essa relação – tem-se, aqui, a eficácia horizontal indireta -, a dinamicidade e a complexidade das relações sociais mostram que isso, por si só, não foi suficiente. Surge, então, a necessidade de reafirmar a vontade constitucional de fortalecer a parte hipossuficiente, para que se busque uma equipotência na relação laboral. Isso se dá por meio da análise dos direitos fundamentais em choque.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se acatando a eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações de trabalho no Recurso Extraordinário nº 161243-6/DF. O caso trata de uma empresa aérea francesa que se recusa a aplicar o mesmo regulamento a empregados brasileiros e francesas. Eis a ementa:

> "CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO

PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE: AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º, C.F., 1988, art. 5º, **caput**.

I. Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade. C.F., 1967, art. 153, § 1º, C.F., 1988, art. 5º, **caput.**

II. A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínsica ou extrínseca ao indivíduo, como o sexo, raça, a nacionalidade, o credo religioso etc é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846 (AgRg) – PR, Célio Borja, RTJ 119/65.

III. Fatores que autorizariam a desigualdade não ocorrentes no caso.

IV. R.E. Conhecido e provido. (STF, RE-161243-6/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Veloso, DJ 19.12.1997)

No caso narrado, estão em conflitos o direito à igualdade e a autonomia do empregador. A empresa adotou um comportamento discriminatório não justificado em relação aos empregados brasileiros. Assim, ao se fazer uma análise da gravidade da medida frente à prejudicialidade que ela traz, a decisão se torna simples. Em primeiro lugar, a medida não é legítima, ao fazer uma discriminação por motivos de nacionalidade buscando tão somente diminuir as despesas. Vale salientar que o objetivo principal da empresa é o lucro; assim, é claro que as decisões do empregador são voltadas a esse fim.

Ainda que ilegítima, cabe fazer uso do pricípio da proporcionalidade. Seria essa medida adequada? Obviamente, ao não estender o benefício aos empregados brasileiros, o custo diminui. Há outros meios menos gravosos para chegar a esse fim? Parece claro que sim, mas, como advogado por Virgílio Afonso da Silva e outros juristas, o teste da necessidade parece incoerente com a autonomia privada; assim, será desconsiderado. Por fim, pela proporcionalidade em sentido restrito, o resultado da medida tomada é positivo o suficiente para justificar os prejuízos por ela causados? Segundo os precedentes de Steinmetz, em uma situação em que há desigualdade – como é típico das relações laborais -, o direito fundamental pessoal (no caso, o direito de igualdade) deve prevalecer ante a autonomia privada; além disso, deve prevalecer ante a busca incessante pelo lucro.

Analisando um dos casos propostos no início do artigo, para fins de comprovação da funcionalidade do princípio em tela, é possível uma empresa contratar uma trabalhadora para realizar serviços de informática, condicionando a manutenção do contrato de trabalho à realização de um teste de gravidez no momento de admissão e a aceitar uma possível gravidez durante o contrato de trabalho como justa causa para despedimento?

Esse caso é complexo e possui vários direitos em conflito. Em primeiro lugar, analisar-se-á a exigência de teste de gravidez no momento da admissão. Encontram-se em conflito a autonomia privada do empregador e o direito à privacidade da trabalhadora. É de conhecimento geral que uma trabalhadora grávida implica diversos custos adicionais a uma empresa, por exemplo, a licença

maternidade, os intervalos intrajornadas para amamentação e até a garantia provisória de emprego. Assim, seria essa medida adequada, mais uma vez, à diminuição dos custos da empresa? Parece irrefutável que sim. Ao exigir o teste, o empregador evita contratar uma trabalhadora grávida que, em breve, receberá sua licença. Esse fim perseguido, de acordo com o "teste da justa medida", é razoável o bastante para justificar essa invasão à privacidade da trabalhadora? Novamente, o caso é de um valor patrimonial em face de um direito fundamental pessoal, intimamente ligado à dignidade da pessoa humana. Como já fora defendido que não há uma real autonomia entre as partes no contrato de trabalho, a desigualdade é eminente, devendo prevalecer o direito à intimidade.

No que tange à cláusula que admite a gravidez durante o contrato de trabalho como justa causa para despedimento, o conflito é entre a autonomia do empregador e um valor fundamental tão prezado pela Constituição: a família. Essa cláusula é uma forma de ceifar a liberdade e o direito à maternidade da trabalhadora. Em um contexto constucional que defende e nutre a família e os direitos fundamentais pessoais, é patente que essa determinação é totalmente incoerente. Aqui, o teste da proporcionalidade ocorre de maneira muito similar ao exemplo supracitado.

V – Considerações Finais

Com o caminhar do tempo, as relações entre particulares se mostram cada vez mais complexas, criativas e, consequentemente, interrogativas. A globalização, o avanço tecnológico, a criação de novos campos de atuação e a era digital contribuem para que a sociedade evolua a passos largos. É tarefa do Direito tentar acompanhar essas mudanças, regendo-as na medida do possível para controlar desigualdades e promover justiça. Uma das formas centrais para atingir esse fim é saber lidar com os direitos essenciais que compõem o *patamar civilizatório mínimo* ou ir um pouco mais além.

Os direitos fundamentais assim são denominados por um motivo. Foram aqueles escolhidos pelo legislador como normas basilares para manutenção da dignidade. Eles são direitos humanos selecionados para constar do ordenamento como baluartes jurídicos. Dessa forma, sempre que houver conflito dessas normas fundamentais, há de ser minucioso, de prestar a máxima atenção, haja vista que qualquer deslize jurídico implica nada menos que um ato de injustiça. Ainda que o assunto esteja em voga no mundo jurídico, é evidente que a complexidade do tema demanda uma perquirição ainda mais intensa.

Não é preciso ir longe para avistar desigualdade. Dada a realidade brasileira, basta se aquietar à janela por alguns segundos para que ela salte aos olhos. Levando em consideração o seu aspecto multifacetado, vem à tona uma área em que a desigualdade se estabeleceu há muito tempo: as relações

de trabalho. A relação empregador-obreiro é marcada por desequilíbrio de forças e injustiças. Não há, assim, campo mais claro para se trabalhar os direitos fundamentais e seus conflitos.

A eficácia horizontal dos direitos fundamentais está cada vez mais presente nas decisões dos tribunais brasileiros. Todavia, a falta de profundidade dada ao princípio da proporcionalidade ainda é um entrave para a busca de soluções mais justas, humanas e dignas. É inegável, assim, que os estudos sobre esse princípio ainda têm muito o que avançar – e o farão – com o empenho dos cientistas jurídicos.

Com efeito, este trabalho buscou dar os aspectos introdutórios de um tema tão relevante e atual no mundo jurídico. Em linhas gerais e com a brevidade requisitada pela natureza do artigo, elencaram-se alguns pontos fundamentais e controversos acerca do tema. Frise-se, por fim, que os direitos fundamentais devem ser tratados com o zelo e a parcimônia necessários, haja vista não estar se tratando de meros direitos acessórios, mas daquilo que a Constituição preza por excelência: dignidade, humanidade e justiça.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo.* São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 16ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 7ª edição, 14ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003.

EWING, Keith D. *The Draft Monti II Regulation: an inadequate response to Viking and Laval.* Liverpool: The Institute of Employment Rights, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional.* 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 8ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* 2ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho*. In Revista do TST, vol. 77, nº4, out/dez 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*. RDE. Revista de Direito do Estado, v.4, p.23-51, 2006.

_____. *Direitos fundamentais e relações entre particulares.* Revista Direito GV, v.1, pp. 173-180, 2005.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos Fundamentais na Arena Global.* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

_____. *O tetralema do controlo judicial da proporcionalidade no contexto da universalização do princípio: adequação, necessidade, ponderação e razoabilidade*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Do sujeito de direito à pessoa humana* in *Temas de Direito Civil – tomo II.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

WYATT, Derrick. *Horizontal Effect of Fundamental Freedoms and the Right to Equality after Viking and Mangold, and the Implications for Community Competence* in *Croatian Yearbook of European Law & Policy,* vol. 4, 2008; Oxford Legal Studies Research Paper n. 20/2008. (Disponível em <http://ssrn.com/abstract=1158490>, acessado em 4/6/2014>).

RECEBIDO EM: 29/12/2015
APROVADO EM: 31/03/2016

DA APLICAÇÃO DO *JUS COGENS* PARA O COMBATE DO GENOCÍDIO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

THE APPLICABILITY OF JUS COGENS IN INTERNATIONAL SOCIETY AND THE PROHIBITION OF THE PRACTICE OF GENOCIDE IN POSTMODERN SOCIETY

Josycler Aparecida Arana Santos [*]

RESUMO: O presente artigo busca desenvolver a correlação entre a aplicabilidade do *jus cogens* na sociedade internacional e a vedação da prática de genocídio na sociedade pós-moderna. Procede a uma pesquisa de natureza bibliográfica nacional e estrangeira sobre os temas propostos. Aprofunda essa abordagem a partir das definições teóricas de *jus cogens* e de genocídio. Procura organizar uma primeira apresentação histórica desses conceitos e de suas evoluções na contemporaneidade. Empreende a busca de suas interpolações e expõe as consequências diretas para a área do Direito Internacional Público, em especial o Direito Humanitário. Demonstra o processo para que a proibição do genocídio torne-se regra jurídica na sociedade internacional moderna, sendo o *jus cogens* o instrumento essencial para a concretização desta evolução. Conclui demonstrando a efetiva evolução do Direito Internacional Público no último século e identificando os pontos em que deve melhorar para atender as necessidades da ordem pública internacional.

Palavras-chave: Direito Internacional. *Jus cogens*. Genocídio. Tribunal Penal Internacional.

ABSTRACT: This article looks for developing a correlation between the applicability of *jus cogens* in international society and the prohibition of the practice of genocide in postmodern society. It deepens this approach from the theoretical definitions of *jus cogens* and genocide. It aims to organize an initial historical presentation of these concepts and their developments in contemporaneity. It promotes the search for their interpolations and shows their direct consequences for the area of public international law, especially humanitarian law. It concludes by demonstrating the evolution of public international law in the last century and by identifying the points in which it must improve to fulfil the needs of international public order.

Keywords: International Law. *Jus cogens*. Genocide. International Criminal Court.

INTRODUÇÃO

Simultaneamente às mudanças que ocorrem na vida social dos indivíduos se produzem outras mudanças igualmente importantes. Mudam as percepções da vida em grupos, mudam as instituições jurídicas e, assim sendo, a busca de justiça. O próprio conceito de justo sofre alterações no tempo e no espaço. Mesmo as sociedades que revelam divergências em suas posições sobre a inserção do homem no grupo social, possuem valores que são essenciais para a vida em grupo. A proteção ao direito à vida de seus membros é um desses aspectos.

Se desde a Antiguidade até meados do século XX não existia a preocupação com a preservação desse bem maior dos indivíduos que pertencessem a outro grupo ou mesmo assumissem posições divergentes do grupo dominante, a sociedade pós-moderna tem apresentado tal questão ao debate.

A Revolução Francesa buscou implantar na sociedade europeia os direitos contidos no lema *LIBERTÉ, IGUALITÉ e FRATERNITÉ*[75]. Os regimes totalitários que vigeram na primeira metade do século XX abalaram com esse paradigma. O século que começou com a *Belle Époque*, considerando que as artes e as ciências encaminhariam a Humanidade para um período de paz perpétua, viu a crua realidade de duas guerras que foram denominadas de mundiais pelas consequências que trouxeram para todos os povos e a todos os ramos do conhecimento.

Nesse momento a Humanidade conheceu o horror e sofrimentos possíveis de serem causados pela eficiência produzida pela ciência. Uma ciência criada, delineada, exauridamente aplicada para que a morte não fosse uma consequência possível, mas antes um fim em si mesmo. Pereceram homens, mulheres e crianças, fragilizados e horrorizados, sem proteção do Estado ao qual se encontravam vinculados por laços de *jus soli* e *jus sanguini*. A soberania clássica foi usada como justificativa para a matança generalizada.

O século XX viu ainda a contraposição de dois regimes econômicos, e a extenuação de um destes. Assistiu a inúmeras guerras de repercussão geográfica localizada. Presenciou a evolução da ciência, a melhoria dos meios de comunicação até então existentes, a criação da internet e o desenvolvimento da tecnologia nuclear, a qual veio a ser usada para fins pacíficos e também como arma de guerra e de destruição em massa.

O século XXI não começou com melhores expectativas. Dois aviões atingiram fortes símbolos do capitalismo. A data de 11 de setembro assumiu um simbolismo próprio e passou a ser um marco do radicalismo. O horror assume aspectos antes inimagináveis. O terrorista pode ser qualquer um, pode estar ao lado, pode ter qualquer ambição a ser satisfeita. Ou simplesmente nenhuma, ter como meta a destruição do outro, bastando para tal que este não acolha seu sistema de valores sociais.

Falando francamente, a evolução do Direito Internacional Público deu-se pela ocorrência de mares de sangue inocente derramados. O que estudamos como mudança do paradigma, alteração de padrões éticos da sociedade internacional, a saída do Estado de foco e a entrada do ser humano nos holofotes

[75] Os direitos de primeira geração são conhecidos como as liberdades civis clássicas. Exigem uma abstenção do Estado, o qual não pode intervir no a esfera intima do indivíduo. São os ligados à liberdade em seus múltiplos aspectos: direito à vida, à liberdade religiosa, à liberdade de expressão e à propriedade privada. Os de segunda geração referem-se ao âmbito econômico, sociais, culturais e políticos. Os direitos de terceira geração são ligados à coletividade considerada em seu aspecto conjunto. Referem-se ao meio ambiente, busca da paz e da autodeterminação dos povos.

do Direito Humanitário, não é uma evolução lenta e gradual. Ocorreu porque negros, judeus, ciganos, opositores políticos, homossexuais, deficientes físicos e mentais, Testemunhas de Jeová, criminosos comum; em síntese, seres humanos de todas as etnias, credos e idades foram mortos frente a mais absoluta indiferença da sociedade ocidental.

Neste momento o questionamento deixa de ser meramente jurídico e se torna filosófico: o que distingue o ser humano dos demais animais? Talvez a resposta perpasse pela compaixão pelo destino do outro, pela alteridade necessária e pela busca de Justiça.

O objetivo deste artigo é analisar os conceitos de *jus cogens* e genocídio, mostrando suas origens históricas, as posições favoráveis ou contrárias dos doutrinadores e a legislação internacional, entrelaçando-os dentro do Direito Internacional Criminal e o Direito Humanitário e examinando como estes são utilizados no sistema do Direito Internacional Público no âmbito global.

Buscam-se ainda mostrar os pontos que ainda possuem debilidades conceituais, possibilidades de aprimoramento. Para a realização deste trabalho teórico far-se-á uma revisão bibliográfica, de onde se pretende referenciar os conceitos de *jus cogens* e de genocídio, num segundo momento interligando-os na busca de soluções para a prática de atos que configurem crime contra a Humanidade.

Como marcos teóricos, dialogar-se-á com dois importantes autores do século XX: a obra de Cláudio Finkelstein será referencial para o conceito de *jus cogens*; e a ótica de Raphael Lemkim para o conceito de genocídio. Este artigo foi dividido em quatro partes específicas, quais sejam: conceituação e discussão de sociedade internacional, desde seus primórdios até os dias atuais; prossegue com conceituação de *jus cogens*, num terceiro momento estudar-se-á o conceito de genocídio, sua criação e espécies possíveis. E por fim, elabora uma breve análise acerca do Tribunal Penal Internacional, elucidando sua importância na evolução do Direito Internacional Público, bem com suas fragilidades.

Conclui-se o estudo mostrando o instrumento jurídico atual para o julgamento e punição aos crimes de genocídio: o Tribunal Penal Internacional. Este sistema não é isento de críticas e falhas na busca de respostas aos horrores que nem mesmo as demais ciências (Psicologia, Filosofia, História, por exemplo) conseguem explicar. Mas é uma inegável evolução teórica e prática dentro do Direito Internacional.

Neste sentido, após a conclusão deste estudo, o artigo pretende colaborar com o debate acadêmico, na busca de aprimoramento dos institutos jurídicos à disposição da sociedade internacional.

1 SOCIEDADE INTERNACIONAL: CONCEITOS E DISCUSSÕES

O milenar brocardo jurídico *Ubi societas, ubi jus*, em sua essência, traduz uma verdade que é estudada por diversos ramos das Ciências. Sociologia, Antropologia, Filosofia, Psicologia, bem como o Direito buscam explicar o que é a existência humana, quer individualmente, quer em grupo e como esta proporciona no desenrolar da História.

Todas as facetas da natureza humana demonstram que a vida em grupo é uma necessidade e também um desejo. Seres humanos isolados conseguem sobreviver fisicamente, mas têm dificuldades cognitivas e emocionais. Por outro lado, a necessidade de viver em grupo impõe o imperativo de regramento.

Nesse sentido, torna-se pertinente a discussão acerca da conceituação que se deve estudar a vida dos grupos humanos conjuntamente considerados no planeta.

A propósito, vale mencionar Brierley (*apud* SILVA, 2010, p.38-39)

> O Direito só existe em uma sociedade, não podendo haver nenhuma sociedade sem um sistema jurídico que regule as relações de seus membros. Se se fala de Direito Internacional (*Law of Nations*) presumir-se-á a existência de uma sociedade de nações. Sociedade internacional é dessa forma o meio onde se aplicam as regras do Direito Internacional Público. Alguns autores utilizam a terminologia "comunidade" para identificar tal meio. Todavia pelas razões que passaremos a expor, o termo "sociedade" é o que se adéqua às especificidades e ao momento atual em que se desenvolve o Direito Internacional. Para explicar a distinção entre tais termos partiremos das posições de Freyer e Weber. Segundo Freyer, comunidade é a coletividade extra-histórica, em que não haveria poder de dominação, ou seja, de aspecto eminentemente natural, enquanto a sociedade teria formação histórica, sendo possível determinar o momento em que foi criada. Esta é constituída por grupos heterogêneos nos quais está presente a tensão de domínio, existindo, desta forma, um poder dominante. Já para Weber, comunidade é a coletividade que teria origem num sentimento subjetivo, como a tradição, os laços familiares, fatores emocionais, culturais. Já a sociedade surgiria da vontade orientada pela razão (aspecto objetivo) visando a obter determinada finalidade. Dessa forma, verifica-se que o Direito Internacional insere-se em uma "sociedade" internacional e não em uma "comunidade" internacional por causa da constante tensão de domínio. A comunidade também existiria nas sociedades primitivas. Ao primeiro conflito tornar-se-ia uma sociedade internacional "*lato sensu*".

Portanto, a opção pelo termo sociedade advém da complexidade das relações humanas, as quais necessariamente devem ser permeadas pelo Direito, quer formalizado num texto escrito, quer em seu aspecto consuetudinário.

Também Finkelstein (2013, p.39) preleciona:

> [...] inexistindo uma unidade de interesses entre os Estados na esfera global, preferimos a expressão sistema internacional a comunidade internacional, apesar de usarmos ambas as expressões, em virtude do uso disseminado das mesmas pela doutrina e pela jurisprudência. O uso do termo comunidade pressupõe a existência de interesses comuns, o que no mais das vezes não é verdade uma vez que tais interesses são extremamente diversos.

Por outro aspecto, a discussão sobre a origem do Direito é uma discussão clássica travada entre os teóricos do *jus naturalismo* e os do Direito Positivo. Ambas as correntes se digladiam na busca de resultados e respostas definitivas.

Para o Direito Natural, como a própria expressão o denota, os seres humanos são dotados de uma categoria de direitos mínimos que lhes são dados em razão de pertencerem ao gênero humano. Esses direitos derivam de uma fonte superior à própria noção de sociedade, sendo considerado que o sistema normativo independe da vontade de homens ou instituições. O *jus naturalismo* é derivado da noção de sagrado, da própria natureza, cabendo sublinhar que a racionalidade humana apenas o materializa. Ética e valores morais superiores são manifestações do Direito Natural, imutável e aplicável a todos os povos do mundo.

Em resumo, é do Direito Natural que os Direitos Humanos em suas variadas gerações (como o direito à vida, à liberdade de pensamento, liberdade de expressão, e liberdade religiosa, de propriedade) provêm. É valido para todos os indivíduos, em todos os tempos.

Os maiores teóricos fundadores do Direito Internacional na Idade Moderna, a saber: Francisco de Vitória, Francisco Suarez e Hugo Grotius, tiveram seus escritos e ideias essencialmente baseados nos conceitos do *jus naturalismo.*

Por outro lado, o positivismo jurídico entende que o Direito se origina na vontade humana e na estruturação jurídica e política de uma sociedade e atende apenas as necessidades de um povo organizado politicamente em torno de um Estado e de um ordenamento jurídico. Para essa teoria, é a previsão na norma jurídica que determina como os povos devem agir.

É a partir do positivismo jurídico que os tratados ganham força e impulso no Direito Internacional Público, obtendo cada vez mais terreno em relação aos costumes internacionais, atingindo seu ápice com a Convenção de Viena sobre direito dos tratados, a qual é considerada um marco na codificação do direito internacional consuetudinário. Assinada em 22 de maio de 1969, aberta a ratificações a partir de 23 de maio do mesmo ano; a referida Convenção só entrou em vigência em 1980 quando o número mínimo de 35 países a ratificou[76]. Na data de elaboração deste artigo (maio de 2016), a Convenção contava com 114 Estados partes[77].

Ainda que possa haver diferenciações entre os doutrinadores acerca dos marcos que definam o enquadramento temporal do Direito Internacional Público, Akeshut e Malanczuck (apud Finkelstein 2013, p. 44), consideram que "a distinção que historicamente se operou entre um direito internacional clássico – forjado entre 1648 e 1918 - e um direito internacional moderno, ou novo, se desenvolve a partir da Primeira Guerra Mundial".

2 DO SÉCULO XVI ATÉ O SÉCULO XXI: O CAMINHO E SEUS TROPEÇOS

Na transição do século XV para o século XVI se deu enfraquecimento do feudalismo europeu[78], e consequentemente a intensificação do poder real que conduziu a criação do conceito de Estado nacional[79] e, à vista disso, a soberania estatal que deu ensejo ao surgimento do Estado Moderno.

Argumenta Finkelstein (2013, p.44):

> Importante notar que na sua acepção originária, a ideia de soberania foi uma concepção de índole política que só posteriormente passou ao campo do Direito Internacional. A soberania deriva do reconhecimento da legitimidade de um poder central e não da aceitação da validade moral ou legal dos atos empreendidos por tal poder.

[76] O Brasil, embora tenha assinado a Convenção o dia 23 de maio de 1969, "honrando" sua tradição protelatória, só a ratificou em 25 de setembro de 2009, mesmo assim com ressalvas aos artigos 25 e 66.
[77] Fonte: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en, acesso em 05 de maio de 2016.
[78] Dentre as causas desse enfraquecimento encontram-se epidemias, guerras e mudanças tecnológicas nos meios de produção que aprimoraram o comércio e assim levaram ao fortalecimento da burguesia que ocasionou uma concentração de poderes políticos e econômicos nas mãos dos reis que impuseram sua autoridade aos senhores feudais, aos burgueses e à população em geral.
[79] Portugal, Espanha, França e Inglaterra foram os primeiros reinos unificados sob o poder do Estado moderno.

Nesse sentido, antes do surgimento do Estado-nação o poder estava descentralizado nas mãos dos senhores feudais. Cada feudo possuía sua legislação autônoma e independente. Sob tal aspecto o senhor feudal possuía poder de vida e morte sobre seus vassalos. Também a cobrança de impostos e a permissão de circulação no território encontravam-se subordinadas às vontades pessoais destes.

Em 1517 a Reforma Protestante liderada por Martim Lutero e apoiada pelos monarcas europeus provoca uma revolução não só religiosa, mas fundamentalmente uma mudança em valores sociais e políticos. Por sua vez, a nascente burguesia desejava maior autonomia para a prática de atos de comércio e, dessa forma, liberdade econômica.

Nos séculos XVII e XVIII ocorreu uma estabilização dos sistemas jurídicos positivados. O princípio da segurança jurídica avançou a patamares antes nunca alcançados. Os direitos humanos fundamentais começam a ser expressamente previstos nos textos legais. A *Petition of Rights (*1628*)*, o *Habeas Corpus Act (*1679*)*, a *Bill of Rights(*1689*);* a Declaração da Virginia (1776), a Carta dos Direitos dos Estados Unidos (1789) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa (1789) são documentos de valor paradigmático.

Já a segunda metade do século XIX assiste ao advento do conceito de organizações internacionais, as quais são criadas como um fórum permanente de discussão e evolução das questões que interessam à sociedade internacional. Em seus primeiros passos, tais organizações revestiam-se de um caráter técnico, como União Telegráfica Internacional (1865), União Postal Universal (1874), o Secretariado Internacional de Pesos e Medidas (1875), a União para Proteção da Propriedade Intelectual (1883), dentre outras.

A Primeira Guerra Mundial, conflito que ocorreu entre os anos de 1914 e 1918, foi motivada inicialmente pela partilha de terras que acontecia nos continentes africano e asiático, onde as principais potências europeias, Inglaterra e França, que na segunda metade do século XIX, buscavam adquirir hegemonia dos territórios para a extração de seus recursos, enquanto a Alemanha e a Itália ficaram com poucos territórios com recursos de baixo valor. Isso gerou descontentamento por parte dos ítalo-germânicos, que permaneceu até o começo do século XX.

Em segundo lugar a concorrência econômica entre os países europeus acirrou a disputa por mercados consumidores e matérias primas. Essa concorrência gerou vários conflitos de interesses entre as nações. Ao mesmo tempo em que ocorria esse aumento da concorrência, as nações europeias passaram a investir na fabricação de armamentos, o que gerou o aumento da insegurança, fazendo com que os investimentos militares aumentassem diante de uma possibilidade de conflito armado na região.

Além disso, a questão dos nacionalismos também esteve presente na Europa pré-guerra. Existiam rivalidades como, por exemplo, aquela identificada entre a Alemanha e a Inglaterra. Havia o ideal alemão de formar um grande império, unindo os países de origem germânica. Havia também o ideal eslavo de fortalecer o Império Russo, que envolvia também outros países de origem eslava, tais como Croácia, Sérvia, Ucrânia, Tcheca e Eslováquia.

Pode-se reconhecer como um dos antecedentes da Primeira Guerra Mundial a derrota francesa na Guerra Franco-prussiana.

Havia, também, nas décadas que antecederam o primeiro conflito mundial, a existência de uma política de alianças que eram firmadas entre as nações com o intuito de evitar novos conflitos. Essas políticas de alianças previam que os países que eram membros deveriam ajudar uns aos outros em caso do acontecimento de algum problema/agressão. Pode-se afirmar que uma dessas grandes

alianças aconteceu em 1872 entre o Império Alemão, o Império Austro-Húngaro e o Reino da Itália, chamado de Tríplice Aliança.

Com a derrocada do Império Otomano, a região dos Bálcãs, antes pertencente a esse império, tornou-se uma zona de instabilidade e de disputas infindáveis entre a Áustria-Hungria e Rússia e entre a Bulgária e a Sérvia, pela independência dessas regiões, e mais tarde contra o Império Austro-Húngaro.

A morte em 28 de junho de 1914, do herdeiro ao trono do Império Austro-Húngaro, Francisco Ferdinando, foi o estopim que deu início à guerra. Quem assassinou o arquiduque foi um ativista radical sérvio, motivando assim a exigência que a Sérvia tomasse providências e entregasse o culpado às autoridades. Como isso não ocorreu no prazo estipulado, o Império Austro-Húngaro declarou guerra a Servia. Porém, essa possuía aliança militar com a Rússia, que declarou guerra ao aquele. Por sua vez, o Império Austro-Húngaro possuía uma aliança com a Alemanha, que, então, declarou guerra à Rússia, nação que compunha uma aliança com a Inglaterra e com a França. Assim, em efeito cascata estava deflagrada a Primeira Guerra Mundial.

Cem anos depois, tem-se uma visão histórica mais apurada, com dados estatísticos documentalmente demonstrados. Mais de dezessete milhões de pessoas morreram entre os mais de vinte e oito países envolvidos.[80] A crise financeira instalada na Europa ao final do conflito desestruturou econômica e politicamente as nações envolvidas com graves conseqüências para toda sociedade internacional.

O mundo ocidental entrou em convulsão social. Os acontecimentos daquele período ressoam até hoje nas relações internacionais. Em 1915 acontece o massacre que é considerado o primeiro genocídio da História: o governo turco promove a chacina de mais de um milhão e meio de pessoas, a saber, os armênios. Em 1917, o Império Russo desmorona. Um novo regime econômico, o comunismo, surge. Também o Império Austro-Húngaro e o Império Otomano se fragmentam.

Em 1918, é assinado o armistício. Em 28 de junho de 1919, exatos cinco anos após a morte de Francisco Ferdinando, o Tratado de Versalhes é assinado e põe formalmente fim a Primeira Grande Guerra[81]. Mesmo num momento de paz formal, a política internacional acirra-se, mudanças sociais intensas ocorrem e são estabelecidos fatos que duas décadas depois desencadeariam outro conflito mundial

Nesse momento, as organizações internacionais começam a aparecer e estruturar-se no plano internacional.[82] Como consequência direta do Tratado, surge a Sociedade das Nações, a qual perdurou de 1919 até 1942. Todavia a Liga fracassou em seu objetivo primordial que seria a manutenção da paz entre Nações. A não participação dos EUA e sua estrutura decisória das questões que lhe eram apresentadas têm sido consideradas os principais motivos de sua falha.

Mesmo malogrando seus objetivos, a Sociedade das Nações apresentou um importante legado para a construção de uma estrutura das organizações internacionais.

---

[80] No lado dos denominados países "Aliados" os principais Estados envolvidos foram França, Grã-Bretanha, Rússia, e Estados Unidos. No front contrário, os denominados Impérios centrais: Império Alemão, Áustria-Hungria e Itália. A partir de 1915, a Itália passa a lutar ao lado daqueles. Ásia, África e países do Pacífico também participaram do conflito.

[81] Os historiadores ponderaram que os termos do Tratado deram origem ao desemprego, inflação gigantesca e sentimento revanchista que se instalou na Alemanha, abrindo caminho ao regime totalitário na qual Hitler foi nomeado Chanceler e encaminharam a Europa para um novo conflito a partir de 1939. .

[82] A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi a primeira organização internacional criada. Sua origem encontra-se determinada no Tratado de Versalhes em seus artigos 387 a 399.

Na visão de Braga (2013):

> Não obstante, é inegável que os Estados buscam uma maior integração e que se observa uma busca cada vez maior por formação de organismos internacionais. Ao fim da I Guerra Mundial assistimos à formação da Sociedade das Nações, com o objetivo de estabelecer a paz e o equilíbrio mundial. O Pacto das Nações que viu seu intento fracassado pelo advento da II Grande Guerra foi, finda esta, substituído com sucesso pela Organização das Nações Unidas. As relações internacionais do pós-guerra viram-se envolvidas pelo contexto da Guerra Fria. Foi nessa ocasião que os países procuraram unir-se em organismos com objetivos quase que exclusivamente militares tais quais, a OTAN e o KOMINFORM. Ao lado destes, intensificados com o fim do mundo bipolar, observou-se uma proliferação de blocos econômicos, com o objetivo de fomentar o comércio e a cooperação econômica entre os Estados-Nações. Nesse contexto, foram formados o NAFTA, o MERCOSUL, a APEC, a União Européia, ente outros. Como se pode observar, vivencia-se, na verdade, uma nova visão do mundo, uma Weltanschauung, em que se rompem fronteiras, não somente geográficas, mas também políticas, econômicas, sociais, culturais e jurídicas. Assim é que, no convívio deste mundo que se unifica, são crescentes as preocupações com temas comuns a toda "aldeia global", como direitos humanos e ecologia.

Ironicamente, é no período entre a Primeira e a Segunda Guerra Mundial que o Direito Humanitário mais evolui.

A Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945) revolucionou o Direito Internacional Público "clássico". A discussão deslocou-se dos direitos e deveres dos Estados um para o outro e colocou-se no sentido de buscar a proteção cada vez mais integral ao ser humano, centrando-se na dignidade da pessoa humana e não no exercício da soberania estatal.

Ante os horrores cometidos, documentados e divulgados para o mundo nenhum grau de ceticismo permite considerar que fosse possível à sociedade internacional ficar entorpecida.

Nesse cenário temos o desenvolvimento e entrelaçamento de dois conceitos "modernos": *jus cogens* e genocídio.

Foi um regime jurídico legal que ocasionou tantos dramas pessoais, bem como conflitos entre países ou foi à ausência de uma legislação internacional detalhada e impositiva que criou a lacuna para a odiosidade?

Noutras palavras o conceito de *jus cogens* caso já fosse juridicamente aceito de forma forte pela sociedade internacional, teria o poder de brecar essas e outras matanças indiscriminadas? O Direito não pode lidar com suposições. Mas pode e deve buscar soluções aos conflitos que se apresentem.

Nesse mesmo lapso geográfico e temporal a ausência de uma definição jurídica completa sobre as limitações do Estado para matar - sejam seus cidadãos sejam os cidadãos estrangeiros - também criou montanhas de corpos espalhados. Fornos crematórios e câmaras de gás foram usados como meio "eficiente" de extermínio. O tradicional brocardo jurídico s*ine pena, sine previa legis,* faz parte da tradição jurídica dos povos. Se por um lado serve para evitar perseguições injustas, é verdade que também isenta culpados de responderem à Justiça quando o sistema legal caminha em passos trôpegos e lentos na busca de resposta à injustiça.

3 SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E SUAS IMPLICAÇÕES NA MUDANÇA ESTRUTURAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Já no século XX, temos os dois grandes conflitos que mudam além do mapa europeu toda a concepção jurídica do que seja aceitável em períodos de guerra. O *jus belli* adotado e consolidado nos séculos anteriores como um código de conduta em períodos de confronto pelas partes em luta passa a não abranger todas as necessidades de proteção a população civil.

Como conseqüência, a Primeira Guerra Mundial extingue quatro grandes impérios até então existentes, ou seja, os Impérios Alemão, Russo, Austro-Húngaro e Otomano.

A Segunda Guerra Mundial causa efeitos tão deletérios quanto a primeira e abre feridas até hoje não cicatrizadas. Uma nação inteira por meio de lideranças eleitas de forma democrática assume publicamente um objetivo: exterminar indivíduos que não estejam dentro de um parâmetro artificial por eles já estabelecido. Dito de outra forma: a Alemanha coloca como desígnio estatal exterminar quaisquer pessoas que sejam inferiores aos padrões da raça ariana.

Mais que um desejo esse é uma meta da máquina de guerra, da população e do governo. Juntos esses três segmentos buscam exterminar ciganos, judeus, deficientes físicos e mentais e todos os demais indivíduos que não se enquadrassem dentro de um parâmetro estabelecido em fundamentos racistas. E este propósito foi alcançado com notável eficiência. Mais de cinqüenta milhões de indivíduos morreram.

A Segunda Guerra Mundial acaba em 1945[83]. Já entre 25 de abril e 26 de junho daquele ano, começam as reuniões para a criação de uma organização internacional que seja eficiente na busca de soluções para os embates que ocorram nos âmbitos jurídicos, diplomáticos e políticos da sociedade internacional.

Contando com a participação de mais de cinquenta Estados, as reuniões culminam com a ratificação da Carta das Nações Unidas, em 24 de outubro de 1945, pelo Reino Unido, Estados Unidos, França, China e União Soviética, bem como a maioria dos signatários, dando origem à Organização das Nações Unidas.

Como consequência direta, em 1948 ocorre a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), que em seu artigo II reconhece que:

> Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de quaisquer espécies, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.

[83] Vale frisar que existem duas datas que podem ser oficialmente consideradas: no *front* europeu, a Alemanha assina os termos de sua rendição, a qual passa a viger a partir de 8 de maio de 1945[83]; no *front* asiático o conflito se encerra em 2 de setembro de 1945, com a rendição do Japão após o bombardeio atômico das cidades de Hiroshima e Nagasaki pelos norte-americanos.

Aí se encontra a ideia fundamental do conceito de genocídio. É a reafirmação no plano internacional dos valores postos pelo *jus naturalismo,* a partir da Idade Moderna, pela inauguração do moderno sistema de proteção aos direitos humanos no âmbito internacional.

Mas não bastava a simples reafirmação teórica. Necessário se fazia sofisticação dos mecanismos jurídicos de proteção ao ser humano. Nesse momento a teorização acerca do *jus cogens* ganha relevo na sociedade internacional.

4 JUS COGENS: surgimento do conceito e debate na arena dos interesses políticos internacionais

Ao fim da Segunda Guerra, um dilema jurídico se sobrepunha: a necessidade de que a sociedade internacional apresentasse uma resposta firme aos crimes que foram cometidos contra a Humanidade, não havendo, entretanto, nenhuma legislação internacional que previsse a punição a atos de tal dimensão. Os Estados eram os perpetradores dos crimes, e puni-los de forma a garantir às vitimas uma proteção integral era impossível ante os ordenamentos jurídicos até então existentes. A questão inegavelmente apresentava uma dimensão política, mas também uma excepcional dimensão legal. Trazia também a possibilidade de criação de uma legislação penal internacional.

Em essência, a sociedade internacional dirige-se à busca de resposta à questão: como manter a paz e a justiça internacional possibilitando a responsabilização dos Estados por atos de seus representantes, se na sociedade internacional os Estados possuem soberania e isonomia nas relações? Como resguardar os princípios elementares do Direito Internacional, protegendo os direitos do homem, vedando o uso da força, garantindo a não intervenção e principalmente, buscando a solução pacífica de controvérsias?

Já em 1953, Kelsen[84] doutrinava:

> Le pouvoir de l'État de conclure des traités est en principe illimité dans le cadre du droit international général. L'État a donc la compétence de conclure des traités sur n'importe quel objet, à la condition que le traité ne soit pas en conflit avec une norme du droit international général ayant le caractère d'um jus cogens et non celui d'un jus dispositivum.

Inicia-se a discussão acerca da possibilidade de existência de direitos supra positivos, ou, em outras palavras, um direito maior, acima de qualquer ordenamento jurídico nacional. Surge então a estruturação da ideia de *jus cogens*.

Em 1969, pela primeira vez um tratado explicita acerca da existência de uma norma iderrogável pela vontade soberana de qualquer Estado, obrigando seu cumprimento independente da vontade contratual deste. Aliás, não qualquer tratado, mas a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Em seus artigos 53 e 64 (BRASIL, 2009), estabelece que:

> Artigo 53 - Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral **(j*us cogens*).** É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para

[84] KELSEN, Hans. **Théorie du droit international public**. Académie de droit international, Recueil des cours, III, 1953. p.137.

> os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.
>
> ...
>
> Artigo 64 - Superveniência de uma Nova Norma Imperativa de Direito Internacional Geral **(*jus cogens*).** Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

Também a Convenção de Viena sobre Tratados entre Estados e organizações internacionais, editada em 1986, para regular a relação entre estes sujeitos do Direito Internacional Público replica o conceito.

Mas o que é em essência *o jus cogens*?

A controvérsia na definição do conceito e validade da mesma instala-se entre os juristas, entre os Estados e nas organizações internacionais. Muitas páginas e muitos argumentos são usados, quer para restringir ao máximo o conceito, quer para alargá-lo.

Proeminentes professores como D'Amato (1980)[85] da *Northwestern University School of Law* referem-se ao tema de modo irônico. O título de seu artigo "*It´s a bird, it´s a plane, it´s jus cogens !"* já sugere uma medida do que o texto propõe argumentativamente.

Nasser (2005), professor de Direito Global na Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas manifesta "frustração e dúvidas, como ponto de partida legítimo quando se trata de *jus cogens*[86]. Posiciona-se no sentido de que "olhando o Direito Internacional enquanto sistema normativo que se quer coerente, *jus cogens* e companhia representam desafios de monta".

Contrários a estes entendimentos, grandes mestres do Direito Internacional debruçam-se a explicar e defender a importância do conceito.

Carreu (2003) preleciona:

> O reconhecimento da existência de regras de *jus cogens* constitui uma volta notável à ideia de direito natural. Ele assinala que *jus cogens* e direito natural repousam sobre o mesmo fundamento, a mesma convicção filosófica, a saber, a existência de certo número de regras fundamentais ligadas à consciência universal e inerentes à existência de toda sociedade internacional digna desse nome.

Também Combacau e Sur (*apud* TELLES, 2003) consideram que as regras imperativas não deveriam como acontece nas Convenções de Viena sobre direito dos tratados, limitarem seus efeitos ao direito dos tratados, mas antes estendê-los ao conjunto das condutas internacionais e, sobretudo aos atos unilaterais.

---

[85] D'AMATO, Anthony. It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens! (1990). Connecticut Journal of International Law, Vol. 6, Nº 1, 1990; Northwestern Public Law Research Paper 10-30. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1653507>. Acesso em: 27. jul. 2014.

[86] NASSER, Salem Hikmat. JUS COGENS: ainda esse desconhecido. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/9658/Salem%20Hikmat%20Nasser.pdf?sequence=1 **Revista Direito** GV, V. 1 N. 2 | P. 161 - 178 | JUN-DEZ 2005, Acesso em: 27.jul.2014.

Na lição de Finkelstein (2013)

> *"Jus cogens foi, em síntese, a designação outorgada à norma peremptória, obrigatória, inderrogável, seja pela vontade dos Estados, seja por imposição de algum Estado"*. Em termos concretos tem um significado além da cogência comum a qualquer ordem jurídica. Para o direito internacional, as normas consideradas como *jus cogens* adquirem uma hierarquia superior a qualquer outra norma ou princípio, independente de sua origem. **É o conceito que mais se aproxima do conceito de constituição em direito internacional.** [grifo nosso]

Todo sistema jurídico possui em seu cerne a escolha por um sistema valorativo; assim, a aceitação e aplicação do *jus cogens* no direito pós-moderno é uma proteção a todos os seres humanos, pois o poder estatal encontra-se vinculado à busca de uma visão igualitária que permita uma convivência pacifica da sociedade internacional.

Diversos temas são abrangidos pela proteção garantida pela aplicabilidade e interpretação extensiva das normas de *jus cogens*, as quais têm se desenvolvido em um ritmo bastante dinâmico. A imperatividade da aplicação de normas de prevenção e punição do crime de genocídio pós 1945 demonstra a gradativa evolução do direito internacional público, no sentido de provocar consequências no plano social pela sua violação.

5 Criação do conceito de Genocídio

A palavra genocídio não existia no dicionário da Humanidade antes do início do século XX. Ocorriam, sim, massacres, mortes em números elevados e cercados de requintes de crueldade. Mas não a palavra e o conceito jurídico. Aliás, a própria ausência do conceito jurídico ocasionou entraves à punição dos nazistas pelos crimes perpetrados.

Cada uma das Grandes Guerras Mundiais do século XX foi marcada indelevelmente pela ocorrência de genocídios. A Primeira Grande Guerra Mundial liga-se ao genocídio do povo armênio. A Segunda, aos genocídios judaico e cigano.

Cada um desses povos, ao buscar descrever o indescritível e também na busca de uma tradução para o ocorrido, criou um termo, uma palavra que resuma a dor. Os armênios usam a expressão *Medz Yeghern*, significando Grande Catástrofe. Para os judeus, a palavra utilizada é *Shoah*, que significa devorar.

A palavra linguisticamente estruturada e o conceito de genocídio são criados pelo jurista Raphael Lemkim, a partir de estudo e análise de eventos históricos desde o massacre armênio ocorrido entre os anos de 1915 e 1923, no qual centenas de milhares de indivíduos que habitavam o Império Otomano foram mortos ou deportados. Eliminação não se deu apenas no plano físico; o governo turco buscou também eliminar traços culturais específicos desse povo.

A partir dessa análise já no ano de 1933, na 5ª Conferência para a Unificação do Direito Penal, realizada em Madrid, Lemkim propôs a criação de uma convenção multilateral na qual o extermínio de grupos humanos fosse avaliado como "ato de barbárie" fosse considerado um delito internacional.

Advogou a tese de que tais crimes não ameaçavam apenas o povo atingido, mas sim toda a comunidade internacional. Suas ponderações foram posteriormente publicadas no *Law Journal* austríaco com o título "*Als der akte Barbarei und des Vandalismus* delicta *juris gentium*". Infelizmente a Europa encontrava-se em momentos tensos pré Segunda Guerra Mundial e não foi um

momento político propício para que a sua teoria fosse aceita; caso as ponderações desse autor tivessem sido acolhidas, talvez as vidas de milhões de pessoas pudessem ter sido poupadas.

Nas palavras do próprio Lemkim (1933):

> Por el término 'genocidio' queremos decir la destrucción de una nación o de un grupo étnico. Esta palabra nueva, inventada por el autor para denotar una práctica antigua en su versión moderna, se compone de la antigua palabra griega genos (raza, tribu) y de la palabra latina cide (matar). En términos generales, el genocidio no significa necesariamente la destrucción inmediata de una nación, salvo cuando se realiza por el exterminio masivo de todos los miembros de una nación. En cambio, intenta significar un plan coordinado, comprensivo de diversas acciones, con el propósito de destruir los fundamentos esenciales de la vida de grupos nacionales y de aniquilar los grupos en sí. El genocidio se dirige contra el grupo nacional como una entidad, y las acciones del mismo son dirigidas a los individuos, no en su calidad de individuos, pero como miembros de un grupo nacional.

Lemkim publicaria ainda mais quatro textos seminais sobre a matéria, qual seja: em 1944, *Axis Rule in Occuppied Europe*; e após o fim da Segunda Guerra Mundial nos anos de 1945; *Genocide: A modern crime*; 1946, *The crime of Genocide*; em 1947, *Genocide as a Crime under International Law. Obra.*

Conforme esclareceu Loureiro (2013):

> O termo **genocídio** foi criado pelo jurista e filólogo judeu polonês Raphael Lemkim (2009) em 1944, em suas obras Rule in Occupied Axis Europa, juntando o derivativo grego geno – raça ou tribo – como derivativo latino cídio – ato ou efeito de matar – formando assim uma nova palavra, específica para o crime que Lemkim desejava punir ou evitar (Power, 2004, 63-68). Interessante também perceber a confluência da cultura greco-romana, berço da civilização ocidental, em um termo que pretendia se tornar universal. "Para Lemkim, o Genocídio é definido como um plano coordenado de diferentes ações para destruir as bases essenciais da vida em grupos nacionais, como o objetivo de aniquilar os próprios grupos" (Power, 2004:68) [grifos de Lemkim]. Mais do que um teórico sobre o tema, Rapahel Lemkim foi ativista político da causa, exercendo pressão nas autoridades mundiais – inclusive na recém criada Organização das Nações Unidas – em forma de lobby para que o genocídio fosse qualificado como crime internacional, ainda para o julgamento dos nazistas em Nuremberg (Power, 2004:71,86).

Segundo artigo 6º do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional conceitua-se como genocídio:

> Art. 6 – Genocídio - A Luiz efeitos Del presente Estatuto, se entenderá por "genocídio" cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seño del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

O conceito de genocídio possui múltiplos aspectos, não se tipificando pela conduta de eliminação física, imediata, da vítima. Essa eliminação pode se dar no decorrer de um longo tempo, pois pode inclusive impedir o nascimento de novos membros do grupo atacado.

Dessa forma o termo engloba não só as ações mais imediatas de extermínio de um povo como é o caso da morte física. Lemkim entende que a morte de um povo pode se dar não só na esfera material, mas também em aspectos mais metafísicos, o que abrange as esferas espirituais e culturais desse povo. De

outra forma, pode-se dizer que a eliminação física se dá num ato momentâneo, e as demais formas de extermínio podem ocorrer a médio e longo prazo.

A questão mais problemática para a aplicação da legislação punitiva de crimes de genocídio é a comprovação da intenção do autor do fato. No caso da ocorrência de qualquer dúvida acerca da intenção do agente, é aplicado o princípio de direito penal, *in dubio pro reu.*

5.1 Diplomas legais protetivos da humanidade face à ocorrência de crimes de Genocídio

A divulgação massiva pelos meios de comunicação dos crimes perpetrados no período da Segunda Guerra Mundial os converteu em um divisor de águas na ordem jurídica internacional. A preocupação em conceituar o crime de eliminar um povo ou grupo, negando-lhes a necessária dignidade à existência apenas por possuírem características que não podem ser controladas ou alteradas só surge depois que se tornaram públicas as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial. Pela ausência de definição legal desse tipo de conduta, milhares de assassinos e torturadores escaparam impunes.

Em seqüência cronológica a legislação criada após 1945 e seus nuances evolutivos é apresentada abaixo:

a) **Resolução n° 96 (I) da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas,** de 11 de dezembro de 1946, declarou que *"o genocídio é um crime de direito dos povos, que está em contradição com o espírito e os fins das Nações Unidas e é condenado por todo o mundo civilizado"*

b) Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio (1948)

Criada há sessenta e cinco anos, elaborada por uma comissão de notáveis (Henri Donnedieu de Vabres, Raphael Lemkin e Vespasien Pella), a Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio foi aprovada na primeira sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas; é a instrumentalização jurídica necessária para a tipificação e punição dos crimes de genocídio.

Seus pontos mais importantes são:

Prefácio – declaração política dos Estados assinantes reconhecendo a existência de atos que ao serem praticados constituem crimes não apenas contra o grupo específico, mas a toda a Humanidade.

Art. I – considera a prática de genocídio, crime internacional que deve ser punido, seja praticado em tempos de guerra ou de paz.

Art. II – Descrição das condutas passíveis de serem consideradas como atos genocidas e contra quais sujeitos passivos estes atos podem ser praticados.

Art. III - quais tipos de atos que implicam a eliminação física, mental ou "espiritual" devem ser considerados para a classificação típica.

Art. IV – Possibilidade de responsabilização apenas de pessoas físicas como sujeitos ativos na prática do crime de genocídio, sejam civis ou militares.

Art. V – Obrigação dos Estados de adotarem legislação penal eficiente para a repressão e a punição dos culpados.

Art. VI - Competência para julgamento dos crimes pertencente aos tribunais situados no Estado onde os crimes foram praticados.

Art. VII – Estabelece a possibilidade de extradição para crimes de genocídio.

Art. VIII – Estabelece a ONU como órgão competente para aplicação das medidas que julguem necessárias para a prevenção e a repressão dos atos de genocídio.

Art. IX - Estabelece a Corte Internacional de Justiça como fórum para dirimir conflitos referentes à possibilidade de responsabilização de um Estado por atos genocidas.

c) Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, de 26 de novembro de 1968

Estabelece no artigo 1º a imprescritibilidade do crime de genocídio, conforme este foi descrito na Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio (1948)

d) Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional (artigos 5, 6, 25 e 33)

O Estatuto de Roma, atualmente a legislação protetiva mais recente para as vítimas dos crimes de genocídio, menciona acerca desse crime internacional em quatro passagens, a saber:

Art. 5 – Define os crimes de competência da corte, incluindo o crime de genocídio.

Art. 6 – Conceitua o que seja crime de genocídio, apresentando uma tipificação mais ampla que a da Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio (1948).

Art. 25 – Explicita a responsabilidade penal individual na prática de crimes de genocídio.

Art. 33 – Considera a prática de atos genocidas manifestamente ilícitos em toda e qualquer situação.

O estudo mais aprofundado sobre a redação jurídica do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional será abordado no capítulo seguinte.

5.2 Genocídios sobrevindos na contemporaneidade

O século XX foi pródigo na ocorrência de genocídios. E estes ocorreram em todas as partes do mundo, em todos os regimes políticos, econômicos e jurídicos.

A partir dos casos paradigmáticos dos genocídios armênio, judeu e cigano, a sociedade internacional ainda vê praticamente imobilizada a ocorrência de sucessivos massacres de povos indefesos em lugares distintos no planeta. Exemplificando:

a) o do povo cambojano entre 1975 a1980, executado pelo regime comunista de ideologia maoísta, na qual todos os indivíduos que apresentassem características que pudessem ser identificadas como contrárias ao regime foram mortos, como intelectuais ou pessoas que simplesmente usavam óculos (entendido como símbolo de aburguesamento e contrário aos valores comunistas). Estimativas dão conta de que mais de dois milhões de pessoas forma mortas em campos de concentração ou simplesmente por fome.

b) o do povo curdo; realizado entre os dias 16 e 19 de março de 1988 pelo governo do Iraque, o qual se utilizou de armas químicas (como gás mostarda e gás sarin, por exemplo). O incidente não foi

denunciado à época pela comunidade internacional que se manteve imóvel. Nesta situação, Mais de cinco mil pessoas foram mortas.

c) o dos tutsis na década de 1990 em Ruanda, quando membros da etnia numericamente dominante hutu mataram membros da etnia minoritária tutsi. O estupro foi usado sistematicamente como arma de guerra contra mulheres tutsis. Nesse caso, a ONU, ao invés de proteger a população que sofria as ameaças e ataques, retirou seu contingente militar do país, o que permitiu em cem dias que mais de 800 mil pessoas fossem mortas.

d) o dos bósnios, ocorrido entre 1992 a 1995, no qual sérvios croatas buscavam eliminar a população de muçulmanos bósnios. O massacre de Srebrenica aconteceu no momento em que a população já se encontrava sob proteção das Nações Unidas. Os dados acerca dos números de mortos são imprecisos, mas considera-se que mais de oito mil pessoas morreram, entre homens, mulheres e crianças somente nesse episódio.

e) aquele perpetrado em Darfur, região semiárida da parte ocidental do Sudão, onde, a partir de 2003, os *janjawid* originários de tribos nômades africanas, islâmicos de língua árabe, perseguem os demais povos não árabes que habitam a região. É considerado o primeiro genocídio do século XXI.

Os dados precedentemente apresentados não são um rol *numeru clausus.* Infelizmente outros serão acrescentados a eles, seja pelo aprofundamento dos estudos, divulgação de maiores informações ou aprimoramento do conceito de genocídio pelos teóricos e pela legislação da sociedade internacional.

Mas é fato que a junção dos conceitos de genocídio e de *jus cogens*, sua aceitação e seu fortalecimento pela sociedade internacional permitiram a criação do Tribunal Penal Internacional.

6 Tribunal Penal Internacional

6.1 Antecedentes históricos

A ocorrência de guerras e conflitos armados entre grupos antagônicos existe desde o período pré-histórico, segundo já descrições clássicas. A evolução da normatização desses conflitos se dá de forma muito lenta e irregular na sociedade. Conforme o grau de evolução cultural, cada grupo impunha e ao mesmo tempo aceitava normas específicas, não havendo uma obrigatoriedade de cumprimento destas.

A punibilidade universal a atos cometidos em período de guerra é recente na História do Direito Internacional Público, considerando-se que o conceito "clássico" de soberania tornou improdutivas essas tentativas. A argumentação utilizada para validar tal posicionamento era baseada no princípio da soberania do Estado para decidir seu destino e o de seus cidadãos. Tanto em períodos de paz quanto em períodos de guerra.

A mudança conceitual começa a acontecer desde o início do século XX quando já ocorreram tentativas de punir as autoridades que, representando seus Estados cometeram atos que pudessem vir a ser considerados crimes contra a Humanidade.

Após a Primeira Guerra Mundial, houve uma tentativa de julgamento do Kaiser e de 25 oficiais da cúpula decisória do exército alemão. Mas aquele escapou rumo à Holanda e não foi extraditado pelo

governo daquele país, e apenas nove desses oficiais foram efetivamente condenados por crimes contra a paz.

Já em 1937, a Convenção contra o terrorismo da Sociedade das Nações definiu o conceito de terrorismo como "ato criminoso dirigido contra um Estado com a intenção de criar um ambiente de terror nas mentes das pessoas, grupos de pessoas e do público em geral" e preconizava a criação de um tribunal penal internacional. Mas esta foi trazida à luz em um momento de acirradas tensões na sociedade internacional, a qual dava início a uma corrida armamentista que culminaria na Segunda Guerra Mundial; o projeto não prosperou, cabendo lembrar que apenas a Índia a este aderiu.

Os Tribunais de Nuremberg e do Extremo Oriente (Tóquio), embora tenham sido tribunais considerados de exceção, criados em princípio para julgar crimes militares, deram origem conceitual à noção moderna de direito penal internacional e, posteriormente à do Tribunal Penal Internacional.

O Tribunal de Nuremberg era composto por oito juízes designados pelos países aliados; sua criação se baseou na Carta de Londres do Tribunal Penal Militar, firmada na Conferência de Potsdam, Alemanha. Foram julgados 24 membros do regime nazista entre militares, políticos e empresários que se beneficiaram com a os atos de guerra da Alemanha. e oito organizações. A acusação apresentou denúncia pelos crimes de guerra, contra a paz, e conspiração, e, pela primeira vez, os denominados crimes contra a humanidade. Ao final do julgamento, como sanção jurídica, 12 réus foram condenados à morte, sete condenados à prisão e cinco absolvidos.

A Carta de Tóquio, aprovada pelas potências aliadas, nos mesmos termos da Carta de Londres, contando com dezesseis juízes, buscou criar meios de julgar os representantes legais do Japão. Esse tribunal enfrentou um grave entrave à sua atuação, pois no Japão a figura do Imperador, maior representante do país, é considerada sagrada, e, portanto, o mesmo não foi levado a julgamento.

Mesmo sob fortes críticas à operacionalização de tais tribunais, o marco emblemático é bastante forte, pois se confirma em nível internacional a intenção de punição de indivíduos que praticaram atos que afrontassem a dignidade humana, quer individual, quer de grupos específicos causando constrangimento físico e/ou moral, ou mesmo a morte.

A ocorrência de tais tribunais provocou a maior mudança no Direito Internacional, mitigando a noção de soberania e expandindo a responsabilidade individual em prol da proteção da sociedade internacional. A mera alegação de subordinação a ordens superiores deixa de ser válida para inocentar o indivíduo. O livre arbítrio começa a ser levado em conta. Seres humanos, mesmo em condição de submissão a líderes, devem obedecer a um código ético superior, que em suma é a essência do conceito de *jus cogens.*

Aprovada em 1948, a Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio tipifica juridicamente quais as condutas são consideradas legalmente genocídio e quais os grupos humanos podem ser vítimas.

A quarta Convenção de Genebra, que, produzida em 1949, rege o Direito Internacional Humanitário na atualidade, estabelece a primazia da jurisdição internacional para a punição de qualquer indivíduo que tenha cometido crime internacional em qualquer localização geográfica, independentemente da nacionalidade do agressor ou das vítimas. Dizendo de outra forma, é essa a base da amparo aos civis de qualquer nacionalidade em épocas de guerra.

Também o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, designado "Ação em caso de ameaça à paz, ruptura da paz e atos de "agressão", foi utilizado como base legal para a instituição pelo Conselho de Segurança do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia[87] e para a criação do Tribunal Penal Internacional para Ruanda[88].

Ambos os tribunais serviram como precedentes para a criação do Tribunal Penal Internacional, o qual foi instituído em 1998.

1.1 Tratado de Roma

Estabelecido pelo Estatuto de Roma, adotado em 17 de julho de 1998, o tratado é assentado nas bases de um Direito Internacional clássico, no qual a vontade do Estado possui primazia, possuindo natureza jurídica de tratado internacional.

Tendo em vista seu que o Tribunal Penal Internacional possui autonomia para o julgamento de crimes internacionais, originado uma jurisdição permanente universal e esta característica pode vir a ser contrário a interesses estatais particularizados, este somente entrou em vigor em 1º de julho de 2002 no momento em que foi depositada a 60ª ratificação; No mês de maio de 2016, o tratado possui 124 ratificações, sendo que dos signatários 34 são Estados africanos, 19 são asiáticos do Pacífico, 18 são da Europa Oriental, 28 são de Estados da América Latina e Caribe, e 25 são de Estados europeus e de outros países.[89]

No Brasil o Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002, promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. A emenda constitucional n° 45/2004 inseriu-o no art. 5° § 4°, integrando-o ao sistema de direitos e garantias fundamentais.

Em outubro de 2001 quando do encaminhamento de mensagem pelo Presidente da República ao Congresso Nacional para a aprovação do supracitado Estatuto, o Ministério das Relações Exteriores[90] manifesta as ambições do Brasil quando da internalização do referido tratado:

> O Estatuto de Roma representa um marco na evolução do direito internacional contemporâneo. Estabelece, pela primeira vez na história, um tribunal penal internacional de caráter permanente, destinado a processar e julgar os responsáveis por crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão. O TPI constituirá fator decisivo para assegurar que não fiquem impunes crimes que, por sua extrema gravidade, afetam a humanidade como um todo. Além disso, espera-se que o seu efeito dissuasório contribua para prevenir a ocorrência de violações dos direitos humanos e de ameaças contra a paz e a segurança dos Estados.

Dessa forma, o Brasil alinha-se à maioria das nações que compõem a ONU transformando a assinatura e ratificação do Tribunal Penal Internacional em um dos eventos mais expressivos desde o surgimento das organizações internacionais no início do século XX.

---

[87] Resolução n. 827, de 25.05.1993.
[88] Resolução n. 955, de 11.1994.
[89] Fonte:https://www.icc-pi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx , acesso em 06.05.2016
[90] Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/2001/10/estatuto-de-roma-do-tribunal-penal-internacional. Acesso em: 20. jul. 2014.

Na visão de Silvia Steiner (2013), brasileira ministra do Tribunal Penal Internacional, a ideia estruturante mais importante é a aplicação do brocardo já constante desde as Convenções de Genebra: "julgue ou entregue para que julguemos".

6.3 Normas de funcionamento do Tribunal Penal Internacional

O Estatuto de Roma que estabelece as bases do funcionamento do Tribunal Penal Internacional é composto de 128 artigos, dividido em 13 capítulos que dispõem sobre relevantes matérias: a criação do Tribunal; competência, admissibilidade e direito aplicável; princípios gerais de direito penal; composição e administração do Tribunal; inquérito e procedimento criminal; julgamento; penas; recurso e revisão; cooperação internacional e auxílio judiciário; execução da pena; assembleia dos estados partes; financiamento e cláusulas finais.

O Tribunal Penal Internacional não julga Estados, mas condutas individuais. E ainda assim em apenas duas situações: no caso em que a conduta do indivíduo não tenha sido punida pelos poderes constituídos ou no caso em que, existindo um processo legal, este não tenha por objetivo principal a realização de um julgamento justo e do cumprimento dos princípios de justiça, mas tão-somente um processo meramente burocrático com a finalidade de oralidade de eximir o réu de julgamento internacional.

O Tribunal não tem competência retroativa, ou seja, não pode julgar fatos anteriores à data de sua criação.

Estruturalmente é composto por quatro órgãos: a Presidência, as divisões judiciais, o escritório do promotor e o secretariado. Quanto à composição das divisões judiciais, convém frisar que estas possuem 18 juízes, pertencentes às cinco regiões geográficas do planeta, os quais possuem mandato de nove anos. O Tratado constitutivo busca alcançar equilíbrio nas questões de gênero na sua constituição, bem como uma mescla equitativa de normas de *civil law* e *common law*.

Os parâmetros para a jurisdição do Tribunal Penal Internacional estão fixados no art. 5°,que versa sobre crimes de competência da Corte, conforme citado: [91]

> *Crímenes de la competencia de la Corte - 1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión. 2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.*

Cumpre observar que nos arts. 11, 124 e 126 estão descritas as competências relativas à *ratione temporis, e* no art. 12 são explicitadas as competências *ratione loci* e *ratione personae*.

Quanto ao aspecto processual penal, importa assinalar que o Tribunal Penal Internacional não admite a culpabilidade objetiva, apenas a culpabilidade subjetiva. Só se pode responsabilizar o autor do crime se for comprovado que ele tinha intenção de cometê-lo e que tinha conhecimentos dos elementos constitutivos do crime (art. 30).

[91] In: http://legal.un.org/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf. Acesso em:30. jul. 2014.

O art. 33 exime da responsabilização penal quem, sendo civil ou militar, se encontrava no cumprimento estrito da obrigação emanada do governo ou superior por estar obrigado por lei a obedecer às ordens, e não sabendo que estas eram ilícitas, pois não foi claramente explicitado. Todavia, deixa claro que os atos que venham a ocasionar os crimes de genocídio e lesa humanidade sempre são considerados ilícitos.

Considerações finais

O Direito Internacional Público sempre evoluiu numa cadência muito lenta. Por séculos, apenas os Estados foram considerados sujeitos desse ramo do Direito. Numa visão em retrospectiva, sofreu mudanças no século XX: ainda não se consegue medir integralmente o seu alcance, nem prever para onde tais transformações poderão encaminhar. Fato é que as organizações internacionais tornam-se sujeitos do direito internacional público e vêm dia após dia ganhando relevância no cenário internacional. Mesmo as organizações internacionais que surgem de forma retraída têm, com o passar dos anos, assumido relevância. O Tribunal Penal Internacional se enquadra em tal definição. Os conceitos de genocídio e de *jus cogens* são elaborados dentro dos fóruns de debate do primeiro, e aplicados pelo segundo. Essa mudança coloca em relevância e proteção mais completa do ser humano em sua individualidade.

Essa transformação não era esperada no início do século passado. As alterações que ocorrerão no século XXI ainda não são completamente visíveis, mas até o momento indicam a direção de uma maior valorização do ser humano e uma atenuação contínua do poder absoluto dos Estados.

Pode parecer óbvia a conclusão de que o genocídio é um dos crimes contra a Humanidade que devem ser reprimidos por um código ético elevado de conduta, o qual se apresenta dentro do conceito de *jus cogens*.

Entretanto, esta é uma construção jurídica nova tendo em vista a perspectiva histórica do Direito Internacional clássico e ainda não contempla todos os aspectos envolvidos na defesa do ser humano frente às arbitrariedades que o Estado possa vir a praticar no exercício da soberania. A imprescritibilidade dos crimes descritos pelo Estatuto de Roma também é um avanço que ainda será posto a prova, quando da realização concreta de diversos julgamentos pendentes.

Entende-se então que, após um período histórico fortemente assentado no positivismo jurídico, a sociedade internacional e, assim sendo, o próprio Direito Internacional entra em um estágio de valorização do ser humano que até agora não havia sido alcançado nem na teorização nem na *práxis*.

Contudo, para que possa haver um avanço no que tange à ordem pública internacional, faz-se necessária a mais efetiva utilização do *jus cogens* para a punição dos crimes de genocídio pelo Tribunal Penal Internacional como um instrumento de superação do atual modelo de relações interestatais. Pensando nesses termos, a grande problemática residiria na impossibilidade do Tribunal Penal Internacional atuar legitimamente como uma jurisdição que seja de fato obrigatória a todos os países.

Outro aspecto que demanda observação é a aplicabilidade das normas do Tribunal Penal Internacional a potências econômicas e militares que atuam como eixos estruturantes da geo política do sistema internacional.

O que obriga os Estados não é simplesmente o aspecto contratual, mas em essência, também o fato de que garantir os direitos de minorias é garantir sua própria inserção na sociedade internacional. Arcar com as implicações de agir de modo isolado desrespeitando os direitos humanos pode levar a que o Estado possa vir a se tornar um pária. È o que deve preponderar no Direito Internacional Público, mesmo a frente de grandezas econômicas ou políticas.

Os céticos dirão que o Direito Internacional tem caminhado a passos trôpegos na busca desse fim. Mais que a ética, é a política que cria e estrutura as instituições jurídicas.

Os esperançosos consideram que o valor da vida humana na sociedade internacional sofreu diversas oscilações no transcurso da História e ainda não se alcançou o ápice do progresso jurídico possível. Espera-se que evolua na perspectiva de que os momentos sombrios vividos há menos de um século possam ser reprimidos pelo Direito.

Mas se o sistema jurídico atual não é perfeito, como também não é perfeita a natureza humana, também representa passos concretos em direção à evolução e busca pelos mais elevados conceitos de justiça, segundo o proposto na definição de Ulpiano: viver honestamente, não lesar a ninguém e dar a cada o que lhe pertence.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/sala-de-imprensa/notas-a-imprensa/2001/10/estatuto-de-roma-do-tribunal-penal-internacional Acesso em: 20. jul. 2014.

D'AMATO, Anthony. **It's a Bird, It's a Plane,It's Jus Cogens!** (1990). Connecticut Journal of International Law, Vol. 6, Nº 1, 1990; Northwestern Public Law Research Paper 10-30. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1653507>. Acesso em: 27 de julho de 2014.

FINKELSTEIN, Claúdio. **Direito Internacional**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____ , **Hierarquia das normas no direito internacional: jus cogens e metaconstitucionalismo**. São Paulo: Saraiva, 2013.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. https://www.icc-cpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx. Acesso em: 05.05.2016.

KELSEN, Hans. **Théorie du droit international public**. Académie de droit international, Recueil des cours, III, 1953. p.137.

LEMKIM, Raphael. IN: https://www.ushmm.org/wlc/es/article.php?ModuleId=10007414, Acesso em: 05.06.2016.

LOUREIRO, Heitor de Andrade Carvalho. **Genocídio armênio (1915 -1923): Massacre, deportações e expropriações**. IN: Conflitos armados, massacres e genocídios : constituição e violações do direito à existência contemporânea (orgs: ZEGNI, Rodrigo Medina; BORELLI, Andrea) Belo Horizonte: Fino Traço, 2003.

NASSER, Salem Hikmat. **JUS COGENS: ainda esse desconhecido**.IN: Revista Direito GV, V. 1 N. 2 | P. 161 - 178 | JUN-DEZ 2005, Acesso em 27.jul.2014.

SILVA, Roberto Luís. **Direito Internacional Público**. Belo Horizonte: Ed. Del REY, 4 Ed, 2010

UNITED NATIONS. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII-1&chapter=23&Temp=mtdsg3&lang=en, Acesso em 05 de maio de 2016.

RECEBIDO EM: 13/02/2016
APROVADO EM: 06/06/2016

O ESTADO GARANTIDOR E A INTERVENÇÃO NA ORDEM ECONÔMICA PARA PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À DEFESA DOS CONSUMIDORES

THE GUARANTEE STATE AND THE INTERVENTION IN ECONOMIC ORDER FOR FUNDAMENTAL RIGHT PROTECTION TO CONSUMERS

Raquel de Freitas Manna*

RESUMO: Diante da crescente insatisfação dos consumidores brasileiros com a prestação de serviços públicos, especialmente de eletricidade e telefonia, campeões de reclamação nos órgão de proteção aos consumidores e de ações no Poder Judiciário, pretendeu-se elaborar um estudo com o intuito de verificar se o modelo de Estado Social e Interventor adotado pelo Brasil, o qual exerce forte interferência na economia e na liberdade contratual e de concorrência tem sido adequado e suficiente para impulsionar o desenvolvimento econômico e, ao mesmo tempo, satisfazer as necessidades de proteção dos consumidores. Para tanto, tomou-se em comparação o modelo de Estado Garantidor adotado por Portugal, menos interventivo e mais incentivador do mercado, através do qual se verificou um maior alcance na produção de bons resultados na seara econômica portuguesa, bem como na realização do direito fundamental à defesa dos consumidores.

PALAVRAS-CHAVE: Estado; Ordem; Econômica; Proteção; Consumidores.

ABSTRACT: Faced with the growing dissatisfaction of Brazilian consumers with the provision of public services, especially electricity and telephone, complaint champions in protection agency to consumers and actions in the judiciary, intended to carry out a study in order to verify that the model Social State and Interventor adopted by Brazil, which has a strong interference in the economy and contractual freedom and competition has been adequate and sufficient to boost economic development and at the same time, meet the protection needs of consumers. To do so, became compared the Guarantor state model adopted by Portugal, less interventionist and more supportive of the market, through which there was a greater range to produce good results in the Portuguese economic area as well as in the realization of the fundamental right consumer protection.

KEY-WORDS: State; Order; economic; Protection; Consumers.

*Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra e professora do curso de Direito da UEMS. Contato: raquelmanna8@gmail.com

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto uma análise da eficácia da proteção dos consumidores, enquanto utentes de serviços econômicos de interesse geral, tomando em consideração as diferentes formas de atuação na economia adotadas pelos modelos de Estado vigentes no Brasil e em Portugal.

A partir de uma análise da evolução do Estado, do Estado Liberal até alcançarmos o modelo de Estado Garantidor, atualmente em voga em muitos países da Europa, dentre eles Portugal, a questão que se coloca é se, atualmente, as profundas alterações geraram o desaparecimento do Estado Social ou apenas a modificação da sua denominação e a forma de atuação para melhor se adequar e superar os problemas ocasionados pela crise econômico-financeira.

Em seguida, será traçado um paralelo entre o Estado interventor brasileiro, com maior interferência na economia, na concorrência e na liberdade contratual e de propriedade, e o Estado português, menos interventivo e mais orientador e incentivador do mercado, com o intuito de verificar em qual deles melhor se obtém um equilíbrio entre a proteção dos consumidores e o desenvolvimento da economia e da livre iniciativa.

Para alcançar os objetivos propostos, em vista de tão complexo tema, tomar-se-á como referência os serviços públicos, ou como atualmente são denominados pela União Europeia, os serviços econômicos de interesse geral, mais especificamente o setor elétrico e de telecomunicações.

Em um terceiro e último momento, o trabalho analisará, tendo em conta o fornecimento dos serviços de energia elétrica e telecomunicações, se a nova fórmula de Estado interventor mínimo tem sido eficaz para o alcance e a realização do direito fundamental à defesa dos consumidores e produzido bons resultados na seara econômica portuguesa.

A preocupação com o estudo e desenvolvimento do tema deve-se ao fato de que, atualmente, vive-se um momento de mudanças, não só legislativas, mas políticas, econômicas e sociais, levando-se em conta, principalmente, a privatização e a liberalização para a iniciativa privada de setores antes exclusivos ao domínio público, bem como a crise enérgica que vive o Brasil.

Diante disso, questiona-se se o afastamento do Estado do mercado significaria a ausência de toda e qualquer intervenção na ordem econômica, deixando à mercê das regras daquele o fornecimento dos serviços de interesse econômico geral e, em especial, a defesa dos consumidores

destes serviços, eis que estes se tornam extremamente vulneráveis em virtude da essencialidade do serviço.

Se por um lado, esse "enxugamento" das funções do Estado Social proporciona o fornecimento de serviços públicos com maior eficiência, argui-se se, por outro, tal poderia acarretar prejuízos aos consumidores desses serviços, tendo em vista que o setor privado prima, essencialmente, pelo lucro.

O tema é enfrentado sob uma perspectiva constitucional, haja vista que, tanto a Carta Magna brasileira de 1.988 quanto a Constituição portuguesa de 1.976 consagraram no rol de direitos fundamentais garantias destinadas à liberdade dos indivíduos (como a livre iniciativa, pautada na autonomia privada e na liberdade negocial) e ao mesmo tempo à proteção da sociedade como um todo (a dignidade da pessoa humana, a proteção dos consumidores).

1 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO SOCIAL GARANTIDOR

O Estado Liberal de Direito caracterizou-se pela difusão da ideia de liberdade, da separação de poderes, bem como, do império das leis.

> No Estado Liberal havia uma divisão bem evidente entre o que era público, ligado às coisas do Estado [a quem cumpria cuidar da ordem pública, do aparato policial e da defesa das instituições] e o privado, principalmente, a vida, a liberdade, a propriedade e a autonomia de mercado. Essa separação era garantida por intermédio do Estado, que lançando mão do império das leis, garantia a certeza das relações sociais por meio do exercício estrito da legalidade, ao qual também deveria se submeter.

O liberalismo possibilitou, ainda, o surgimento do Estado de Direito, guardião das liberdades individuais. Neste desiderato, o Estado de Direito foi primordial para que o Estado, sob a regência do monarca, na época do absolutismo, não abusasse das camadas populares, na medida em que todos eram regidos pelo império da lei, tudo se subsumia à vontade formal da legalidade, fazendo com que os caprichos dos soberanos não fossem atendidos.

> A partir disso, permitiu-se assegurar aos indivíduos as liberdades individuais e, especialmente, as liberdades econômicas, assumindo o Estado a feição de não interventor.
>
> Nesse diapasão, sob a égide do liberalismo, competia ao Estado, por meio do direito posto, "garantir a certeza nas relações sociais, através da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos, mas deixar a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo" (CATTONI, 2002, p. 55).
>
> Ou seja, o Estado liberal adotou essencialmente políticas de abstenção, quais sejam, não atuar na ordem econômica e não afrontar os direitos e liberdades individuais. Especialmente, quanto à

separação entre Estado e economia, o livre mercado e a livre iniciativa deveriam ser suficientes e capazes de proporcionar o desenvolvimento econômico e social.

Na área do Direito emergem ideias como o exercício das liberdades individuais e a igualdade de todos perante a lei. São consagrados os direitos de primeira geração, ou seja, a vida, a liberdade e a propriedade como valores máximos. Por outro lado, "convencionam-se direitos perante o Estado e direitos à comunidade estatal: *status* de membro [nacionalidade], igualdade perante a lei, certeza e segurança jurídicas, tutela jurisdicional, segurança pública, direitos políticos etc" (CATTONI, 2002, p. 55).

O que se percebeu, todavia, é que poderia ocorrer, num Estado de Direito, normas justas com conteúdo injusto, tendo em vista que a preocupação se focava somente na abstração da lei, esquecendo-se da essência da mesma. Diante disso, o Estado de Direito se limitava a punir as pessoas que violavam a lei, deixando o seu conteúdo aberto, "limitando apenas à impessoalidade e a não-violação de garantias individuais mínimas" (CAPEZ, 2006, p. 6).

Já nesta época existia certa preocupação com as necessidades dos membros mais desfavorecidos da sociedade, bem como emergiam novas exigências de infraestrutura que exigiam do Estado a sua promoção, como a construção de estradas, a produção e distribuição de energia elétrica e gás, entre outros. Vê-se surgir na Europa os primeiros sistemas públicos de segurança social e assistência aos trabalhadores.

Principalmente após a I Guerra Mundial as ideias que sustentavam o Estado Liberal de Direito, fundamentado no exercício das liberdades individuais e igualdades formais, bem como, a propriedade privada, foram duramente combatidas.

A uma porque, a condição humana foi subjugada a dura exploração e a precárias condições de vida. A duas, porque aquele modelo de Estado não era capaz de assegurar a todos uma existência digna.

Aos poucos constatou-se que, pelo livre jogo das forças econômicas, não foi possível atingir o bem-estar das camadas mais desfavorecidas da sociedade.

Assim, acentua Martins que "essa ordem mundial liberal foi-se desfazendo com o avançar do século que conheceu a guerra, a revolução a depressão e a guerra, de novo" (2010, p. 87). E um Estado muito mais centralizado e ativo emergiu em substituição ao anterior, liberal e minimalista.

Segundo André Ramos Tavares,

> Surge o denominado "Estado social" para atender aos reclamos de índole assistencial da sociedade, que clamava por uma intervenção estatal que assegurasse condições mínimas àqueles incapazes de prover o seu próprio sustento. Efetivamente, ao se transformar em Estado prestador, automaticamente passa à condição de equalizador de um patamar social mínimo, realocando (ou pretendendo fazê-lo) aqueles que se encontrassem em situação inferior a esse mínimo para os patamares desejáveis (2006, p. 58).

Em busca de correção às situações de desigualdade, vê-se uma progressiva atuação por parte do Estado em setores como a economia, educação, saúde, entre outros. O Estado liberal abstencionista aos poucos cede lugar ao Estado intervencionista e "assume-se como agente produtor e prestador de certos serviços, quer no domínio social, quer no domínio económico" (GONÇALVES; MARTINS, 2004, p. 176-177).

Consoante Boaventura de Souza Santos, a denominação "Estado Social" adquire várias origens. No final do século XIX e início do século XX foi a designação usada pelos socialistas para se referirem à forma política do estado que faria a transição para o socialismo. Foi também com esta designação que, em Portugal, Marcello Caetano tentou rebatizar o Estado Novo e é esta a que consta da Constituição Portuguesa de 1976. No entanto, a denominação mais comum atribuída a este novo modelo de Estado tem sido a de Estado Providência ou Estado de Bem-estar (SANTOS, 2012, p. 01). E, assim como o mestre referido, será tomando como base estas duas últimas denominações que aqui se referirá ao Estado Social[92].

No Estado Social, o objetivo passou a ser o de intervir no âmbito econômico e social com o intuito de, para além dos fins tradicionais, aprovisionar as necessidades básicas à população que se encontrava à margem dos benefícios sociais, de forma que o enfoque central deixou de ser a liberdade e passou a ser a igualdade.

Assim, o Estado Social de Direito apresenta-se fundamentado no direito materializado e voltado para a promoção do bem comum e para a prestação assistencial e econômica. O Estado passa a abranger tarefas vinculadas aos novos fins econômicos e sociais que lhes são atribuídos, de intervenção direta e imediata na economia e na sociedade, em nome do interesse coletivo, público e social. As dimensões, funções e âmbitos de atuação do Estado aumentam consideravelmente.

Para além da satisfação de outras necessidades básicas dos cidadãos, passou também a ser tarefa do Estado assegurar o desenvolvimento das fontes de energia, dos meios de transporte e das comunicações (GONÇALVES; MARTINS, 2004, p. 177-178).

Canotilho anota que os Estados Sociais basearam a sua legitimação na soberania democrática plurarista, de forma que, aspiram e pretendem ser Estados Democráticos (1971, p. 360).

Além disso, aos direitos de 1ª geração [direitos individuais], que já existiam no Estado liberal, são acrescidos uma gama de direitos de 2ª e de 3ª gerações [direitos coletivos e sociais]. Várias

[92] Seguindo também o ensinamento de Suzana Tavares da Silva que afirma que *na segunda metade do séc. XX falar em Estado Social e Estado de bem-estar era praticamente estar a utilizar sinônimos.* E mais a frente continua, *os conceitos de Estado Social, Estado de bem-estar e Estado e serviços são hoje distintos, mas complementares, continuando todos eles a revelar que o conceito de Estado Social é um lugar-comum onde confluem realidades distintas legitimadoras da intervenção pública nas áreas económica e social. Direitos Fundamentais na Arena Global.* Imprensa da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2011, p. 110 e ss.

leis são editadas visando conferir às pessoas os direitos decorrentes do trabalho, da previdência, da educação e, entre outros, a proteção aos consumidores.

Nesse ambiente, que também era de preocupação com a essência normativa, em contrapartida à obediência pragmática da legalidade, donde se firmou o Estado Democrático de Direito, ou o Estado Social Democrático, como mastro na tentativa de solucionar questões injustas no âmbito social. Assim ressalta Capez:

> Significa, portanto, não apenas aquele que impõe a submissão de todos ao império da lei, mas onde as leis possuam conteúdo e adequação social, descrevendo como infrações penais somente os fatos que realmente colocam em perigo bens jurídicos fundamentais para a sociedade (CAPEZ, 2006, p. 6).

E, neste sentido:

> Verifica-se o Estado Democrático de Direito não apenas pela proclamação formal da igualdade entre todos os homens, mas pela imposição de metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; pela garantia do desenvolvimento nacional; pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sócias e regionais; pela promoção do bem comum; pelo combate ao preconceito de raça, cor, origem, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (...); pelo pluralismo político e liberdade de expressão de idéias; pelo resgate da cidadania, pela afirmação do povo como fonte única de poder e pelo respeito inarredável da dignidade humana (CAPEZ, 2006, p. 6).

De ver-se, portanto, que o Estado Social Democrático de Direito aduz preocupações com a questão da justiça social para os cidadãos. É necessário que a lei seja aplicada, bem como é importante que esta lei tenha um conteúdo democrático, na medida em que todas as pessoas consigam se submeter ao seu império, realizando a promoção social.

Entre o fim da I Guerra Mundial e o início dos anos 70 houve grande desenvolvimento do Estado Social, o qual pretendeu atingir maiores camadas da população, o que passou a exigir um empenho crescente de financiamento.

As proteções que no início eram dirigidas a certos grupos, como os trabalhadores e os idosos, expandiram-se progressivamente visando atingir um número cada vez maior de pessoas e abrangendo inúmeras proteções sociais.

> Planificadamente, ou ao ritmo das tensões, a quase totalidade dos domínios relevantes para uma completa integração existencial fica protegida pelo Estado: dos clássicos serviços de água, eletricidade e transportes públicos, transita-se para o campo dos necessitados de intervenções pacificadoras (seguro social, assistência, habitação, educação) (CANOTILHO, 1971, p. 361).

No que diz respeito à ordem econômica, o Estado nela intervém, a fim de fazer com que os direitos fundamentais sejam obedecidos e respeitados na seara privada. O que ocorre é a intervenção estatal a fim de preservar aos particulares princípios ligados à soberania nacional, à propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego (MORAIS, 2006, p. 724).

Isso porque, os excessos do mercantilismo e do capitalismo obrigaram à construção de mecanismos de regulação, designadamente através do Estado.

Ocorre que, a pretexto da promoção do bem-estar, o intervencionismo estatal pode conduzir a intromissões abusivas. Intromissões essas que, ao contrário de promoverem o desenvolvimento econômico e social, geradores de bem-estar aos cidadãos, impede a atuação do mercado e o seu satisfatório desempenho, podendo conduzir ao empobrecimento de toda uma sociedade.

Para muitos, a exemplo de Timm e Machado, a intervenção do Estado na ordem econômica para flexibilizar o contrato, autorizar o incumprimento das obrigações e a socialização da propriedade, a pretexto de gerar socialmente maior riqueza, acabam gerando incerteza, imprevisibilidade e ineficiência nas operações do mercado e, consequentemente, maior desequilíbrio no seio das relações sociais (TIMM; MACHADO, 2006, p. 13).

Apesar de ter se mostrado apaziguador dos conflitos sociais, o modelo de Estado do bem-estar social, intervencionista, também se revelou ineficaz. Ao final da Segunda Guerra Mundial, esse modelo de Estado começa a ser questionado em razão das dificuldades de gerenciamento da máquina estatal e da incapacidade de atuar frente a era da informação, do desenvolvimento tecnológico e da globalização.

O grande problema é que o Estado Social somente se sustenta enquanto as economias nacionais forem capazes de gerar recursos suficientes à manutenção das crescentes exigências de financiamento dos direitos sociais, universais e gratuitos.

A crise do Estado Social começa a se aprofundar nos anos 1970 em decorrência da crise econômica mundial e do aumento das atividades sociais[93] e econômicas[94] do Estado, que acarretaram a ampliação das despesas públicas, mas principalmente pelo fato de ter havido uma exacerbação na cobrança de tributos, vindo a sobrecarregar os indivíduos com altas cargas tributárias, originando assim revoltas ou estratégias tendentes a fugir do fisco.

Contribuíram para tanto diversos fatores como o fraco crescimento e a recessão econômica, o déficit público, o endividamento externo, a baixa natalidade e o envelhecimento da população, a globalização dos mercados, o capitalismo financeiro transnacional, etc. Estes são apenas alguns dos aspectos que tornaram insustentável o modelo de Estado Social na maioria dos países europeus.

Tendo em conta que os Estados possibilitaram o acesso a uma vasta gama de direitos e vantagens sociais, decorrentes da cidadania social, ou por assim dizer, do usufruto dos direitos sociais previstos nas cartas constitucionais e dos quais todos os cidadãos daquele país desfrutam enquanto cidadãos e que todos esses direitos, quer sejam direitos, liberdades e garantias, quer sejam direitos econômicos, sociais e culturais, têm custos.

Diante desse cenário de protecionismo e de inchaço do Estado, acrescido de números decrescentes no desenvolvimento econômico, começou-se a questionar a eficiência, economia e sustentabilidade do Estado Social. Além disso, o intervencionismo estatal passou a ser fator de inibição do crescimento econômico e óbice à livre concorrência, bem como a legislação social por demais onerosa tornou-se repelente do investimento externo.

Foi necessário, então, repensar o Estado e a sua relação com a sociedade e questionar o seu papel interventor e os seus limites quanto a produção e distribuição de bens e serviços.

Diante dos problemas do Estado Social, projetou-se o Estado Garantidor, o qual deixa de ser responsável pela produção e prestação dos serviços econômicos e passa a ser responsável apenas pelo controle do funcionamento do mercado.

Sob a ótica de Elísio Estanque, em decorrência da crise vivida nos últimos anos houve um atrofiamento do Estado de Bem-estar, de forma que o Estado protetor, provedor e interventor abriu espaço para o surgimento de um Estado regulador, "segundo o qual os mercados são dotados de uma capacidade 'natural' de autorregulação, cabendo ao Estado sobretudo assegurar as condições da boa concorrência" (2012, p. 16).

[93] Correspondentes à promoção dos serviços públicos sociais, como segurança social, saúde, educação e cultura.

[94] Relativas à produção de serviços públicos econômicos, como produção e distribuição de gás e eletricidade, água e saneamento, transportes, telecomunicações, serviços postais.

Assim, a redefinição do papel do Estado se daria, particularmente, nos seguintes aspectos:

> (...) pela diminuição do seu tamanho; pela privatização das entidades estatais não comprometidas na realização das atividades típicas do Estado; pelo prestígio da liberdade econômica e da livre concorrência; pela extinção dos monopólios; pela descentralização das atividades do Estado ainda que típicas; pela agilidade e eficiência da máquina estatal, inclusive com novos modelos gerenciais; pela parceria com a sociedade civil; pela participação do cidadão na Administração Pública, em especial no controle da qualidade dos serviços prestados etc (BAZILLI; MONTENEGRO, 2003, p. 18-19).

O novo modelo de Estado que surge mostra-se menos interventivo que o outrora Estado Social, e que era fundamentalmente regulador. A partir disso, mudanças significativas deram-se no papel do Estado, buscando-se um equilíbrio entre Estado e mercado.

Ainda seguindo os ensinamentos de Estanque, verifica-se que

> (...) a partir da década de setenta foi de novo o mercantilismo que se reergueu e, desde então, é novamente o *princípio do mercado* que ganha hegemonia e o Estado que recua – e os seus programas sociais, assistenciais e solidários – e se tem vindo a submeter cada vez mais à economia de mercado, agora numa escala mais ampla, sob a batuta da globalização neoliberal (ESTANQUE, 2012, p. 13).

A partir disso, há quem defenda a ideia (mais radical) da morte ou falência do Estado Social ou, ainda, do surgimento de um Estado pós-social. No entanto, nas palavras de Jorge Miranda, "apenas franjas neoliberais radicais defendem, pura e simplesmente, o fim do Estado social" (MIRANDA, 2011, p. 10). Em posição uníssona, João Carlos Loureiro afirma que "tempos difíceis para o Estado Social (...) não significam o seu fim" (2010, p. 40).

Na verdade, o que ocorre não é o surgimento de um novo modelo de Estado, mas sim a reorganização do próprio Estado Social, que passa a adotar uma política econômica mais liberal e menos intervencionista, respeitando as relações de mercado e os postulados da propriedade, do contrato e da livre iniciativa, bem como de privatização de atividades públicas e a abertura destas à iniciativa privada.

Ou seja, é que "a passagem dos serviços públicos para as mãos de privados, a redução do peso do Estado e o primado da liberdade de empresa e do mercado voltam a oferecer-se como as

melhores soluções de prover à satisfação das necessidades coletivas" (CALVÃO DA SILVA, 2005, p. 175).

Voltou-se a considerar que o mercado e as regras da concorrência asseguram o direito de iniciativa econômica, a liberdade de empresa e liberdade de circulação de serviços, sendo desta forma os melhores meios de promoção do desenvolvimento econômico, do bem-estar e justiça social.

No entanto, esse novo pensamento liberalista não se confunde com o liberalismo praticado no século XIX, pois o mercado já deu provas de que sozinho não é capaz de salvaguardar inteiramente o interesse público, realizar as necessidades dos cidadãos e garantir paz social. Assim, no Estado Garantidor (ou Regulador), a atuação estatal não é abandonada completamente, mas exercida sempre que for necessária para corrigir as falhas de funcionamento do mercado e garantir a realização dos interesses sociais.

> Todavia, o fenômeno da desregulação, traduzindo-se na inversão da tendência de regulação pública da actividade económica característica do Estado-providência, implicará uma nova filosofia reguladora e não um retorno ao capitalismo liberal do séc. XIX (CALVÃO DA SILVA, 2005, p. 177).

Além disso, sob forte impulso da Comunidade Europeia (atual União Europeia), o que se viu no decorrer dos anos foi um amplo movimento, nos países que a integram, voltado para a privatização dos serviços públicos e de liberalização de setores do estado anteriormente monopolizados (CALVÃO DA SILVA, 2005, p. 175).

A atuação do Estado passa a ser meramente subsidiária, isto é, restrita ao mínimo indispensável à sua intervenção, quer na atividade empresarial quer nos programas assistencialistas, apenas se justificando nos casos de desinteresse pela iniciativa privada, ou quando esta se mostrar incapaz de cumprir as funções consideradas fundamentais para o interesse público ou, ainda, nos casos de proibição da sua atuação, bem como nos de incapacidade de autorregulação dos mercados, além de lhe incumbir disciplinar as atividades econômicas, supervisionar o seu cumprimento e sancionar eventuais infrações.

Entretanto, tais considerações não são acatadas de forma unânime. Há quem considere que "o estado regulador é filho das políticas que têm vindo a anular a responsabilidade do estado no terreno da economia e a esvaziar a sua capacidade de intervenção como operador nos setores estratégicos e na área dos serviços públicos" e que o mesmo se apresenta "como estado liberal, visando, em última instância, assegurar o funcionamento de uma economia de mercado em que a

concorrência seja livre e não falseada e em que – afastada a intervenção do estado – o mercado regule tudo, incluindo a vida das pessoas" (NUNES, 2011, p. 4).

Diante disso, aqui se repete a pergunta feita por Timm: "dentre os tipos de Estado e, consequentemente, de regulação do mercado, qual é aquele capaz de promover um maior desenvolvimento econômico e social?" (2006, p. 11).

Ainda não se chegou a uma reposta concreta a esta indagação, tendo em vista que sociedade, economia e mercado encontram-se em constante mutação e em reiterada busca por equilíbrio. Todavia, no campo da proteção dos direitos fundamentais dos consumidores, o que se percebe, tomando como base os serviços de interesse geral, é que um Estado menos interventivo, que atua mais como orientador, é tão capaz de promover essa proteção quanto um Estado interventor, com a vantagem de que no Estado garantidor se proporciona maiores condições de desenvolvimento da economia, pois este respeita, protege e reforça o mercado.

Tal conclusão é a que se pretende obter a partir da comparação entre o modelo brasileiro de Estado interventor na economia e o modelo português de Estado garantidor que se tem procurado adotar quanto aos serviços de interesse geral, ideia que se passa a construir a partir de agora.

Antes, porém, resta deixar claro que o presente trabalho não irá adentrar na discussão sobre se os direitos dos consumidores, enquanto direitos econômicos, sociais e culturais, são ou não direitos fundamentais, haja vista que tanto a Constituição brasileira de 1988[95], quanto a Constituição portuguesa de 1976[96] dispõem nesse sentido em seus respectivos textos legais.

2 O MODELO BRASILEIRO DE ESTADO INTERVENTOR NA ORDEM ECONÔMICA PARA GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR.

[95] Art. 5º - (...)

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

[96] Artigo 60.º Direitos dos consumidores:

1. Os consumidores têm direito à qualidade dos bens e serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos.

2. A publicidade é disciplinada por lei, sendo proibidas todas as formas de publicidade oculta, indirecta ou dolosa.

3. As associações de consumidores e as cooperativas de consumo têm direito, nos termos da lei, ao apoio do Estado e a ser ouvidas sobre as questões que digam respeito à defesa dos consumidores, sendo-lhes reconhecida legitimidade processual para defesa dos seus associados ou de interesses colectivos ou difusos.

No Brasil, a pretensa constituição de um Estado Social se deu já tardiamente. Com a consagração da Constituição Federal de 1.988 o país tentou instituir um Estado Social à sua maneira, limitado pelos seus recursos humanos e financeiros, com base no seu sistema de governo e instituições políticas e a partir das suas experiências históricas.

Atualmente, o que se tem é a concepção do Estado Democrático de Direito, onde há uma preocupação com a harmonia social, na medida em que a constituição deverá se moldar aos anseios populares. Essa nova concepção de Estado coloca a lei num patamar acima daquele vivenciado pelo Estado de Direito, na medida em que imporá mudanças sociais democráticas (SILVA, 2004, p. 121).

Senão Vejamos:

> É um tipo de Estado que tende a realizar a síntese do processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor de justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir (SILVA, 2004, p. 120).

Sob o mesmo prisma, no que tange à característica principal do Estado Democrático de Direito:

> É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como no que imperou no Estado de Direito clássico. Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade (SILVA, 2004, p. 121).

O Estado Social Democrático de Direito encontra previsão na Constituição brasileira de 1.988, eis que esta trata tanto de uma normativização positiva de direitos, liberdades e garantias quanto reclama uma interpretação baseada em seus princípios fundamentais.

Com a instituição desse novo modelo de Estado, foram consagrados os direitos de 3ª geração [direitos ou interesses difusos], e os de 1ª e 2ª outrora consagrados nos Estados anteriores passam por um processo de adequação ao novo modelo.

No que tange à ordem econômica brasileira, esta consiste no conjunto de normas constitucionais que definem os objetivos de um modelo para a economia e as modalidades de intervenção do Estado nessa área.

A atividade econômica e a atuação do Estado na área econômica encontram-se comprometidas com a promoção da existência digna aos cidadãos, e a intervenção se apresenta necessária para proteger os princípios estabelecidos constitucionalmente.

Assim, o Estado poderá nela intervir, a fim de que os Direitos fundamentais sejam obedecidos e respeitados na seara privada. O que se percebe é a preocupação do legislador em tutelar a participação dos particulares, se evidenciando, por assim dizer, uma eficácia vertical dos direitos fundamentais que se dá numa relação entre particulares e Estado.

Embora crescente o entendimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, esta ocorrendo nas relações privadas sem a ingerência estatal, o que ocorre na ordem econômica é a intervenção estatal a fim de preservar aos particulares princípios ligados à soberania nacional, à propriedade privada, a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras que tenham sua sede e administração no país (MORAIS, 2006, p. 724).

Nas palavras de Morais:

> Apesar de o texto constitucional de 1988 ter consagrado uma economia descentralizada, de mercado, autorizou o Estado a intervir no domínio econômico como agente normativo e regulador, com a finalidade das funções de fiscalização, incentivo e planejamento indicativo ao setor privado, sempre com fiel observância aos princípios constitucionais da ordem econômica, pois, como ressaltado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a ordem econômica está 'sujeita a uma ação do Estado de caráter normativo e regulador' (2006, p. 725).

Ademais, o princípio da dignidade da pessoa humana, como núcleo essencial dos princípios da atividade econômica, impõe que todos os outros previstos no artigo 170 da Constituição Federal sejam dele decorrentes, ou com ele estejam intimamente ligados, tudo isso buscando a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, conforme previsto no artigo 3º da Carta Magna.

Vale dizer que o estatismo empenha um importante papel na seara político-social brasileira, na medida em que mantêm as classes produtoras, capitalistas, empresariado, constituindo uma alavanca de sustentação da frágil classe econômica brasileira, mormente quando se trata para o progresso nacional das classes trabalhadoras (SILVA, 2004, p. 781).

Mais ainda, a intervenção do Estado na ordem econômica se dará de forma participativa ou interventiva, ambas se constituindo um instrumento pela qual o poder público garante a eficácia dos direitos fundamentais. Neste sentido:

> Fala em exploração direta da atividade econômica pelo Estado e do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica. Quer dizer: o Estado pode ser um agente econômico e um agente disciplinador da economia. Pode-se manter em face da atual constituição, a mesma distinção que surtia das anteriores, qual seja a de que ela reconhece duas formas de ingerência do Estado na ordem econômica: a *participação* e a *intervenção* (SILVA, 2004, p. 784)

O Estado se verá atuando na economia por meio das Empresas Públicas, sociedades de economia mista e outras entidades estatais e paraestatais. Senão Vejamos:

> E, como qualquer entidade estatal pode explorar diretamente atividade econômica, bem se vê que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios podem, sempre por lei específica, criar e manter empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades destinadas à exploração das respectivas atividades econômicas, evidentemente segundo suas competências (SILVA, 2004, p. 785).

Assim, a intervenção do Estado no domínio econômico se fará por meio de atos ou medidas legais que visem restringir, condicionar ou suprimir a iniciativa privada em dada área econômica, em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social, assegurando os direitos e garantias individuais.

Todavia, o fundamento primeiro da intervenção do Estado no domínio econômico também atua como limitador dessa intervenção, haja vista o caráter excepcional e suplementar da atuação do Poder Público nessa seara, restringida pelos princípios estabelecidos no artigo 170 da Constituição Federal.

Portanto, percebe-se que o Estado poderá intervir na ordem econômica sempre que e, somente quando, necessário ao pleno exercício dos direitos fundamentais no que tange a manutenção da justiça social, bem como para assegurar o bem estar das pessoas.

Levando-se em consideração o direito fundamental de proteção aos consumidores, que se destina à regulação de um grupo indeterminado de pessoas, o Estado mantém algumas garantias, tendo em vista que no Direito do Consumidor, há a preocupação com os membros da coletividade, haja vista que o bem jurídico tutelado é de interesse indireto da sociedade. Senão Vejamos:

> Em razão da fluidez da sua titularidade, favorecem o estabelecimento de relações de reciprocidade e comunhão entre a totalidade dos titulares e os demais membros da coletividade, pois em geral, o bem tutelado envolve o interesse indireto de todos. Emerge o caráter solidário dos mesmos, chamando todos a um compromisso comum, reposicionando o Estado como um sintetizador da solidariedade social, no intuito de assegurar a todos uma melhor qualidade de vida (MENEZES, 2003, p. 60).

Neste desiderato, o direito do consumidor consiste no seguinte:

> Os direitos do consumidor constituem modalidades de direitos difusos pela regulamentação de interesses com titularidade completamente fluida. Diferentemente dos interesses puramente individuais, com titularidade determinada e em cuja tônica encontram-se os valores da liberdade, o direito do consumidor transcende a esfera da individualidade para também, açambarcar interesses de toda a coletividade (MENEZES, 2003, p. 51).

De ver-se que os direitos do consumidor consistem em interesses coletivos que não se amoldam aos interesses da individualidade, mas sim de um corpo social. Desta feita, o tal aspecto é tido como uma garantia fundamental, tendo em vista que a sociedade necessita do amparo da coletividade.

Mais ainda:

> Trata-se de um conjunto de normas que implicam no intervencionismo estatal, originário do dirigismo econômico, com o fim de ordenar as atividades econômicas em direção ao respeito dos direitos básicos do consumidor. Constituem-se de normas de variadas ordens, qualificada como um microssistema jurídico em defesa do consumidor, cujo objetivo é a definição dos direitos básicos, a constituição de uma política nacional de defesa do consumidor, o estabelecimento de garantias à implementação

> desses direitos, além da definição da responsabilidade civil, penal e administrativa em relação ao ofensor dos direitos ali resguardados (MENEZES, 2003, p. 52).

Vale dizer o seguinte:

> Na luta pela qualidade vida, a sociedade exige um meio ambiente ecologicamente equilibrado, desenvolvimento econômico, a paz social. Relativamente ao consumo, exige qualidade no ciclo de produção econômica, com o fim de resguardar a saúde, segurança e os interesses econômicos do consumidor. Consumidor não é apenas o indivíduo que adquire um produto ou serviço, mas pode ser equiparada a toda a coletividade exposta aos efeitos da produção econômica. Consolida a defesa do indivíduo e da coletividade, resgatando a particularidade e o coletivo numa sociedade democrática e mecanicista (MENEZES, 2003, p. 60).

Percebe-se, portanto que os direitos do consumidor se ligam à coletividade, bem como se ligam aos Direitos Fundamentais, no sentido de que a preocupação com o social é mais crescente do que a mera preocupação com o particular. Protegendo a esfera do "todo" se protege, consideravelmente, a população em si.

O Código de Defesa do Consumidor se prende à Constituição, na medida em que, implicitamente, contém a concepção da dignidade da pessoa humana, assegurando a proteção dos consumidores na esfera econômica. É importante destacar o seguinte:

> Tem como fins últimos o estabelecimento da equidade nos termos de uma justiça distributiva, que prima pela satisfação das necessidades dos consumidores, considerando o respeito a sua dignidade, saúde, segurança, a transparência e equilíbrio nas relações de consumo, bem como os seus interesses econômicos. Os princípios básicos são: o reconhecimento da hipossuficiência do consumidor; ação governamental em sua defesa; harmonização dos interesses; educação e informação para o consumo; incentivo à criação de meios para controle da qualidade por parte dos fornecedores; coibição e repressão dos abusos; melhoria da qualidade dos serviços públicos e estudo sobre as modificações do mercado de consumo (MENEZES, 2003, p. 64).

Portanto, em relação à proteção consumerista percebe-se o apreço do legislador em tutelar as matérias relativas às relações sociais, na medida em que o coletivo prevalece sobre a vontade

individual, mormente quando se trata de interesses difusos sendo realizados pelo Estado Democrático de Direito.

Além dos direitos básicos próprios dos consumidores, previstos no artigo 6º da Lei 8.078/90, ao usuário de serviços públicos são, ainda, atribuídos o direito à adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral (inciso X do artigo 6º) e o direito de receber o fornecimento de serviços públicos adequados, eficientes, seguros e, se e essenciais, contínuos (artigo 22).

Vislumbra-se de tudo o que foi consignado que o Brasil ainda não se deixou atingir pelas ideias de despedida do Estado Social e continua caminhando em direção à tentativa de construção do mesmo.

Em nosso país, persiste a necessidade da intervenção estatal para amenizar os problemas das classes menos favorecidas. E, apesar da forma contemporânea de Estado Social, com certas diretrizes do Estado subsidiário ou neoliberal, em tal não se transformou o Brasil, coexistindo nos dias de hoje com uma mescla entre o Estado fomentador e regulador da economia e o Estado interventor para garantia dos direitos sociais, tendo maior ênfase este último.

Embora já tenha havido no Brasil a flexibilização do monopólio estatal em torno da exploração de alguns serviços públicos e a transferência destes à iniciativa privada, encontra-se o usuário destes serviços sob a proteção de uma das mais avançadas legislações consumeristas, cuja tutela se assenta nas ideias de relativização do contrato, da boa-fé objetiva e da intervenção do Estado nas relações de consumo. Isso significa que, os consumidores encontram-se amplamente resguardados em seus direitos, porém à custa de um grave entrave econômico e financeiro, que tem gerado uma crescente instabilidade das principais variáveis do mercado (liberdade de iniciativa, contratual e de propriedade) e uma redução no ritmo de crescimento econômico.

3 O MODELO PORTUGUÊS DE ESTADO REGULADOR DA ECONOMIA E A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES.

Em Portugal, os maiores avanços em termos de políticas sociais ocorreram nos anos 60, devido ao expressivo crescimento econômico e "por razões de manutenção da ordem pública e de legitimação do Estado Novo". Em 1.976, com a promulgação da Constituição portuguesa, com uma generosa gama de direitos sociais, vislumbra-se a pretensão de construção de um Estado Social com vistas a consolidar as promessas de igualdade política, social e econômica. Assim, "quando na Europa

se começa a questionar este modelo, em Portugal dão-se os primeiros passos na sua criação" (SILVA, 2013, p. 25).

A Constituição Portuguesa de 1976 incluiu em seu texto a proteção a diversos direitos e garantias fundamentais. Foram consagrados na Parte I do texto constitucional os "Direitos e deveres fundamentais" e elencados, formalmente, nos artigos 24 a 57, os direitos, liberdades e garantias pessoais, de participação pública, e dos trabalhadores.

Porém, a Constituição Portuguesa foi além e determinou em seu artigo 16º.1, que os direitos fundamentais a serem protegidos não se restringem exclusivamente ao rol enumerado na Parte I desta. Ou seja, por força dos artigos 16 e 17, é possível a existência de outros direitos fundamentais em leis ordinárias, normas internacionais e mesmo em outros dispositivos constitucionais situados ao longo do texto da Lei Maior (ANDRADE, 2004, p. 77).

E mais, a eventual não inclusão de alguns direitos na Constituição não significa a sua exclusão, pois se reconhece a existência de direitos não escritos, mas que são considerados fundamentais em decorrência da forma de governo estabelecida, dos princípios consignados ou constantes de outras Constituições ou outras leis (ANDRADE, 2004, p. 77).

Apesar de primar pelas liberdades, a Constituição Portuguesa também se preocupa com os direitos sociais e, por isso, não deixa à mercê das forças de particulares os interesses da sociedade. Ao contrario, estabelece imperativos com o intuito de disciplinar as relações sociais. Garante a autonomia privada, transcrita na livre iniciativa, na liberdade negocial, na propriedade privada, mas também assegura a proteção à igualdade dos indivíduos em face de grupos privados ou indivíduos poderosos (a defesa do consumidor), promovendo a justiça social.

Pelo princípio da igualdade, previsto no artigo 13º, impõe-se obrigações de igualdade de tratamento. Nas relações entre particulares, em que figuram em um pólo um indivíduo vulnerável e no pólo contrário um particular com poder, o princípio da igualdade aplica-se como atenuador da liberdade negocial.

> Quando estejam em causa situações em que certas pessoas colectiva, grupos ou indivíduos detenham uma posição de domínio econômico ou social, por gozarem, por exemplo, de uma situação de monopólio, não deve permitir-se que invoquem a liberdade negocial para escolher arbitrariamente a contraparte ou impor a exclusão de terceiros. Aí poderá valer a primazia do dever de respeito pela igualdade sobre a liberdade (ANDRADE, 2004, p. 280).

Nas relações privadas entre iguais, o princípio da igualdade figurará como limitação da liberdade quando esta for discriminatória, ou seja, atuará como proibição de discriminações que ofendam a dignidade da pessoa humana.

Ademais, a previsão da proteção dos consumidores enumerada no artigo 60º da CRP os insere no conjunto de direitos fundamentais de 3ª geração (direitos econômicos e sociais), exigindo, segundo Andrade, a intervenção do Estado para a sua garantia e, especialmente, para a proteção dos utentes de serviços públicos essenciais (sobretudo se privatizados). Assim,

> (...) o consumidor torna-se um sujeito de direitos fundamentais em razão da sua subalternidade e vulnerabilidade na relação econômica com o produtor, fornecedor ou prestador, em especial no que toca a bens e serviços essenciais que não pode deixar de adquirir (ANDRADE, 2003, p. 143).

A consagração de um conjunto de direitos fundamentais na Constituição Portuguesa teve a intenção de proporcionar e garantir o exercício de direitos e a realização de deveres, sempre voltados para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, pautados num princípio basilar constitucional, qual seja o da dignidade da pessoa humana, conforme previsão inserida no artigo 1º.

Novamente de acordo com José Carlos Vieira de Andrade, apesar de em Portugal ainda se verificar a prevalência das ideias de aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais, a doutrina tem entendido existirem "deveres de proteção" dos direitos fundamentais dos particulares, por parte do Estado, contra quaisquer ameaças, tanto as que resultarem da sua própria atuação (deveres de abstenção, de prestação ou de garantia de participação) mas, especialmente, contra as que resultam da atuação de outros particulares. Disso retira-se que, embora estas teorias do dever de proteção sejam adeptas de uma ideia de aplicabilidade mediata, quando da sua aplicação acabam por alcançar o mesmo tratamento dado à aplicação direta, pois dilatam a aplicabilidade dos direitos fundamentais para além do tradicional preenchimento das cláusulas gerais de direito privado, impondo aos poderes públicos (ao legislador, à Administração e ao juiz) a obrigação de cuidar para que não existam ofensas aos direitos fundamentais por parte de entidade privadas (2004, p. 256-257).

Além disso, a previsão do princípio da igualdade na Constituição Portuguesa impõe, em caso de evidente desigualdade ou violação de direitos, a aplicação dos direitos fundamentais para limitar a autonomia privada e restabelecer a justiça social.

No que diz respeito à intervenção na ordem econômica para a proteção dos direitos dos consumidores, a Constituição portuguesa enumera no artigo 81º as incumbências prioritárias do Estado

no âmbito econômico e social e, dentre muitas, a de garantir a defesa dos interesses e os direitos dos consumidores (alínea i); e no artigo 99º, dentre os objetivos da política comercial, juntamente com a garantia à concorrência, a proteção aos consumidores (alínea e).

Então, o meio difusor da atuação dos Direitos Fundamentais dar-se-á por meio da Constituição que reunirá uma série de decisões políticas fundamentais da sociedade, fazendo-se, assim, um instrumento eficaz na busca da harmonia social. A política terá uma importante função na busca da definição de condutas dos membros de uma determinada comunidade (VIEIRA, 2006, p. 38).

Pela utilização da política é que serão definidas as formas de atuação do Estado e as escolhas públicas para a preservação dos direitos fundamentais.

Assim tem-se que, o Estado português adotou forma de atuação na seara econômica diferente da adotada pelo Estado brasileiro, pois enquanto neste há a intervenção estatal forte na economia, por meio de atos ou medidas legais que visem restringir, condicionar ou suprimir a iniciativa privada em dada área econômica, em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social, e aqui especificamente no que diz com a defesa dos consumidores, naquele o que se tem é uma regulação por meio da regulamentação e da fiscalização das atividades econômicas e, eventualmente, da aplicação de sanções aos desvios.

> Trata-se, no fundo, de tirar as devidas consequências do facto de uma parte do conteúdo da Constituição económica ter "perdido força jurídica" enquanto comando de governo – fim do Estado Social e a crise do Estado regulador – e se ter deslocalizado para um reforço da proteção dos direitos sociais – contributo fundamental do Estado garantidor. Nesta nova abordagem, o Estado, por força da integração europeia, deixa de poder intervir directa e livremente na economia, passando a incentivador do mercado e a garantidor de prestações económicas de relevo social, o que significa que uma parte importante das incumbências prioritárias do Estado prevista no art. 81 transmuta-se em dever de garantia segundo este novo enquadramento (SILVA, 2008, p. 46).

Mas nem sempre foi assim. Por algum tempo o regime português foi marcado por uma regulação estatal fortemente intervencionista, com objetivo de diminuir ou impedir a concorrência no mercado, sendo a maioria dos serviços públicos econômicos prestados diretamente, com a crença de que, nestas circunstâncias, satisfaziam em melhores condições os cidadãos, com preços mais baixos para os consumidores (PORTO, 2003, p. 162-163).

As dificuldades enfrentadas pelo modelo de Estado Social fortemente intervencionista e produtor e distribuidor dos serviços públicos (já enumeradas anteriormente), bem como com a adesão

de Portugal à Comunidade Europeia, implicaram, para além de outros domínios, na acentuação da política de privatização e liberalização de setores até então essencialmente públicos. O Estado português transferiu para as mãos dos particulares muitas obrigações de serviços públicos.

> Este novo modelo de "intervenção" do Estado, embora se reporte em grande medida às tarefas sociais no seu todo, admite gradações quanto ao nível e tipo de intervenção em cada domínio, com especial incidência sobre as tarefas de caráter econômico, as quais começam a encontrar hoje um terreno mais sólido em termos dogmáticos, fruto do estudo dos resultados alcançados a partir do desenvolvimento dos três postulados do Estado regulador – privatização, liberalização e desregulação-(re)regulação (SILVA, 2008, p. 7).

Assim, e adotando as diretrizes da União Europeia, o Estado português entende que assegurar o mercado e as regras da concorrência, o direito de livre iniciativa econômica, a liberdade de empresa e a liberdade de circulação de serviços é o melhor caminho para a promoção do desenvolvimento econômico, do bem-estar e da justiça social.

Todavia, repete-se que o mercado apresenta falhas, especialmente quando se trata do conflito entre a busca pelo lucro e a preservação dos consumidores, haja vista que estes assumem condição extremamente vulnerável por se tornarem "consumidores forçados", diante do caráter essencial do serviço (SILVA, 2008, p.15). Diante disso, o Estado português não se mantém inerte, ao contrário, ele atua para corrigir as falhas e garantir o bem comum. Porém, atua respeitando a economia e a concorrência, e ao mesmo tempo, defendendo os consumidores.

Canotilho, ao proceder à análise do conceito de Estado Garantidor, afirma que este representa as alterações na forma de cumprimento das tarefas e serviços públicos pelo Estado. Nesse sentido:

> (...) o Estado-garantidor é convocado para registar a evolução do problema de socialidade, pois, por um lado ele é um Estado "desconstrutor" de serviços encarregados de prestações existenciais do cidadão, e, por outro lado, um Estado "fiador" e "controlador" de prestações dos "serviços de interesse geral" por parte das entidades privadas (CANOTILHO, 2008, p. 571).

Os serviços de interesse econômico geral, ou seja, aqueles que são essenciais à comunidade, passam a ser desenvolvidos por meio da livre iniciativa e livre concorrência entre as empresas e, de forma que, aos poucos, a intervenção econômica estatal vem sendo substituída pelos mecanismos de incentivo ao mercado. Nesse sentido, "(...) apesar da transmissão da tarefa de

prestação destes serviços aos privados, os Estados-membros continuam a dispor de um *poder de ingerência sobre as condições de prestação dos mesmos"* (SILVA, 2008, p. 23).

O que ocorre, na verdade, é uma modificação na forma de prestação desses serviços.

> Na realidade, continua a reconhecer-se-lhes um papel fundamental para o suporte da vida social (serviços de interesse geral), mas acentua-se a sua faceta económica (serviços de interesse económico) e a possibilidade de incrementar a sua eficiência (decréscimo dos custos e incremento da inovação tecnológica) se os mesmos forem prestados em ambiente de mercado (SILVA, 2008, p. 24).

Duas suposições reforçam a ideia de que os serviços públicos fornecidos por empresas privadas em regime de livre concorrência tornam-se mais eficientes. A primeira delas é a de que a empresa privada que presta o serviço em regime de contrato buscará desenvolver as suas atividades e investir em novas tecnologias com o intuito de oferecer o melhor serviço. A segunda é a de que o próprio consumidor destes serviços realiza a sua autoproteção na medida em que exerce o controle sobre os preços, pois somente aceita pagar a quantia que considera equitativa em vista do serviço prestado.

No entanto, nem sempre é isto o que acontece. Considerando que as empresas privadas visam o lucro, a certeza é a de que operarão em busca do menor custo e de obtenção do maior lucro. É nesse sentido o ensinamento de Calvão da Silva, ao afirmar que "a lógica dos privados orienta-se, primordial ou exclusivamente, por um escopo lucrativo, o que será frequentemente incompatível com a satisfação de interesses a que todos têm direito" (2005, p. 180).

E, ainda, considerando que na maioria das vezes esses serviços são fornecidos no mercado por poucas empresas ou mesmo uma única empresa, de forma que não existe concorrência, torna-se quase impossível a regulação dos direitos do consumidor pelo livre mercado, ficando os mesmos desamparados.

Por isso é que, acompanhando as privatizações torna-se imprescindível a atuação da "mão" do estado através de medidas de regulação, garantindo os objetivos do mercado e assegurando o cumprimento dos direitos sociais.

Segundo os ensinamentos de Calvão da Silva,

> A força espontânea da "mão invisível" do mercado encontraria naturalmente as melhores condições de prossecução do bem comum, constituindo, por isso, a regulação estadual uma intromissão perniciosa para os consumidores e sociedade em geral. Ora, nos tempos hodiernos, entende-se que a "mão invisível" do mercado carece da "mão visível" da Regulação Pública, isto é, a lógica da concorrência deve ser temperada pelo Estado, no âmbito de uma responsabilidade de controlo e garantia da própria iniciativa privada (CALVÃO DA SILVA, 2005, p. 176).

Nesse mesmo sentido afirma-se que alguns mercados econômicos, com características peculiares, necessitam de uma mitigação da lógica liberalizadora, ou mesmo a sua aplicação em conjunto com um intervencionismo econômico equilibrado. E em outros, ao contrário, a intervenção estatal será reduzida e realizada em forma de políticas (de controle e organização), como por exemplo, no que diz respeito à proteção dos consumidores (MARTINS, 2010*,* p. 93).

O que importa salientar, especialmente quanto à proteção dos consumidores, é que, muitas vezes, "o livre jogo das forças do mercado apresenta falhas, cumprindo então ao Estado regular o modo como os agentes privados prestam os serviços anteriormente por si assegurados" (CALVÃO DA SILVA, 2005, p. 177).

Por isso é que tais atividades, apesar de conduzidas pela iniciativa privada, ficam sujeitas à regulação estatal por servirem ao interesse público e, por esse motivo, sujeitas às obrigações de serviço universal.

3.1 A prestação dos serviços de energia elétrica e telecomunicações como exemplos práticos.

De acordo com o Livro Verde sobre serviços de interesse geral, aprovado pela União Europeia em 2003 e que prevê diretrizes a serem adotadas pelas legislações nacionais dos respectivos países membros, os serviços de interesse geral, apesar de não possuírem conceito único que os defina,

são embasados por elementos comuns, tais como, serviço universal[97], continuidade[98], qualidade do serviço[99], acessibilidade de preços[100], proteção do utilizador e do consumidor[101].

Não há, ainda, no âmbito do direito comunitário, disposições objetivas que garantam a proteção clara dos consumidores de serviços públicos (ou serviços de interesse econômico geral). No entanto, tal preocupação tem se tornado um verdadeiro compromisso tanto da União Europeia, quanto dos países membros, em busca da qualidade do serviço e da segurança dos utentes, ainda que ofertado por privados.

Além destes elementos, por si só já realizadores em grande medida da proteção dos consumidores-utentes de serviços públicos, em Portugal faz-se referência à Lei nº 23/96, definidora de critérios de proteção dos consumidores de serviços públicos essenciais, como por exemplo, de eletricidade e telecomunicações. A propósito da referida lei, Manuel Porto afirma o seguinte:

---

[97] O Livro Verde define como serviço universal o *conjunto de requisitos de interesse geral que garantem que certos serviços são disponibilizados, com a qualidade especificada, a todos os consumidores e utentes no território de um Estado-Membro, independentemente da sua localização geográfica, e a um preço acessível, em função das condições nacionais específicas.*

[98] O requisito da continuidade implica que tais serviços deverão ser prestados sem interrupção. No plano nacional, esse requisito deve ser conciliado com o direito à greve e o respeito ao Estado de Direito.

[99] No que diz respeito à exigência quanto à qualidade do serviço, é que a atuação reguladora do Estado incidiu com maior peso. Nesse campo, não se deixou à mercê das forças do mercado a manutenção e o desenvolvimento da qualidade dos serviços. Em Portugal, algumas normas foram adotadas com esse intuito.

[100] O conceito de acessibilidade dos preços foi desenvolvido inicialmente para o setor de telecomunicações e posteriormente transportado para os serviços postais. Impõe o oferecimento do serviço a um preço acessível, de forma que todos possam dele se beneficiar.

[101] Para a proteção dos consumidores, além de todas as medidas anteriormente enunciadas, que também atuam nesse sentido, em virtude da importância econômica e social destes serviços e da necessidade de proteção dos consumidores, a Comissão identificou os serviços de interesse geral como uma área onde é necessário intervir para garantir um elevado nível comum de defesa do consumidor (COM(2002) 208, JO C 137, 08-06-2002, p. 2). Assim, os Estados-membros devem definir leis garantidoras dos direitos dos utentes. A Comunicação da Comissão sobre serviços de interesse geral de Setembro de 2000 estabelece um conjunto de princípios que podem ajudar a definir requisitos para estes serviços na óptica dos consumidores e dos utentes. Entre os princípios, incluem-se a boa qualidade do serviço, elevados níveis de proteção da saúde e de segurança física dos serviços, transparência (em matéria de tarifas, contratos, escolha e financiamento dos operadores), escolha do serviço, escolha do operador, concorrência real entre operadores, existência de entidades reguladoras, disponibilidade de mecanismos de recurso, representação e participação ativa dos consumidores e dos utilizadores na definição dos serviços e escolha das formas de pagamento. A Comunicação evidencia ainda que a garantia de acesso universal, a continuidade, a elevada qualidade e a acessibilidade dos preços constituem elementos essenciais da política de defesa do consumidor na área dos serviços de interesse econômico geral. Sublinha também a importância de dar resposta às preocupações mais gerais dos cidadãos, designadamente no que se refere à proteção do ambiente, às necessidades de certas categorias da população, como as pessoas com deficiência e as que auferem baixos rendimentos, bem como em relação à completa cobertura territorial de serviços essenciais em áreas longínquas ou inacessíveis (JO C 17, 19-01-2001, p. 4).

> Os princípios a seguir no fornecimento destes serviços são mencionados em diferentes artigos: devendo designadamente ser fornecidos com 'boa fé', de acordo com a sua natureza e com os interesses dos consumidores (art. 3º), haver informação completa e clara (art. 4º), haver continuidade, sendo admitidas apenas poucas exceções (art. 5º), e serem respeitados padrões de qualidade (art. 7º) (PORTO, 2003, p. 164, nota 6).

Ressalte-se, desde logo, que o fornecimento de energia elétrica, assim como a prestação do serviço de telecomunicações, são serviços públicos essenciais e, portanto, encontram-se subordinados aos princípios referidos na lei de proteção dos utentes de serviços públicos essenciais.

No que diz respeito ao fornecimento do serviço público de eletricidade, foram estabelecidas as Bases do Sistema Eléctrico Nacional – BSEN – pelo Decreto-Lei nº 182/95, que prevê diversos objetivos a serem atingidos pela empresa privada fornecedora do serviço público e que servem de amparo aos utentes do serviço, dentre eles, a qualidade do serviço, a cobertura completa do território, a continuidade na oferta e a limitação dos preços. [102]

Além das BSEN, o Decreto-Lei 184/95, que estabeleceu o regime jurídico da atividade de distribuição de energia elétrica, também prevê princípios e obrigações decorrentes da prestação do serviço de interesse geral.

Em termos de proteção dos consumidores, o artigo 7º das BSEN promete "assegurar em todo o território continental a satisfação das necessidades dos consumidores de energia eléctrica, em regime de serviço público". Tal norma visa a concretização do princípio da universalidade. Congruentemente, o artigo 37º do mesmo diploma legal consagra o princípio da continuidade, ao ser determinada a obrigação de exercer a atividade de forma contínua e regular.

No que diz respeito à qualidade do serviço, os fornecedores de energia elétrica devem respeitar os padrões estabelecidos no Regulamento da Qualidade de Serviço (arts. 41º das BSEN e 8º do Decreto-Lei nº 184/95), além de terem que atuar com transparência de procedimentos no exercício da atividade (art. 39º, nº 2, alínea b, das BSEN) (GOUVEIA, 2001, p. 61).

Por último, quanto à fixação das tarifas e preços do serviço, "factor essencial para a coesão económica e social e um dos aspectos que mais impacto tem para os consumidores" (GOUVEIA, 2001, p. 62), é esta realizada pela autoridade reguladora a partir da prévia definição de princípios e regras.

[102] Dispõe o artigo 2º, nº 2, a, do decreto-lei 182/95, que *o exercício das actividades de produção, transporte e distribuição de energia eléctrica tem como objetivo fundamental contribuir para o desenvolvimento económico e social e para o bem-estar da população, assegurando, nomeadamente, a oferta de energia em termos adequados às necessidades dos consumidores, quer qualitativa, quer quantitativamente.*

Em relação ao serviço de telecomunicações, foi o Decreto-Lei nº 91/97 que estabeleceu a Lei de Base das Telecomunicações (LBT) e, posteriormente, foi complementado pelo Decreto-Lei nº 458/99. Este último trouxe a previsão em seu artigo 1º, nº 2, do princípio da universalidade, o qual inclui igualdade, continuidade e preços baixos; e no artigo 3º as prestações de ligação à rede telefônica fixa, oferta de postos públicos e de distribuição de listas telefônicas, refletindo assim os benefícios aos consumidores (PORTO, 2003, p. 170-171).

A garantia de preços acessíveis é estabelecida pelos artigos 10º e seguintes do Decrelo-Lei nº 458/99, que prevê critérios que devem ser obedecidos para a fixação dos preços, como da transparência e da não discriminação (art. 10º, nº 1), bem come preços especiais ou diferenciados, tendo em conta especificações geográficas e categorias de serviços e utilizadores (art. 10º, nº 2). No entanto, o regime de preços não é estabelecido pela autoridade reguladora, e sim por um acordo entre a Administração Central, o ICP-ANACOM e o prestador do serviço (GOUVEIA, 2001, p. 71).

As entidades reguladoras do setor elétrico (ERSE) e do setor de telecomunições (ICP-ANACOM) constituem-se em pessoas coletivas de direito público, dotadas de autonomia administrativa e financeira e de patrimônio próprio, o que garante a sua independência de atuação.

Dentre as várias competências da ERSE, as que aqui interessam principalmente, são as que dizem respeito à regulamentação, fiscalização e aplicação de sanções ao setor, a definição de tarifas e preços e ao acesso de novas entidades.

A ERSE é composta por um Conselho de Administração, um Conselho Fiscal, um Conselho Consultivo e um Conselho Tarifário. Os consumidores estão representados tanto no Conselho Consultivo, por dois representantes, quanto no Conselho Tarifário, por outros três.

Quanto ao ICP-ANACOM, destacam-se entre as suas competências a regulação e fiscalização do setor, zela pela qualidade e o preço adequado dos serviços prestados, garantir o acesso dos utilizadores à rede fixa de forma transparente, fiscalizar o cumprimento das regras estabelecidas, etc. Para o estabelecimento do preço, tem-se, conforme já mencionado, uma negociação entre a Administração Central, o ICP-ANACOM e os operadores do serviço.

O ICP-ANACOM é composto por um Conselho de Administração, um Conselho Fiscal e um Conselho Consultivo. Neste último, os consumidores são representados por um membro das associações de consumidores e um representante dos utentes dos serviços de comunicações, ambos designados pelo Instituto do Consumidor.

De acordo com a análise de Rodrigo Gouveia, nota-se aqui um desequilíbrio de forças em prejuízo aos consumidores. A uma, pela fraca posição ocupada por estes no Conselho Consultivo. A duas, em vista da não participação dos mesmos na fixação dos preços (2001, p. 83).

Apesar de algumas tribulações ainda enfrentadas, de uma forma geral, tanto no setor elétrico, quanto no setor das telecomunicações, os princípios e obrigações que visam o fornecimento do serviço a todos os consumidores, ininterruptamente e a preços acessíveis, estão sendo atendidos, o que confirma que a forma de intervenção estatal portuguesa, por meio da regulação, tem sido eficiente para a proteção dos consumidores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa sobre o tema proposto parte da análise da evolução do Estado, de Liberal para o Social e deste para o novo modelo de organização e atuação social e econômica que atualmente se propõe com a nomenclatura de Estado Garantidor. Neste compasso, chegou-se a um primeiro arremate, onde foi possível verificar que o que ocorre não é o surgimento de um novo modelo de Estado, mas sim a reorganização do próprio Estado Social, que passa a adotar uma política econômica mais liberal e menos intervencionista, respeitando as relações de mercado e os postulados da propriedade, do contrato e da livre iniciativa, bem como de privatização de atividades públicas e a abertura destas à iniciativa privada.

Portanto, a partir da reconsideração da forma de atuação do Estado Social e a sua relação com a sociedade surge o Estado Garantidor, que deixa de ser responsável pela produção e prestação dos serviços econômicos e passa a ser responsável apenas pela orientação, incentivo e controle do funcionamento do mercado.

Desta forma, foi possível constatar que a privatização de serviços públicos, a liberalização dos monopólios estatais e a desregulação da economia justifica-se, tanto pela ineficiência do Estado na produção e fornecimento destes serviços e na sobrecarga de atribuições e das finanças públicas, quanto pela confiança nos mecanismos de autorregulação do mercado. Todavia, verificou-se, em uma segunda premissa, que as alterações promovidas no Estado Social não significam o completo abandono da economia e do mercado, ao contrário, o Estado continua atuando de forma a preservar os valores que lhe são caros, contudo, passa a exercê-la somente quando for necessária para corrigir as falhas de funcionamento do mercado e garantir a realização dos interesses sociais, dentre eles a proteção dos consumidores.

Em seguimento, procedeu-se ao estudo dos dois modelos de Estado representados por Portugal e Brasil, onde se conferiu que o Estado brasileiro adota um modelo marcado por uma forte intervenção estatal na economia por meio de atos ou medidas legais que visem restringir, condicionar

ou suprimir a iniciativa privada em dada área econômica, em benefício do desenvolvimento nacional e da justiça social e, aqui especificamente, no que diz respeito à defesa dos consumidores.

Já o Estado português adotou forma de atuação na seara econômica condizente com os ditames do Estado Garantidor, isto é, mais como promotor e incentivador das atividades de mercado e menos como regulador, intervindo apenas para regulamentar e fiscalizar as atividades econômicas e, eventualmente, aplicar sanções aos desvios, o que por si só tende a garantir a proteção aos consumidores.

Nesse ponto, era preciso superar a problemática encontrada para o enfrentamento do tema proposto, qual seja: dentre os dois modelos de Estado apresentados e, consequentemente, de regulação do mercado, qual é aquele capaz de equilibrar em melhores proporções o desenvolvimento econômico e a proteção dos consumidores.

Para alcançar a resposta a essa premissa, elegeu-se uma investigação em torno dos direitos dos consumidores de serviços públicos de eletricidade e telecomunicações em Portugal, fazendo-se uma breve explanação acerca do conceito de serviços de interesse econômico geral, expressão que veio em substituição à de serviços públicos no âmbito do direito comunitário europeu, e da forma como passam a ser prestados no novo molde do Estado orientador e incentivador. Foi realizada, ainda, uma pesquisa em torno dos principais dispositivos legais que estabelecem preceitos visando a proteção dos consumidores-utilizadores destes serviços.

A partir desse estudo foi possível identificar que no Estado brasileiro a proteção aos consumidores de serviços públicos é feita de forma ampla, porém à custa de um grave entrave econômico e financeiro, que tem gerado uma crescente instabilidade das principais variáveis do mercado (liberdade de iniciativa, contratual e de propriedade) e uma redução no ritmo de crescimento econômico, aliada a uma constante elevação do preço dos serviços (especialmente da energia elétrica) para arcar com a manutenção dos custos de produção. Enquanto que, no Estado português, ainda que a proteção aos consumidores de serviços econômicos de interesse geral, a exemplo das telecomunicações e da energia elétrica, não tenha alcançado o patamar ideal, os princípios e obrigações que visam o fornecimento do serviço a todos os consumidores, ininterruptamente, com qualidade e a preços acessíveis, estão sendo atendidos; e os princípios da economia e do mercado, respeitados.

Por todo o exposto, pôde-se verificar que, aliando as diretrizes ditadas pela União Europeia para o fornecimento de serviços econômicos de interesse geral às normatizações expedidas pelo Estado português para o atendimento dos objetivos de universalidade, continuidade, qualidade do serviço, preços acessíveis e proteção do utente, a intervenção reguladora de garantia tem se mostrado

eficaz para defesa dos consumidores de serviços públicos e preferencial ao modelo adotado pelo Brasil, eis que, ao mesmo tempo, permite o desenvolvimento da economia e do mercado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito democrático*. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, jul.-set. 1999.

_____. *Teoria dos Direito Fundamentais*. Tradução por Virgílio Afonso da Silva. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos dos consumidores como direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* Estudos de Direito do Consumidor. Nº 5. Centro de Direito do Consumo. Coimbra, 2003.

_____. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ANJOS, Maria do Rosário. *Os serviços de interesse econômico geral da União Europeia.* Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto. Ano 1. Sem. 1. 2006.

ARAÚJO, Edson Xavier Lucena de. *Serviços Públicos e tutela do consumidor.* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. 41. Nº 1. 2000.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.* 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito econômico brasileiro.* São Paulo: IBDC, 2000.

BAZILLI, Roberto Ribeiro; MONTENEGRO, Ludmila da Silva Bazilli. *Apontamentos sobre a reforma administrativa.* São Paulo: Editora UNESP, 2003.

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

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 20 de abril de 2015.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Estado Social: claros-escuros de um conceito.* Vértice: Revista de Cultura e Arte de Coimbra. Vol. 31. Nº 327/328. 1971.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *O Estado Garantidor: claros-escuros de um conceito.* In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Direito e o Futuro, o Futuro do Direito. Coimbra: Almedina, 2008.

CALVÃO DA SILVA, João Nuno. *O Estado Regulador, as Autoridades Reguladoras Independentes e os Serviços de Interesse Econômico Geral.* Temas de Integração. Coimbra. Edições Almedina. Nº 20. 2005.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. Vol. 1. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CASTRO, Benito de. *Estado social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales.* Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Madrid: Universidade Carlos III de Madrid. Ano 3. Nº 6. 1998.

CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.* 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ESTANQUE, *Elísio. O Estado social em causa: instituições, políticas sociais e movimentos sociolaborais no contexto europeu*. Finisterra: Revista de Reflexão e Crítica. Nº 73. 2012.

FACCHINI NETO, Eugênio. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2ª ed. ver. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos*. 3ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de Los Derechos Fundamentales: debate con Luca B. Acceli, Michelangelo Aovero.* 1ª ed. Madrid: Trotta, 2001.

GONÇALVES, Pedro; MARTINS, Licínio Lopes (com a colaboração de Dulce Lopes). *Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado Regulador.* In: Estudos de Regulação Pública I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GOUVEIA, Rodrigo. *Os Serviços de Interesse Geral em Portugal.* Centro de Estudos de Direito Público e Regulação. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Regulação e Limites dos Direitos Fundamentais.* 2001. Disponível em http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/BGRL.pdf. Acesso em 27/04/2015.

LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado Social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos".* 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MARTINS, Margarida Salema d'Oliveira. *O Estado social no contexto internacional e europeu.* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Porto. Ano 7. Nº esp. 2010.

MELO, António M. Barbosa de. *Aspectos jurídico-públicos da proteção dos consumidores.* Estudos de Direito do Consumidor. Nº 5. Centro de Direito do Consumo, Coimbra, 2003.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. *A Evolução dos Direitos Fundamentais: O Direito do Consumidor como um interesse difuso e a possibilidade de resgate da cooperação social.* Rev. Humanidades, Fortaleza, v. 18, n. 1, jan./jun. 2003.

MIRANDA, Jorge. *Os novos paradigmas do Estado social.* Conferência proferida em 28 de Setembro de 2011, em Belo Horizonte, no XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Disponível em http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf. Acesso em 01/05/2015.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUNES, António José Avelãs. *As Duas Últimas Mascaras do Estado Capitalista.* 2011. Disponível em https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/15565/1/FILOMENO%20MORAIS.pdf. Acesso em 01/05/2015.

_____. *O Estado Regulador e o modelo social europeu.* Revista Brasileira de Direito Comparado. Nº 40-41. 2012.

PORTO, Manuel Carlos Lopes. *Serviços Públicos e Regulação em Portugal.* Revista de Direito Público da Economia. Nº 3. 2003.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> Acesso em 13 de abril de 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Estado Social, Estado Providência e de Bem-Estar.* Disponível em http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Internacional/Estado-social-estado-providencia-e-de-bem-estar/6/26294. Publicado em 30/12/2012. Acesso em 28/04/2015.

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

_____. *Dimensões da Dignidade*. 3ª.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: A Constituição Concretizada – Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. *A ponderação de interesses na Constituição Federal.* 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SAYEG, Ricardo Hasson; MATSUSHITA, Thiago Lopes. *O direito econômico brasileiro como direito humano tridimensional.* 2006. Disponível em: <http://conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/ricardo_hasson_sayeg.pdf> Acesso em: 20/04/2015.

SILVA, Filipe Carreira da. *O Futuro do Estado Social.* Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013.

SILVA, Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da. *O sector elétrico perante o Estado Incentivador, Orientador e Garantidor.* Dissertação de Doutoramento. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008.

_____. *Direitos Fundamentais na Arena Global.* Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgilio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006.
TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. *Direito, mercado e função social.* Revista da AJURIS, v. 36, nº 103, set/2006.
VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: Uma Leitura da Jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006.

RECEBIDO EM: 29/01/2016
APROVADO EM: 13/03/2016

DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE E TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL: DA (IR)RACIONALIDADE À NORMATIVIDADE

ENVIRONMENTAL DETERIORATION AND SLAVE LABOR IN BRAZIL: FROM (IR)RATIONALITY TO NORMATIVITY

Camila Rodrigues Neves de Almeida Lima*

RESUMO: Este estudo refere-se à complexa relação que se estabelece entre meio ambiente e atividade humana no cenário contemporâneo, considerando a crise ambiental sob a perspectiva do atual trabalho escravo no cenário brasileiro. Partimos da premissa de que a crise ambiental se alastra e demanda ações eficazes e globais que revertam os danos causados, estabelecendo relações de proteção e de conservação, pontificando a urgência de uma consciência ecológica universal, o que implica também considerar as relações de trabalho sob a ótica dos direitos sociais e humanos, com base no trabalho livre, decente e condigno. Consideramos que a análise sociopolítica do trabalho escravo permite que se observe o cenário econômico globalizado que o fomenta e os efeitos nocivos dessa prática sobre o meio ambiente, interpelado com base no ordenamento jurídico internacional. Apontamos que a prática escravagista atual é favorecida pela clandestinidade e opacidade que dificultam sua identificação e confrontação, mas também viabilizada pela dinâmica capitalista que aciona a terceirização como estratégia de barateamento da mão de obra e pela (i)migração (forçada) que elevam exponencialmente o lucro em face do baixo custo operacional, favorecendo inserções dessa natureza. No Brasil, a degradação do meio ambiente provocada por intensa exploração do agronegócio se apresenta fortemente associada ao uso da mão de obra escrava, configurando uma dinâmica que aponta para uma crise ambiental tanto quanto resvala para a instalação de relações abusivas de trabalho, desafiando as institucionalidades nacionais de repressão ao crime ambiental e à escravização do trabalhador.

*Doutoranda em Direito Público e Mestre em Direito Laboral pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Escola da Magistratura Trabalhista da Paraíba (ESMAT 13) e em Processo Civil pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNIPÊ). Advogada. *Contato:* «advcamilarodrigues@hotmail.com».

Palavras-chave: Trabalho escravo. Meio ambiente. Degradação. Enfrentamento. Desafios.

ABSTRACT: This study refers to the complex relation established between the environment and human activity in the contemporary scenario, considering the environmental crisis from the perspective of the current slave labor in Brazil. Based on the assumption that the environmental crisis is spreading and demands effective global actions to reverse the damage caused, establishing relations of protection and conservation, evidencing the urgency of a universal ecological consciousness, which also implies regarding labor relations under a social and human rights perspective, based on free, decent and dignified work. We believe that the socio-political analysis of slave labor enables to observe the global economic environment that encourages it and the harmful effects of this practice for the environment through the analysis of the international law. By highlighting that the current slave practice is favored by secrecy and opacity that hinds it´s identification and confrontation, but also facilitated by capitalist dynamics that drives outsourcing as a cheapening strategy of the workforce and the (forced) (im)migration to exponentially increase profit in favor of low operational cost, promoting this kind of insertions. In Brazil, the environmental degradation caused by an intense agribusiness exploration strongly appears associated with slave labor, configuring a dynamic that reveals an environmental crisis as well as slithers for the installation of abusive working relations, challenging the national institutional to suppress environmental crime and worker's enslavement.

Keywors: Slavery. Environment. Degradation. Confrontation. Challenges.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo aborda a degradação do meio ambiente sob a perspectiva de sua relação com o trabalho escravo contemporâneo, atentando para a imbricação desse processo e delimitando nossa verificação ao contexto brasileiro, conforme desenvolvido no setor rural. Objetivamos analisar como se processa tal relação que deteriora os recursos naturais e a condição humana, e como se apresenta o ordenamento político-jurídico para fazer frente a essa dinâmica.

A relevância deste estudo se justifica diante da gravidade de que se reveste a crise ambiental que assola o planeta e o seu entrelaçamento com a prática escravagista, na medida em que ambas decorrem de desmedidas e lucrativas formas de exploração dos recursos, naturais e humanos, desafiando a compreensão de suas causas e consequências.

Essa coexistência entre formas de violações ambientais e sociais é o que pretendemos analisar como se verifica no espaço brasileiro. Apesar de se constituírem fenômenos independentes, pois existe trabalho escravo sem que a atividade exercida reflita em danos ambientais, ao passo em que também se constata a degradação do meio ambiente sem que esta seja provocada através da escravização de trabalhadores. No entanto, essas práticas são correlacionáveis e verificadas no setor rural, nomeadamente nas atividades da pecuária na Amazônia, do cultivo de cana no Pantanal, da extração de carvão vegetal na Caatinga, do cultivo de soja no Cerrado e de pinus e eucalipto na Mata Atlântica.

Assim, contextualizamos o trabalho escravo à realidade brasileira, revelando seus impactos, com destaque para os aspectos configuradores dessa prática coercitiva e também evidenciamos regiões e setores produtivos de maior incidência, dimensionando a situação dos

trabalhadores rurais mantidos sob o molde da servidão por dívida em fazendas e indústrias predadoras do meio ambiente, e os efeitos que tais atividades provocam.

Entendemos que a constatação da gravidade e da expansão desse fenômeno no Brasil e no mundo se apresenta para análise como um tema desafiador e sua escolha influenciou a construção do nosso objeto de estudo, buscando sua compreensão no âmbito jurídico, expressamente no campo do direito ambiental, laboral e dos direitos humanos, no sentido de identificar implicações econômicas, sociais e políticas, proporções alcançadas e perspectivas.

Trata-se de um estudo de caráter teórico, cuja fundamentação decorreu de pesquisa bibliográfica e documental que abrangeu a legislação brasileira, dispositivos internacionais e a doutrina especializada, possibilitando apreender os meandros que perpassam a condição destrutiva do desenvolvimento econômico, que deteriora o meio ambiente e a vida humana.

1. CRISE AMBIENTAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNACIONAL: A (IN)SUSTENTABILIDADE EM QUESTÃO

O século XX representa o momento histórico em que a questão ambiental assume relevância política e socioeconômica diante da evidência de que seus recursos estavam se exaurindo, comprometendo a vida em sociedade. Também data deste século, especialmente quando esse quadro se torna mais devastador, a concepção de que viver em um ambiente saudável constitui um direito humano (BOSSELMANN, 2008), travando-se um embate de grande envergadura.

E como supõe a complexidade da crise ambiental, diversos interesses (políticos e econômicos) se conflitam e colocam em risco a própria condição socioambiental, apresentando-se como premente o questionamento em qual medida os institutos jurídicos internacionais e nacionais de proteção ao meio ambiente e aos direitos humanos poderiam responder a essa demanda, e quais limites e dilemas poderiam ser dimensionados.

Sobre tais questões já se acumula extensa normatividade internacional sob os auspícios da ONU e de entidades regionais especializadas como a Organização dos Estados Americanos (OEA), referente às Américas do Norte e do Sul[103], consubstanciada em declarações[104], tratados, pactos e convenções com força de influir nos estatutos político-jurídicos nacionais, espelhando os compromissos arcados pelos países-membros, embora não sem controvérsias, relutâncias e atrasos por parte de muito desses países que retardam ratificações, incorporando, por vezes lentamente, as normas internacionais, mas produzindo paradigmas doutrinários e tendências jurisprudenciais.

No plano internacional, com a evidência da exaustão dos recursos naturais e com vistas a pensar formas de preservação do meio ambiente, foram elaboradas a Declaração de Estocolmo (1972) da ONU, o Relatório *Brundtland* (1987), o Tratado da União Europeia (ou de Maastricht, em 1992), a Declaração *Millenium* sobre os objetivos de desenvolvimento (ODM, de 2000), o Tratado de Nice (2001), a Agenda 21 e a Carta da Terra, dispositivos esses que "pareciam inculcar a ideia de estarmos

[103] Klaus Bosselmann (2008, p. 14) destaca que, "nas Américas, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos no âmbito dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (o Protocolo de São Salvador) reconhece o direito a um ambiente saudável no artigo".
[104] Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

perante um novo paradigma secular" (CANOTILHO, 2012, p. 4). Também foram criadas institucionalidades civis, políticas e religiosas, governamentais ou não, que visam promover o meio ambiente ecologicamente equilibrado, entre elas a Comissão de Desenvolvimento Sustentável (CDS) e o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (UNEP).

Nesse período, noções sobre sustentabilidade[105] e consciência ambiental passam a ser mundialmente disseminadas, colocando em pauta o debate sobre como equalizar qualidade socioambiental e ordenamento jurídico internacional. Assume relevância a compreensão de que é imperativo a realização de ações eficazes e globais que revertam os danos causados, com base na direção antropocêntrica[106] avocada pela Agenda 21 (ECO-92), de *desenvolvimento econômico, proteção ambiental e equidade social*[107]: o desenvolvimento social e o econômico interligados através da inclusão social, o desenvolvimento econômico e a preservação do meio ambiente almejando ecoeficiência, e a proteção ambiental e o desenvolvimento social comunicados pela efetivação da justiça socioambiental[108].

Assim, "a sustentabilidade consiste em encontrar meios de produção, distribuição e consumo dos recursos existentes de forma mais coesiva, economicamente eficaz e ecologicamente viável" (BARBOSA, 2008, p. 10), atentando-se para uma concertação mundial. Peleja-se pelo crescimento econômico que preserve os recursos naturais, com atenção às demandas sociais, ponderando os danos e equacionando seus desdobramentos.

Em consequência, o crescimento econômico desatento para as questões futuras (sociais e ambientais) formalmente não é mais tolerado pela comunidade internacional, bem como o enunciado que concebe a proteção ambiental como um vultoso e desnecessário dispêndio estatal em momentos de crise já não mais prospera[109].

---

[105] Termo adotado pela ONU, em 1987, no Relatório *Brundtland* (*Our Common Future*) da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD), para estimular o uso dos recursos naturais pelas gerações presentes sem comprometer as necessidades e bem-estar das gerações futuras, de modo consciente e racional, com vistas à preservação dos recursos naturais e minimização dos impactos ambientais, objetivando, também, o desenvolvimento socioeconômico. Assim, a sustentabilidade abrange de forma articulada as perspectivas *ambiental, econômica e social*, de modo a promover o desenvolvimento progressivo, que reflita em expansão qualitativa. Ancora-se em um princípio democrático, equitativamente distribuindo os encargos pela preservação do meio ambiente e de seus recursos às gerações presentes e futuras, às sociedades desenvolvidas e em vias de desenvolvimento, comportando verdadeira carga de solidariedade (CANOTILHO, 2010).

[106] E ecocêntrica, na medida em que a ausência de proteção e de prevenção internacionalmente concertada de danos irreversíveis ao meio ambiente possa afetar "todas as formas de vida centradas no equilíbrio e estabilidade dos ecossistemas naturais ou transformados" (CANOTILHO, 2010, p. 14).

[107] Esse é o conceito da sustentabilidade em sentido amplo: a níveis ecológico, econômico e social, diferenciada por José Joaquim Gomes Canotilho (2012, p. 6), da sustentabilidade em sentido restrito, particularizando-a na preocupação "com a proteção-manutenção a longo prazo dos recursos através de ações de planejamento, estratégias econômicas e imposição de obrigações de condutas e de resultados".

[108] Gisele S. Barbosa (2008 *apud* SACHS) acrescenta mais dois pilares à tese de sustentabilidade: *ecológico* e *político.*

[109] Sobrepõe ao argumento do custo econômico o princípio da proibição de retrocesso que aparece como uma "garantia de que *apesar* das flutuações políticas e das turbulências eleitorais, *apesar* das crises profundas e duradouras, *apesar* da miopia ambiental das presentes gerações, *apesar* das ideologias cultoras do cepticismo climático e ambiental…a legislação de proteção do ambiente não pode deixar de ter uma certa estabilidade, de forma a permitir a construção de uma sociedade mais justa, mais sustentável e envolta por um ambiente mais íntegro e diversificado" (ARAGÃO, 2012).

Esse entendimento, que atribui prevalência da natureza a razões econômicas, parece caminhar em direção de outra dimensão de sustentabilidade que rompe com uma racionalidade, "claramente subordinando o ambiente as opções socioeconômicas" (GOMES, 2014, p. 2), e que concebe como fundamental a formação de uma consciência ecológica universal que prospere os preceitos articulados de ambiente saudável e direito humano, pondo-se como dever respeitar os limites ecológicos (BOSSELMANN, 2008).

Ao tratar das racionalidades que fundamentam o debate sobre a questão ambiental, Klaus Bosselmann (2008, p. 4) assinala que quando esta é pautada economicamente, com base na proteção dos valores individuais, a preocupação com o meio ambiente fica condicionada ao grau de imposição desse enunciado. Já a sustentabilidade ecológica confronta esse prisma e avança para instituir outra sociabilidade que requer "um regime abrangente e unificador de obrigações e direitos humanos", possibilitando equacionar de forma mais responsável os limites da natureza.

Mas contrastando essas aspirações mais abrangentes e humanamente mais comprometidas, o cenário socioambiental atual atesta outra realidade, conforme se observa na intensificação da condição de degradação do ecossistema mundial e amplamente reverberada na 21ª Conferência do Clima (COP 21)[110], ocasião em que os rumos de contenção do aquecimento global foram intensamente disputados a partir dos interesses divergentes das nações e sob forte pressão de cientistas, ambientalistas, ONGs e de lideranças políticas.

Considerando a persistência do processo de destruição ambiental e deste relacionado ao uso do trabalho escravo, destacamos que o Brasil se encontra entre as nações que mais compactuam com essa forma conjugada de degradação e exploração, com o agronegócio assumindo papel proeminente nesse processo, alavancando lucratividade que confronta normativas internacionais e nacionais de proteção ambiental e social.

Para a compreensão dessa relação entre destruição ambiental e trabalho escravo faz-se necessário configurar, preliminarmente, como se apresenta contemporaneamente essa forma abusiva de exploração do trabalho e como se particulariza no cenário brasileiro.

2. O CONTEMPORÂNEO TRABALHO ESCRAVO NO CENÁRIO MUNDIAL E NA REALIDADE BRASILEIRA

O uso do trabalho escravo é prática verificada mundialmente. Segundo estimativas da OIT (2014), divulgadas em 2014 no Relatório Global sobre Trabalho Forçado, aproximadamente 21 milhões de pessoas foram escravizadas, a maior parte na região asiática, gerando um lucro de US$ 150 bilhões ao ano (US$ 12 bilhões na América Latina). Para efeito de comparação, destaca o estudo que este montante é duas vezes superior ao lucro gerado pelo tráfico internacional de drogas e maior do que o PIB de mais de uma centena de países.

[110] A COP 21 foi realizada em Paris, entre 30 de novembro e 11 de dezembro de 2015, reuniu delegações de 195 países e resultou em um acordo, considerado histórico, consubstanciado no documento "*Transformando nosso mundo:* a agenda de Desenvolvimento Sustentável para 2030".

Atualmente, constata-se o trabalho escravo como mundialmente experimentado sob as modalidades de posse[111], por dívida[112] ou por contrato[113]. Sua conceituação doutrinária revela aproximação com os institutos do trabalho forçado, precário, degradante e com o tráfico de pessoas, categorias que também são utilizadas para identificar a escravidão contemporânea.

Em consonância, a configuração contemporânea do trabalho escravo, experimentada em diversos contextos nacionais, assume forma de permanente coação, constrangendo o trabalhador ao tolher sua liberdade, violar sua dignidade, integridade e autonomia, favorecido pelo tráfico de pessoas (internacional e interno) e pela (i)migração forçada[114] e podendo resultar em trabalho infantil, servidão por dívida ou casamento forçado (OIT, 2006).

É com base nessa realidade que se firmou o aparato político-jurídico-institucional, internacional, prescrevendo diretrizes e instruções destinadas ao enfrentamento do trabalho escravo. Nesse plano normativo, destacamos a Convenção sobre a Escravidão da Liga das Nações (1926); a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (1948); a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950); a Convenção nº 29 (1930) e a de nº 105 da OIT (1965); os Pactos Internacional de Direitos Civis e Políticos e Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, ambos de 1966; a Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (1969), a Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho (1998), entre diversos outros diplomas internacionais.

Desse conjunto sobressai a plenitude do conceito de trabalho livre, condigno e decente, acurado para a proteção e o bem estar do trabalhador e em respeito às normas internacionais, incursionando, portanto, para a salvaguarda de direitos universais – humanos e fundamentais.

Contudo, na contramão dessa diretiva, vicejam práticas escravagistas, as quais, embora ressoando processos sociohistóricos que legitimaram o trabalho escravo como forma de relação social, geram interpretações teóricas e doutrinárias que delimitam suas expressões em escravidão antiga (ou clássica), moderna e contemporânea.

Essa compreensão, que se apoia em circunstâncias históricas, requer que se considerem as particularidades nacionais. Sendo assim, mesmo concebendo o trabalho escravo na sua forma contemporânea, como é o caso deste estudo, é preciso considerar as condições geradoras da sociedade brasileira que propiciaram um contexto de desigualdade social de tal magnitude que em muito determina práticas abusivas diversas, entre elas o uso recorrente de trabalho escravo. Essa formação nacional se deu sob o jugo da exploração colonizadora da coroa portuguesa das riquezas naturais, mediante práticas como a escravização dos índios, seguido do tráfico transatlântico e da escravização de africanos, somente abolida em 1888. Mas sem que o Estado equalizasse minimamente a incorporação dos libertos à economia nacional, produzindo consequências sociais de enormes proporções, sendo essa população relegada aos espaços e formas de subsistências as mais degradantes, forjando-se uma enorme massa humana segregada e criminalizada.

[111] Espécie de escravidão historicamente enquadrada como clássica e moderna, reconhecida por direito e pela sociedade, percebendo os escravos como mercadoria *adquirida* (FIGUEIRA, 2004).
[112] Neste tipo de escravidão, o trabalhador entrega-se enquanto penhor de dívida própria ao credor.
[113] Modalidade mais recorrente, através da contratação laboral fraudulenta, realizada através do aliciamento e mantida pela coação, com posterior endividamento do trabalhador (CORTEZ, 2013).
[114] Nesse caso, tanto a migração interna quanto a imigração entre países apresentam-se condicionadas por razões de natureza socioeconômica, por vezes forçada ou mediante falsas promessas de trabalho.

Esse quadro desvela como historicamente sedimentou-se no Brasil uma cultura autoritária, permissiva e abusiva, que ainda retrata uma elite empresarial habituada a transgredir direitos humanos, trabalhistas e ambientais em prol da lucratividade de seus negócios, ancorando-se politicamente no discurso do crescimento econômico.

Mas a contextualização do trabalho escravo à realidade brasileira que ora tematizamos reporta-se, sobretudo, à compreensão doutrinária firmada com base na identificação de elementos internos e externos inerentes a essa prática. Aparecem os elementos internos como caracterizadores da relação e os elementos externos como as condições que fomentam ou contribuem para instalação e manutenção dessa prática, advindas do contexto sociopolítico e econômico, como a desigualdade social, o latifúndio e a força político-congressual da elite agrária que imprime seus interesses nas normativas, o pouco alcance das políticas públicas, a morosidade processual e a prevalência da impunidade dos poucos agentes escravizadores identificados.

Sendo assim, os elementos internos compreendem a situação propriamente dita do trabalhador escravizado, a quem resta violada sua liberdade (de locomoção e de escolha), integridade e autonomia, sendo inerente à prática a opacidade e a clandestinidade, a fraude e a coação física (maus tratos), moral (dívida) e psicológica (ameaça) (CORTEZ, 2013). Ainda como aspectos internos aparecem jornadas extensas, local insalubre, cárcere privado, apreensão de documentos, fraude, constrangimento, agressão, salário aquém ou retido, vigilância armada e endividamento na modalidade do *truck system*[115].

Concorrem esses elementos para se afirmar a imposição vertida pelo uso de violência, assim "no trabalho escravo contemporâneo não há a tradicional troca entre trabalho e salário, e sim a usurpação do trabalho e da dignidade dos trabalhadores" (NEVES, 2012, p. 14). Nesse sentido, também se pode considerar que "a escravidão contemporânea dispensa grilhões, porém é mais perversa, pois o cativo não é considerado um bem[116]: é aliciado, explorado e descartado" (INSTITUTO OBSERVATóRIO SOCIAL, 2004, p. 3). Ao revés, essa prática (re)produz diferentes referências, a depender do espaço geográfico ou do tipo de atividade (super)explorada.

A escravização por dívida (ESTERCI, 1994), por exemplo, observada na peonagem em pequenas propriedades no sul do Brasil e em casas de prostituição amazônica na década de 1970, ainda repercute como uma complexa relação de dominação e de submissão, de medo e de lealdade, entre o escravizador e o trabalhador escravizado. Mais do que o débito econômico, vigora um débito moral, sendo assim, até saldar a dívida o trabalhador reluta em fugir, inclusive por ser esta extremamente difícil e perigosa.

A lógica dessa modalidade (predominante no Brasil[117]) inicia-se com o adiantamento de valores quando do aliciamento, prosseguindo com "mecanismos de endividamento, a manipulação das contas, a tentativa de cooptação, o uso da força e as formas simbólicas de degradação dos

[115] Modalidade de servidão por dívida viabilizada pela imposta aquisição de bens e serviços pelos trabalhadores explorados em armazéns superfaturados geridos pelos *empregadores*.

[116] Beatriz Ávila Vasconcelos (2011) contrasta o tratamento dado ao escravo moderno e o submetido ao trabalhador atualmente escravizado, revelando que, enquanto juridicamente legitimada a escravidão, o escravo era mantido com alguma cautela, em face de seu valor econômico, apesar das torturas e abusos que sofria. Hoje, o trabalhador é tratado de modo mais depreciativo, sem atentar para a sua integridade física, pois a condição de subjugação não é juridicamente reconhecida, não auferindo o escravagista lucro posterior, mas apenas enquanto perdurar a exploração laboral.

[117] Aliada à exploração infantil, à prostituição forçada e ao tráfico de órgãos (INSTITUTO OBSERVATóRIO SOCIAL, 2004).

trabalhadores e afirmação da dominação" (ESTERCI, 1994, p. 104). Esse processo de aliciamento se alimenta da vulnerabilidade econômica do trabalhador, em geral jovem, com escolaridade baixa e carente de qualificação profissional, que além de compartilhar essa condição com familiares, ocorrer reincidência e, ainda, *assunção* de cargo – quando deixa de ser aliciado para assumir o papel de aliciador.

No Brasil, o trabalho escravo contemporâneo predominava na agricultura, mineração e no trabalho doméstico, mas sua inserção nos espaços urbanos vem ultrapassando o rural, sendo agora recorrente na indústria, construção civil e no setor de serviços. As regiões Norte e Centro-Oeste são as áreas de maior concentração dessa prática, destacando-se o Nordeste como o espaço onde mais prospera o aliciamento, por deter os piores indicadores sociais (SCHWARZ, 2008b; ESTERCI; FIGUEIRA, 2008). Embora se constate que, em 2014, a escravidão no setor econômico urbano tenha ultrapassado pela primeira vez o espaço rural, o estabelecimento dessa relação social no campo é expressivo, bem como aparece correlacionada com a degradação ambiental.

Está incluindo no rol de (re)incidência da escravização os cenários das plantações de cana de açúcar (migrantes do Norte e do Nordeste) e das oficinas de costura paulistanas (imigrantes, sobretudo provenientes da Bolívia e do Haiti[118]), apresentando-se os Estados do Pará, Maranhão, Espírito Santo, Goiás, Piauí e Mato Grosso como as áreas de maior ocorrência dessa prática (SCHWARZ, 2008a).

Embora dados apurados por órgãos do governo e da sociedade civil contenham inconsistências, devido à dificuldade em se auferir situações camufladas e haja permanente carência de recursos financeiros e humanos para abranger a extensão territorial continental do país, nos espaços onde foram identificados trabalhadores escravizados, constatou-se que insegurança, insalubridade e violência afetavam o local de trabalho, agravado pela ausência de ventilação e de equipamentos de segurança pessoal, além de sobrejornada, e alimentação e alojamento precários (CACCIAMALI; AZEVEDO, 2006).

Com o acionamento do Poder Judiciário, os direitos violados com a escravização dos trabalhadores passam a ser discutidos, em uma tentativa de reparar os danos sofridos[119], de restaurar a liberdade violada e de efetivar as disposições normativas. Como resultado da processualidade laboral, trabalhadores são resgatados e verbas laborais são concedidas. Os empregadores, por sua vez, são autuados, multados e condenados a indenizar as vítimas. Aparece o dano moral como constatação irrefutável, concedido, a depender do caso, nos planos individual e coletivo.

[118] Leonardo Sakamoto (2011, p. 31), discorre que não existe uma organização específica que financie o tráfico internacional de pessoas com fins de escravização, mas excepcionalmente reconhece o "caso do tráfico de imigrantes latino-americanos, principalmente bolivianos, para o trabalho em oficinas de costura no estado de São Paulo". Esclarece que há "ações, na maior parte pulverizadas e sem coordenação, sob responsabilidade dos próprios fazendeiros", e não uma organização que trafique exclusivamente para esse fim, e a permanência irregular do imigrante é usada como forma de controle, pois são ameaçados com a deportação.

[119] Danos morais e materiais, na esfera individual e coletiva, reconhecidos pela jurisprudência e doutrina: DANO MORAL COLETIVO. POSSIBILIDADE. Uma vez configurado que a ré violou direito transindividual de ordem coletiva, infringindo normas de ordem pública que regem a saúde, segurança, higiene e meio ambiente do trabalho e do trabalhador, é devida a indenização por dano moral coletivo, pois tal atitude da ré abala o sentimento de dignidade, falta de apreço e consideração, tendo reflexos na coletividade e causando grandes prejuízos à sociedade (TRT 8ª Região. 1ª Turma - RO 5309/2002 Re. Des. Lygia Simão Luiz Oliveira – DJE 17/12/2002).

Em uma observação aproximativa dessa intervenção foi possível constatar uma padronização na abordagem jurisprudencial brasileira, sendo poucas as decisões que informam os elementos identificadores da relação escravagista. Mas pacificamente se reconhece a transgressão à dignidade do trabalhador e a violação de sua liberdade. Outro aspecto observado foi a discrepância entre o número de denúncias e a quantidade de ações propostas na seara trabalhista, o que pode ser indicador do temor do trabalhador de sofrer represálias.

Em geral, restam pacificados na jurisprudência brasileira os seguintes entendimentos: não considerar todo trabalho degradante, ilícito ou irregular como escravo (BRITO Filho, 2011), por ser uma categoria específica[120], que difere da infração laboral genérica; firmado o repudio à escravização e ao trabalho degradante, sendo a jornada exaustiva e a ausência ou insuficiência de remuneração os elementos mais considerados; a escravidão é parâmetro para pagamento dos direitos trabalhistas, inclusive quando viabilizada pelo contrato de facção, que imprime fraude à terceirização da atividade finalística e gera solidariedade entre as empresas; a ilegalidade na contratação por empresa interposta gera vínculo laboral direto com a empresa contratante, salvo o trabalho temporário legal; o reconhecimento do dano moral quando caracterizado o trabalho escravo; a tendência a certificar a escravidão com base na violação da dignidade, ultrapassando o paradigma da liberdade, considerando, inclusive, a sua violação indireta (LIMA, 2011).

3. AGRONEGóCIO, DANOS A O MEIO AMBIENTE E TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL: CORRELACIONANDO VIOLAÇÕES

As diretrizes de natureza político-jurídicas internacionais preceituam o dever-direito ao meio ambiente saudável e equilibrado, visto na abordagem ecológica como interdependentes (BOSSELMANN, 2008), proibindo sua lesão e determinando a racionalização no uso dos recursos naturais, fomentando o debate sobre a exaustão da exploração predatória e do consumo exacerbado nos moldes capitalista e sobre a possibilidade de sustentabilidade. Contudo, a noção de sustentabilidade ambiental é polêmica, tratada por diversas vertentes teóricas e incorporada nas orientações de organismos multilaterais, produzindo uma multiplicidade de interpretações.

Embora algumas abordagens tenham como base a compreensão de se buscar "o desenvolvimento capaz de suprir as necessidades da geração atual, sem comprometer a capacidade de atender as necessidades das futuras gerações (...) o desenvolvimento presente que não esgota os recursos para o futuro" (POKER, 2011, p. 97), estas são orientadas pelo conflito de interesses quer entre modelos que devem promover o desenvolvimento econômico, quer entre disputas de nações ou bloco de países, enquanto noutra direção, de uma sustentabilidade ecológica, encontram-se entrelaçadas "a protecção dos direitos humanos e a preocupação com a protecção do ambiente" (BOSSELMANN, 2008, p. 4)

[120] José de Souza Martins (1999) critica o uso indiscriminado da categoria do trabalho escravo atual porque enfraquece seu reconhecimento oficial e enfrentamento. Entende que se deve considerar por trabalho escravo a relação imposta ao trabalhador, matizada pela coação e pela ausência de liberdade. Assim, não serão quaisquer irregularidades laborais que irão configurar a escravização, mas a situação em que seja identificada a conjugação de elementos desta ação (como trabalho degradante e forçado, sobrejornada, ausência de remuneração), evitando, assim, sua banalização.

Dessa discussão emergem como questões centrais a própria exaustão do modelo econômico vigente, sua insustentabilidade e a dificuldade de se equacionar desenvolvimento econômico e desenvolvimento humano (que implica em proteção ao trabalho) face ao modelo capitalista, sobretudo para se disseminar uma cultura lastreada em uma educação ecológica que envolva igualmente produtor e consumidor (GOMES, 2014).

Considerando a crise ambiental e as formas que esgotam os recursos naturais e sua associação com formas predatórias de trabalho, denota-se que, no Brasil, a exploração de monoculturas, da pecuária e a extração de minérios são atividades extremamente lucrativas que afetam o ecossistema nacional e vêm sendo comumente associadas à sujeição do trabalhador à condição de escravidão. Em consequência, "além dos crimes contra os direitos humanos, o trabalho escravo também tem provocado uma grande destruição ecológica, já que, em cada hectare de floresta amazônica existem, em média, 200 espécies de árvore" (RIPPER, 2015, p. 3)[121].

Com efeito, "degradação humana e degradação ambiental fazem parte da cultura do lucro fácil de latifundiários e grileiros da região" (RIPPER, 2015, p. 1), duas formas de exploração verificadas tanto em associação quanto isoladamente. Não são condicionantes entre si, mas evidenciam a dinâmica capitalista de expropriar simultaneamente riquezas naturais e humanas.

As atividades rurais que mais comportam escravização de trabalhadores e de degradação do meio ambiente são a pecuária na Amazônia, a cana no Pantanal, o carvão vegetal na Caatinga, a soja no Cerrado e o pinus e eucalipto na Mata Atlântica.

A Pecuária na Amazônia é responsável pelo maior índice de desmatamento no Brasil (62%) e pelo maior número de casos de trabalho escravo e de resgate a trabalhadores (7 de cada 10 trabalhadores escravizados são resgatados dessa atividade), conformando 29% dos trabalhadores resgatados, entre 2003 e 2014 (ONG REPóRTER BRASIL , 2015). "Na produção de carne bovina, em que o Brasil é líder mundial de exportação, o trabalho escravo é utilizado para a limpeza e implantação do pasto, na construção de cercas e derrubada de mata nativa" (OIT, 2006, p. 72).

Fonte de conflitos fundiários e de degradação ambiental associada à escravização de trabalhadores, a pecuária na Amazônia Legal[122] é especialmente desenvolvida no espaço geográfico do arco do desmatamento (OIT, 2006), que se concentra nos Estados do Pará e do Mato Grosso[123], sobretudo a base de grilagem[124] de terras públicas. Devasta-se, com a queimada, a vegetação nativa para formação de pastagem, provocando a diminuição da biodiversidade e a emissão de gases de efeito estufa; e a escravização segue o modo de servidão por dívida, sendo os aliciados "trabalhadores nordestinos, pobres, que procuram trabalho nas grandes fazendas, arregimentados por gatos, que os recrutam em cidades onde o índice de desemprego e pobreza são muito acentuados" (GONÇALVES-DIAS; MENDONÇA, 2012, p. 8).

[121] Nos últimos 50 anos, 20% da vegetação nativa da região amazônica foi destruída. O Município São Felix do Xingu (PA), situado na região, duplamente lidera o ranking nacional de maior índice de desmatamento e de casos de trabalho escravo identificados, evidenciando a associação entre crime ambiental e violação humana (ONG Repórter Brasil, 2015). Também o dado oficial de que a Amazônia sofreu 19.000 km² de desmatamento foi contestado por João Roberto Ripper (2015), que divulga 26.800 km² de devastação.

[122] A Lei nº 1.803/1953 institui o Plano de Valorização e Desenvolvimento Econômico da Amazônia a base de incentivos fiscais, englobando os Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima, Tocantins e Maranhão.

[123] Segundo pesquisa mais recente do IBGE, Produção da Pecuária Municipal, em 2011.

[124] Mediante a falsificação de documentos de propriedade da área (pública) ocupada.

O cultivo da cana de açúcar no Pantanal é a segunda atividade que mais escraviza trabalhadores na contemporaneidade brasileira: 25% dos trabalhadores libertados entre 2013 e 2014 (ONG REPóRTER BRASIL , 2012a). O setor sucroalcooleiro[125] comporta 430 indústrias (a maioria no Estado de São Paulo[126], o maior produtor de açúcar e etanol do país) e produz anualmente 34 milhões de toneladas de açúcar – o que faz do Brasil o maior produtor mundial[127], e 27,5 bilhões de litros de etanol ao ano – assumindo o país a segunda posição no ranking mundial. Esse complexo produtivo gera 1,2 milhões de empregos diretos, destes, 300 mil são cortadores de cana (ONG REPóRTER BRASIL, 2015).

A realidade da cultura canavieira é marcada pelo labor desgastante (que beira a exaustão), com sobrecarga de jornada (chegando a 12 horas diárias), exposição a riscos de toda ordem (de contaminação, queimadura, corte e asfixia por inalação de fumaça) e remuneração com base na produtividade do trabalhador, implicando em degradação humana, na medida em que "ganha-se pelo que se produz, tal forma induz a produzir mais em menor tempo, e o baixo preço da unidade produzida induz o trabalhador a levar a produção até o limite da capacidade física" (**ALVES: NOVAES,** 2011, p. 105).

O perfil deste trabalhador é de jovem e migrante, nordestino, com baixa renda e escolaridade, contratado para prestar serviço sazonal. Considerada atividade[128] extremamente árdua e perigosa, a (imposta) produtividade[129] do cortador de cana foi gradualmente aumentada. Antes da instituição do Proálcool (1950-1960), a extração era de 2 a 3 toneladas ao dia, atualmente são exigidas 12 toneladas ao dia[130].

---

[125] O cultivo da cana e a produção de seus derivados (açúcar e álcool) foram estimulados pela ditadura militar, durante o governo de Ernesto Geisel, em 1975 – logo após o período do *milagre econômico* (1968-1973), com o Proálcool (Programa Nacional do Álcool), visando reduzir a importação de petróleo e resultando na redução de 10 milhões de automóveis movidos à gasolina, mas o programa perdeu força em 1979**,** com a queda do preço do petróleo aliado à valorização do açúcar que deixaram o álcool menos competitivo.

[126] O Estado de São Paulo, juntamente com Goiás, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Paraná, Alagoas e Pernambuco detêm 91% da produção nacional da cana de açucar e seus derivados.

[127] Em 2012, o Brasil foi responsável por 31% do cultivo mundial da cana de açúcar, seguido pela Índia, China e Tailândia (SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO , 2014).

[128] Destarte o risco à saúde e à segurança do trabalhador em manuzear utensílio cortante (facão) para a extração da cana de açúcar sem a devida proteção, a atividade é extremamente desgastante e sua remuneração, auferida com base na produtividade, força-o demasiadamente (ONG REPóRTER BRASIL , 2015). A intensa carga física, química, biológica e biopsíquica produz desgaste físico-mental e até a morte. Ademais, a atividade apresenta expressivo contingente de mão de obra infanto-juvenil (ALESSI; NAVARRO , 1997).

[129] Modalidade de remuneração criticada tanto pela tradição liberal quanto pela marxista, percebida como "uma das mais desumanas e perversas formas de pagamento" (LANGOWSKI, 2007, p. 93), por ser imprecisa, pela possibilidade de manipulação do resultado e porque o trabalhador não acompanha a pesagem, perdendo assim a noção do quanto produziu e do quanto irá auferir com o seu trabalho, tendo em vista que o peso da cana pode variar (por razões de plantio, meteorológicas e quantidade de cortes da planta), independente da extensão da área (eito) por ele colhida. É tão precário o sistema de pagamento por produção com base no peso (tonelada) da cana cortada por dia, em face da manipulação do total apurado que, em 1984, foi deflagrada greve dos trabalhadores canavieiros em Guariba – SP, que durou 12 dias, reivindicando a restituição do tamanho padrão do eito (área de aproximadamente 6 metros, demarcada em 5 ruas de cana, para a extração), que tinha sido majorado para 7 ruas, sem a contrapartida remuneratória, intensificando a exploração do trabalhador (ALVES, 2006).

[130] O esforço físico exigido do cortador de cana é proporcional ao de atleta maratonista: ao cortarem diariamente 12 toneladas de cana, caminham aproximadamente 8.8 km, despedem 133.332 golpes de facão, executam aproximadamente 36.630 flexões (golpes) e perdem cerca de 8 litros de água (ALVES, 2006; LANGOWSKI, 2007).

A alta produtividade do cortador de cana é conseguida a base da queimada das plantações de cana pelas usinas. Com o amadurecimento da planta, torna-se difícil o acesso ao terreno, funcionando a queima da plantação como fator de aumento da produtividade do trabalhador, na medida em que facilita o acesso e limpa o terreno de animais peçonhentos. Com a queima da cana modificam-se, também, as características ambientais da zona afetada, sobretudo a qualidade do ar, provocando enorme dano (ARBEX *et. al.*, 2004).

Historicamente, o trabalho no canavial consistia na atividade que mais implicava na escravização do trabalhador nos moldes contemporâneos, mas os números são decrescentes – a pecuária lidera na atualidade, seja pela intensificação das fiscalizações e repressão estatal às empresas, seja pela mecanização deste setor, que vem substituindo (por orientação normativa) a força de trabalho humana (ONG REPóRTER BRASIL , 2012b).

Concernente ao emprego de fogo[131] em florestas e demais vegetações este é proibido no Brasil (Decreto nº 2.661/1998)[132], tipificado como crime[133], admitindo-se a queima controlada nas áreas legalmente delimitadas, dependente de prévia autorização do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), para formação de pastagem para a pecuária, atividade cientifica ou tecnológica e limpeza de área para produção de outras culturas.

Entretanto, a força política congressual do setor sucroalcooleiro conseguiu vetar o artigo 43 da Lei nº 9.605/1998, que especificamente tratava da criminalização da queimada em florestas e vegetações, sob o argumento de que o termo «*precauções necessárias* para se evitar a propagação do fogo» poderia ter aplicação abusiva, desproporcional ou causar insegurança jurídica, ficando tal conduta balizada apenas pelo genérico artigo 27 do Código Florestal, pela Lei nº 12.651/2012 (CRUZ, 2000) e pelo artigo 41 da Lei nº 9.605/1998.

Mas entende Ana Paula Cruz (2000) que queimar plantações de cana de açúcar para a colheita manual está enquadrado criminalmente nos preceitos do artigo 54 da Lei nº 9.605/1998 que, aliado ao artigo 3º, inciso III da Lei nº 6.938/1981, definem o conceito de *poluição ambiental*. E mais, em termos penais, não precisa a poluição ultrapassar os limites administrativamente estipulados, devendo estes, no entanto, serem observados apenas para se analisar a incidência ou não do aumento de pena (artigo 54, §3º da Lei nº 9.605/1998).

Para além de impactos ambientais como compactação e contaminação do solo e dos recursos hídricos por agrotóxicos, diminuição da biodiversidade[134], emissão de gases de efeito estufa

[131] Em 1989 foi criado o Sistema Nacional de Prevenção e Combate a Incêndios Florestais (PREVFOGO), vinculado ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), para combater incêndios florestais e analisar os danos ocasionados ao meio ambiente.

[132] Entre 1998 e 2015, foram detectados 3.095.633 (três milhões e noventa e cinco mil e seiscentos e trinta e três) focos de incêndio no Brasil (INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS – INPE, 2015).

[133] O Código Penal brasileiro tipifica por crime provocar incêndio, intencional ou culposamente, incorrendo em aumento de pena caso o fogo seja empregado em lavoura, pastagem, mata ou floresta (artigo 250). Além de sanção penal, incorre em sanção administrativa quem ocasionar dano ao meio ambiente. A Lei nº 9. 605/1998, artigo 41, trata especificamente sobre o incêndio florestal.

[134] O canavial é o refúgio natural de muitos animais, que acabam morrendo com a queima da plantação, pelo calor, por asfixia ou queimados (LANGOWSKI, 2007).

(GEE)[135] e risco de incêndio florestal[136], com a queima da palha com vistas ao aumento da produtividade[137], sujeita-se também o trabalhador a elevadas temperaturas[138] e risco de queimaduras, provocando câimbras, desidratação[139], doenças cardiorrespiratórias[140] e até morte, além de desencadear doenças respiratórias à população circunvizinha (GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2015).

Em face dessa questão, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) editou a Norma Regulamentadora (NR) nº 15, que dispõe sobre a exposição do trabalhador ao calor, definindo atividades e operações insalubres e preconizando limite de tolerância de exposição ao calor, com base no tipo de atividade (leve, moderada e pesada) e no regime de trabalho (contínuo ou com descanso), não admitindo trabalho em situação superior a 30ºC sem a adequação de medidas de controle às altas temperaturas, sendo proibido o descanso[141] ao trabalho intermitente no local de exposição a altas temperaturas (MTE, 2015).

Apesar desse quadro, o setor sucroalcooleiro resiste ao processo de mecanização da colheita da cana em substituição à colheita manual, alegando a queda da produtividade, a perda de emprego e a redução dos vencimentos dos cortadores de cana, com o intuito de preservar os interesses econômicos do setor.

Com relação à queda da produtividade, embora a colheita da cana queimada seja mais agilmente realizada que a da cana crua, bem como a automatização implique em custos para as empresas, a mecanização é vantajosa sob os aspectos socioambiental, humano e tecnológico, apresentando-se como o investimento necessário para se preservar recursos naturais, minimizar danos ao meio ambiente e à saúde dos trabalhadores e da população circunvizinha. E quanto à redução da remuneração do cortador de cana, este não deve ser pago com base na produtividade diária, mas recebendo contraprestação mensal pelo labor realizado em condições de segurança, pois se trata de

[135] A queima de plantações e biomassa é a maior produtora de gases de efeito estufa e material particulado (poluente com maior carga tóxica), desencadeando em uma série de danos ao meio ambiente e associado à morbidade respiratória da população circunvizinha ao canavial (ARBEX, 2004), concorrendo para o aquecimento global, o desflorestamento, a desertificação e a produção de chuvas ácidas (GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2015).

[136] Caso do incêndio florestal de Roraima que durou meses (1997/1998), provocado pelo uso de queimada na agricultura, atingiu milhares de quilômetros quadrados de vegetação natural (11.730 km²) e liber ou toneladas de gases de efeito estufa (GEE). O IBAMA constatou que os danos provocados ao meio ambiente atingiram nível global, afirmando que depois da primeira queima do dossel (que provoca queda da umidade e aumento na temperatura), a floresta fica suscetível a novas queimadas com o aumento de material (verde e seco) inflamável, sobretudo em períodos prolongados de seca, sendo passível de erradicar por completo a floresta, que será substituída por vegetação rasteira e savana. Esse é o quadro que afeta o arco do desmatamento da floresta amazônica brasileira: modificação da paisagem e estrutura florestais, redução da biodiversidade e alteração da pluviosidade: (COCHRANE, 2000).

[137] Entre os efeitos da exigência de alta produtividade do cortador de cana, Francisco Alves (2006, p. 90) aponta a perda precoce da capacidade laboral e o óbito: "a morte dos trabalhadores assalariados rurais, cortadores de cana, advém do pagamento por produção".

[138] Carrega o trabalhador consigo vestimenta pesada de proteção (mangote), que potencializa o desgaste físico e a sudorese, levando-o à desidratação (ALVES, 2006).

[139] É comum a administração de soro fisiológico e de bebidas isotônicas no canavial entre os cortadores de cana, e alto o índice de internação hospitalar por desidratação (ALVES, 2006).

[140] Os gases de efeito estufa (GEE) e o material particulado (fuligem) liberados com a queima de massa orgânica são altamente prejudiciais à saúde humana. Entre eles, encontram-se o monóxido de carbono, dióxido de carbono, metano e hidrocarboneto, ocasionando *smog* fotoquímico, que seria a acumulação de gás ozônio em segunda camada, mais baixa, prejudicial à fauna, à flora e ao homem (ALVES, 2006).

[141] Segundo preconiza o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), o descanso é considerado como tempo de serviço para os efeitos legais, devendo ser propiciado em local com temperatura mais amena (MTE, 2015).

prática que estimula a flagelação do trabalhador, para se conseguir extrair o máximo de sua mais valia (LANGOWSKI, 2007).

A respeito da elevação do desemprego com a mecanização da colheita, aproveita-se o setor sucroalcooleiro desse argumento em um contexto regional de desemprego e grande disponibilidade de mão-de-obra para evitar a compressão do lucro, na medida em que a produtividade seria reduzida. Contudo, a ONG Repórter Brasil (ONG REPóRTER BRASIL , 2012b, p. 6) infere que "a mecanização, defendida como saída para a escravização nos canaviais, não garante necessariamente trabalho decente no campo", reportando-se ao resgate de 39 trabalhadores pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), de usina em Goiás, em 2011.

Por sua vez, o carvão explorado na Caatinga corresponde em mais de ⅓ do carvão produzido no país, sendo extraído de ecossistemas ameaçados[142] e destinado, em sua maior parte[143], para a produção de ferro-gusa (base de fabricação de aço e ferro fundido), importando ainda em 12% do trabalho escravo identificado no Brasil. Além de lucrar com a exploração do trabalhador nos moldes da escravidão, a indústria de ferro e aço também se aproveita economicamente do desmatamento ilegal (OIT, 2006) e da produção clandestina de carvão (ONG REPóRTER BRASIL , 2011a), associando crime ambiental e violação humana.

As unidades que fornecem carvão vegetal[144] para siderúrgicas produzirem ferro e aço[145] constituem outra cadeia econômica desenvolvida na região amazônica que também escraviza trabalhadores[146] e provoca danos ambientais – valendo-se do uso de carvão extraído do desmatamento ilegal. Assim, segundo a entidade, "ao usar a floresta de forma predatória e sem levar em conta as consequências socioambientais, o setor siderúrgico privatiza os recursos naturais e financia o trabalho escravo e a degradação de áreas de preservação e de terras indígenas" (INSTITUTO OBSERVATóRIO SOCIAL, 2011b, p. 11).

Essas práticas são também facilitadas pela corrupção, que possibilita o trânsito nacional de carvão ilegal e a concessão amplificada de créditos florestais [147], revelando-se extremamente

[142] A ONG Repórter Brasil (2012b) informa que 60% do carvão brasileiro provém de derrubadas de matas nativas e não de reflorestamento, cujo uso custa dez vezes mais (GREENPEACE, 2012). Além da poluição gerada com a produção do carvão, madeireiros desmatam vegetações nativas e áreas indígenas, ameaçando um dos mais importantes ecossistemas mundiais, estimado em 5 milhões de metros cúbicos por ano, apenas no estado do Pará (INSTITUTO OBSERVATóR IO SOCIAL, 2011a).

[143] Cerca de 85% da produção nacional é destinada à produção de ferro gusa (REENPEACE, 2012).

[144] Preterido o carvão vegetal ao mineral em face de seu alto teor de pureza (OIT, 2006).

[145] Provenientes da fabricação do ferro-gusa com uso do carvão vegetal, sendo tal produção "predatória e conivente com o trabalho escravo e a devastação ambiental" (INSTITUTO OBSERVATóR IO SOCIAL, 2011b, p. 7).

[146] As condições impostas aos trabalhadores escravizados são: ausência de "registro em carteira, sem equipamentos de segurança, sem alojamentos, sem direitos fundamentais. Sem acesso nem mesmo à agua potável" (INSTITUTO OBSERVATóR IO SOCIAL, 2011b, p. 3).

[147] A reposição florestal é prática estimulada pelo Estado brasileiro, devendo a empresa que utilize matéria-prima vegetal repor a vegetação natural, elaborando-se crédito com base nos resíduos. Contudo, estes créditos são fonte de corrupção, frauda-se a fiscalização e forjam-se documentos através da declaração falsa da quantidade de madeira legalmente extraída, associando a esse montante o quantitativo de madeira ilegal, conferindo-lhe aparência de legalidade e engendrando o processo de *esquentamento* da documentação que envolve práticas como comercialização de madeira sem licença ou com esta vencida, transporte ilegal, comercialização de créditos florestais, indicação de quantitativo de matéria-prima usada (de carvão ou madeira) aquém à produção final computada (de ferro gusa ou carvão) e declaração de compra de carvão (ilegal) por empresas inexistentes (*fantasmas*) ou que repassam carvão ilegalmente produzido por outras carvoarias (GREENPEACE, 2012).

vantajosa a expropriação de recursos naturais e a exploração escravagista na região amazônica, potencializando o lucro e reduzindo custos operacionais, perspectiva que em muito atrai o investimento externo para a aquisição de ferro gusa brasileiro, conferindo vantagem competitiva a grandes empresas internacionais (INSTITUTO OBSERVATóRIO SOCIAL , 2004).

Sobressaem desse quadro números assustadores, por exemplo: para a produção de uma tonelada de ferro-gusa são necessários 661 quilos de carvão (2,14 m³), e para a produção de uma tonelada de carvão vegetal é necessário desmatar e incinerar 48 árvores, segundo estimativa do IBAMA. Por ano, o Brasil produz aproximadamente 2,2 milhões[148] de toneladas de ferro-gusa e aufere 400 milhões de dólares. Destes, 38% são produzidos no Polo Siderúrgico de Carajás e exportados mais de 90% da produção nacional para indústrias, sobretudo do setor automobilístico, aeroespacial e eletrônico (INSTITUTO OBSERVATóR IO SOCIAL, 2011a).

Também referente à produção da soja cultivada no Serrado, é constatado o uso de trabalho escravo em cadeias produtivas que fornecem o grão, insumo base para produção de biodiesel e também muito utilizada para consumo nutricional humano e animal, vinculando grandes empresas nacionais, através da terceirização, às fazendas que escravizam trabalhadores no cultivo dessa cultura (INSTITUTO OBSERVATóRIO SOCIA L, 2011a; OIT, 2006).

Entre os impactos socioambientais provocados pela exploração da monocultura da soja atesta-se a redução da biodiversidade, o desflorestamento, a alteração da qualidade e contaminação dos recursos hídricos pelo uso de agrotóxicos, a utilização de queimada, entre outras práticas.

A rentabilidade almejada com a comercialização da soja (o Brasil também é o maior produtor e exportador mundial) abre espaço para que sua cultura se processe mediante desmatamento da vegetação nativa, associando trabalho escravo e devastação ambiental, o que só é possível através de extensa ocupação territorial. Isto nos faz depreender a relevância estratégica que tem o latifúndio para o agronegócio, que permite, entre outros aspectos, expandir fronteiras agrícolas e descartar áreas desgastadas, escancarando uma forma histórica de domínio de terras no país, muitas das quais subtraídas de reservas ambientais e da expulsão violenta de tribos indígenas.

Já para o cultivo de pinus e eucalipto na Mata Atlântica são frequentemente usadas áreas indígenas, quilombolas e de camponeses, colocando em risco a vegetação nativa, devastando reservas e deslocando tribos locais[149]. Classificado como *deserto verde*, a monocultura extensiva do pinus e do eucalipto provoca intensos impactos socioambientais, pelo rápido crescimento e pela ocupação de grandes extensões de terra, calculada em aproximadamente 6,5 milhões de hectares no Brasil (ONG REPóRTER BRASIL , 2011a).

A produção desse tipo de monocultura imprime diminuição da biodiversidade, vultoso dispêndio de recursos hídricos (drenando a capacidade hídrica da região e provocando a desertificação de regiões circunvizinhas), assoreamento de rios, alto índice de erosão, empobrecimento dos nutrientes e contaminação do solo e do lençol freático pelo uso excessivo de agrotóxicos (GREENPEACE, 2012), além de absorver pouca mão-de-obra, em face do alto índice de mecanização.

[148] Apenas a região Norte do país (INSTITUTO OBSERVATóR IO SOCIAL, 2004).

[149] A esse respeito, "a Comissão Inter-Americana dos Direitos Humanos considerou que o Governo Brasileiro tinha violado o direito do povo Yanomani (povo indígena) à vida, à liberdade e à segurança pessoal ao não conseguir evitar os danos ambientais graves causados pelas empresas mineiras" (BOSSELMANN, 2008, p. 16).

A sua plantação foi intensificada para suprir a demanda das carvoarias por madeira, bem como para atender ao mercado de papel e celulose, liderando o Brasil a posição de maior produtor mundial de celulose branqueada (ONG REPóRTER BRASIL , 2011b). Contudo, o desequilíbrio ambiental que provoca e as questões sociais que suscita são devastadores.

Na contramão do reflorestamento incentivado pelo governo, inclusive para ser capaz de fornecer madeira às carvoarias, a exploração da monocultura do pinus e eucalipto não pode ser considerada como reflorestamento, tendo em vista que não é preservada a biodiversidade, mas sim a manutenção de apenas uma única espécie vegetal, o que impossibilita a cultura de outras em áreas próximas (ONG REPóRTER BRASIL , 2011b).

O trabalho escravo também é constatado neste tipo de atividade no Brasil, identificado em fiscalizações do Grupo Móvel[150] que relata condições degradantes impostas aos trabalhadores. A sistemática é a mesma, aliciados pelo agenciador intermediário (*gato*), os trabalhadores são persuadidos a trabalharem na plantação falseando condições laborais e de vida. No entanto, o cenário é de aprisionamento pela dívida, coação, maus tratos e risco à saúde e à vida do trabalhador, também viabilizada pela terceirização da atividade de corte (ONG REPóRTER BRASIL , 2011b).

Em vista dessa realidade, depreende-se da literatura qualificada que "a previsão de crimes especificamente ambientais é a melhor forma de assegurar proteção imediata aos bens ambientais" (CRUZ, 2000, p. 55), assim como na seara laboral, bem como para fazer frente à destrutividade socioambiental, sobretudo em tempo de valorização do agronegócio, torna-se premente garantir as condições dos órgãos e agentes executores, entre outros impostos pela dominação econômica exercida sobre a natureza e a vida humana.

4. A INTERVENÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO: FORMAS DE ENFRENTAMENTO À DEGRADAÇÃO AMBIENTAL E À ESCRAVIZAÇÃO DE TRABALHADORES

Sob a influência do regramento internacional, a normatividade brasileira relativa ao meio ambiente e à prática escravagista acumula um conjunto de intervenções políticas, jurídicas e sociais cujos resultados apresentam avanços, dificuldades e veem suscitando amplo debate em torno da eficácia das formas políticas e jurídicas preventivas, de confrontação e repressão.

A esse respeito, convém destacar que diversos episódios também impulsionaram a composição da cartilha de direitos e garantias ambientais e laborais no Brasil, estimulando a formulação de legislação específica[151] e de planos e pactos nacionais[152] em defesa e promoção do meio ambiente e de enfrentamento à escravidão contemporânea, entre eles: o reconhecimento oficial pelo

[150] Criado em 1995 pelas Portarias do MTE nº 549 e 550, de 14 de junho de 1995, e alterado pela Portaria nº 265, de 06 de junho de 2002, o Grupo Especial de Fiscalização Móvel é órgão técnico do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), vinculado à Divisão de Fiscalização para Erradicação do Trabalho Escravo (DETRAE). Composto por Auditores Fiscais do Trabalho, Delegados da Polícia Federal, ocasionalmente por membros da Procuradoria-Geral da República, do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), é órgão competente para propor e executar medidas de fiscalização, combate e autuação de práticas escravagistas no Brasil.

[151] A lei nº 11.516/2007 cria o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio).

[152] I e II Plano Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, em 2003 e 2008.

governo federal, em 1995, da existência de trabalho escravo no país; os assassinatos de Chico Mendes (1988), da irmã Dorothy (2005) e do casal José Claudio Ribeiro da Silva e Maria do Espírito Santo da Silva (2011)[153].

Na perspectiva criminal, destacamos o artigo 23, incisos VI e VII; artigo 24, incisos VI e VIII; artigo 129, inciso III; artigo 170, inciso VI; artigo 186, incisos I e II; artigo 220, inciso II; 225, da Constituição Federal de 1988, e o artigo 250 do Código Penal, que fazem referência a crimes ambientais. Contudo, vem sendo discutido no Congresso Nacional proposta de emenda para alterar o artigo 149 do Código Penal, retirando os elementos *condições degradantes* e *jornada exaustiva* da configuração do tipo penal, dificultando, assim, a materialização do crime e a criminalização da conduta (ONG REPóRTER BRASIL , 2011c), com evidente retrocesso na abordagem e no tratamento jurídico criminal do trabalho escravo.

Quanto à atuação institucional, ações, campanhas e fiscalizações foram engendradas para reverter o quadro de exploração e de degradação ocasionado pelo agronegócio no Brasil, com ações também voltadas a conscientizar o consumidor, destacando-se nesse processo entidades governamentais, sociais, jurídicas, religiosas e de pesquisa, como a Comissão Pastoral da Terra (CPT); Serviço Pastoral dos Migrantes (SPM); Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (GERTRAF); Grupo Especial de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho e Emprego (GM/MTE); ONG Repórter Brasil; Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE); Grupo de Pesquisa Trabalho Escravo Contemporâneo (GPTEC/NEPP-DH/UFRJ) e a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR).

Com relação ao trabalho escravo, entre as inúmeras dificuldades para seu enfrentamento destacam-se: impunidade, desigualdades social e regional, morosidade, clandestinidade, opacidade, fiscalizações insuficientes (a nível pessoal e material), ausência de coercibilidade na adesão pelas empresas a pactos, projetos e planos, e a tentativa de desconstrução do conceito jurídico de trabalho escravo pela elite ruralista e por outros ramos econômicos, que querem tipificar essa relação apenas como irregularidade laboral.

Entre as propostas apresentadas pela OIT de combate ao trabalho escravo, verifica-se o incentivo à produção científica especializada; a promoção da conscientização social, a fim de se evitar novos (re)aliciamentos; a atuação político-institucional integrada através da coordenação de instâncias; a harmonização da norma interna com os preceitos internacionais mínimos; e, a promoção de uma maior proteção jurídico-estatal, inclusive através de uma reforma penal, passando a estender a responsabilidade objetiva a todos os agentes da cadeia produtiva.

Complementando as sugestões proferidas pela OIT, parte da doutrina brasileira evoca como medidas passíveis de enfrentamento a adesão coercitiva aos pactos, planos e programas; a produção de norma mais protetiva ao trabalhador e repressora à empresa que utilize mão de obra escrava, e de políticas públicas de acolhimento, profissionalização e reinserção sociolaboral do trabalhador resgatado[154]; a erradicação do analfabetismo, o combate à pobreza e ao desemprego que

[153] Ambos foram ativistas ambientais e militantes dos direitos humanos.

[154] A doutrina aponta que apenas focar na libertação do trabalhador da condição de escravidão é medida mitigatória, incapaz de efetivamente fazer frente à escravidão, devendo-se priorizar os desdobramentos provenientes com o encerramento da relação de escravidão, como profissionalização e reinserção condigna do trabalhador ao mercado de trabalho. Se mantida a vulnerabilidade socioeconômica do trabalhador, é provável que reincidam aliciamento e escravização como únicas alternativas disponíveis ao sustento pessoal e familiar.

favorecem o aliciamento; bem como a atuação concertada da comunidade internacional para prevenir, fiscalizar e reprimir a escravidão contemporânea.

Com relação às questões aqui abordadas, dois avanços que fazem frente à produção de carvão vegetal ilegal – prática depredatória do meio ambiente e que comumente escraviza trabalhadores – podem ser dimensionados: a elaboração da Carta-Compromisso pelo Fim do Trabalho Escravo na Produção de Carvão Vegetal e a criação do Instituto Carvão Cidadão (ICC), ambos em 2004.

A Carta-Compromisso, de livre adesão e assinada por 15 empresas do Polo Siderúrgico de Carajás preconiza a formalização, dignificação e modernização do setor econômico-profissional e repudia o trabalho degradante e escravo na cadeia de produção, em larga medida viabilizada pela terceirização. Uma forma de persuadir as empresas sobre os benefícios estratégicos que auferirão ao se responsabilizarem socialmente e promoverem o desenvolvimento sustentável. Entre os compromissos propostos estão: identificar focos de trabalho escravo na cadeia produtiva, regularizar as relações laborais estabelecidas e boicotar comercialmente empresas que utilizem mão de obra escrava.

Em resposta, um grupo de empresas siderúrgicas cria o Instituto Carvão Cidadão (ICC), propondo-se a monitorar a cadeia produtiva, fiscalizar a produção dos fornecedores de carvão vegetal e as relações trabalhistas que estabelecem, além de supervisionar a aplicabilidade e respeito ao acordado na Carta-Compromisso.

No entanto, grande parte do carvão vegetal utilizado pelas siderúrgicas provém de carvoarias clandestinas, que não são monitoradas empresarialmente pela instituição, justamente em face da opacidade de sua atuação. A atuação da ICC compreende a fiscalização de carvoarias cadastradas como fornecedoras, no entanto, para o Instituto Observatório Social (2011b), são muitas as siderúrgicas que utilizam o subterfúgio da declaração para camuflar o uso de carvão ilegal em sua cadeia produtiva.

Também carvoarias declaradas ao ICC são utilizadas pelo esquema fraudulento para legalizar carvão adquirido de carvoarias clandestinas, dando-lhes aparência de licitude[155], mas que foram forjados com madeira proveniente do desmatamento e do trabalho escravo, vindo as empresas a apresentar, em fiscalizações federais, documentação falsa, com isso liberando a extração da madeira de área diferente da explorada. Assim, "o setor global de aço torna-se responsável pelo financiamento de práticas predatórias e pela manutenção de condições trabalhistas degradantes" (INSTITUTO OBSERVATóRIO SOCIAL, 2011b, p. 9). Nesse cenário, a corrupção entre partidos políticos, agentes econômicos e públicos tem papel relevante, entrelaçando relações político-econômicas predatórias, degradação ambiental e escravização de trabalhadores no Brasil.

As consequências nefastas dessas práticas para o meio ambiente levou o governo federal brasileiro, em 2007, a reconhecer oficialmente que a produção do carvão vegetal e do ferro gusa potencializa a emissão de gases de efeito estufa (GEE), em razão do desmatamento e da queimada ilegal da vegetação nativa (GREENPEACE, 2012).

Por sua vez, diante do quadro de degradação socioambiental exposto pelo setor sucroalcooleiro, foi criado o Projeto Etanol Verde pela Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São

[155] Esse processo é denominado pela literatura jurídica como *esquentamento do carvão* ou *esquentamento de documentos*, que seria o esquema fraudulento para conferir aparência de legalidade que justificasse sua origem.

Paulo, em 2007[156], de adesão voluntária, com vistas a promover práticas de sustentabilidade ambiental e social no setor sucroenergético paulista[157], através da emissão de certificado de conformidade às empresas, com renovação anual, induzindo a mecanização da colheita da cana de açúcar em substituição à colheita manual viabilizada pela queimada. Entre as diretivas ambientais propostas pelo Protocolo Agroambiental do Estado de São Paulo às usinas e às associações de fornecedores de cana aparecem: estipulação de prazo para eliminação das queimadas[158]; proteção de matas ciliares[159] e das nascentes de água; controle da erosão e da poluição; elaboração e implantação de plano técnico de conservação do solo; plano de gerenciamento de resíduos; e plano de minimização dos poluentes atmosféricos.

Com efeito, o Projeto Etanol Verde trouxe expressiva redução do percentual de hectares de cana de açúcar queimada para colheita: de 65,8% (2,13 milhões de hectares) da área canavieira paulistana em 2006/2007, para 16,3% (0,78 milhões de hectares), em 2013/2014. Outro destaque do projeto foi o aumento da colheita mecanizada da cana crua – de 34,2%, em 2006/2007, para 83,7% em 2013/2014 (4,03 milhões de hectares), contribuindo com a redução de danos ambientais provocados pela queima da palha e preservando recursos naturais, embora resultasse na diminuição de empregos sazonais para o corte manual. Estima-se que, com essa substituição, a partir de 2006, deixou-se de emitir 4,4 milhões de toneladas de gases de efeito estufa e 26,7 milhões de toneladas de poluentes (SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2014).

As práticas socioambientais previstas pelo Protocolo Agroambiental do Setor Sucroenergético Paulista apontam quais metas foram atingidas ou superadas, indicando os resultados da proteção e preservação do meio ambiente auferidas entre 2007 e 2014 (SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2014). No entanto, ainda insuficiente, conforme visto por especialistas, por não aproveitar toda a biomatéria da cana, tampouco fazer sua conversão em bioenergia. Com isso, as folhas e o bagaço não aproveitados são desperdiçados, os quais correspondem a ⅔ do resíduo.

[156] O Projeto Etanol Verde foi assinado pelo governo do Estado de São Paulo – representado pelas Secretarias do Meio Ambiente (SMA) e da Agricultura e Abastecimento (SAA), e pelo setor sucroenergético – através da União da Indústria da Cana de Açúcar (ÚNICA) e Organização dos Plantadores de Cana da Região Centro-Sul do Brasil (ORPLANA) (SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2014).

[157] O Protocolo Agroambiental, assinado por 170 indústrias e 29 associações de fornecedores de cana, determina o fim das queimadas de canaviais em áreas planas (que permite a mecanização da colheita) em 2014, e, até 2017, para os canaviais em terrenos que inviabilizem o uso de maquinário – prazo esse inferior ao previsto pela norma estadual específica, de 2002 (ONG REPóRTER BRASIL, 2012b).

[158] O Estado de São Paulo já havia decretado Lei Estadual (nº 11.241/2002), regulamentada pelo Decreto nº 47.700/2003, prevendo a gradativa supressão do uso de queimadas para a extração da cana de açúcar. A norma preveu a adaptação em até 30 anos, estipulando o percentual a ser atingindo ano a ano, com base na área, se mecanizável ou não: Resolução SMA 33, de 21 de junho de 2007; nº 34, de 2 de julho de 2007; e nº 46, de 11 de outubro de 2007.

[159] Registra-se o aumento significativo de áreas ciliares nas usinas, de 160 mil hectares em 2007/2008, para 233 mil hectares em 2013/2014, desde a assinatura do protocolo, em 2006, e dos fornecedores de cana anota-se o aumento aproximado de 3.3 mil hectares entre 2009/2010 e 2013/2014. Estas áreas "são mantenedoras do fluxo e qualidade dos corpos hídricos, tendo um importante papel na perenidade das nascentes e na proteção contra o assoreamento dos rios e córregos (...). Além disso, por serem corredores naturais da biodiversidade, a proteção das áreas ciliares é fundamental para aumentar a conectividade entre os fragmentos florestais do Estado, permitindo o fluxo gênico e o aumento e diversificação das populações da fauna e flora" (SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2014, p. 42).

Outra medida adotada pelo governo do Estado de São Paulo, em 2008, foi o zoneamento agroambiental (ZAA)[160], que regulamenta os espaços rurais utilizados pelo setor sucroenergético e aponta as áreas indicadas para a cultura da cana (GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2015). Esse planejamento ambiental paulista, que envolve as Secretarias Estaduais do Meio Ambiente e da Agricultura e Abastecimento, dividiu a área analisada em quatro setores, classificados em: espaços adequados, adequados com limitação ambiental, adequados com restrição ambiental e inadequados.

Sob esse regramento, constatou-se que 26% das áreas de cultivo da cana são adequadas, 45% das zonas são adequadas, mas com limitações ambientais, 28% são adequadas com restrições ambientais, e 1% é retratado como área inadequada (GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2015). Em 2009, o governo federal passou a vetar a instalação de novas usinas sucroalcooleiras na região do Pantanal.

Em sequência, o Plano Nacional sobre Mudança do Clima, de 2008, propõe metas de redução na emissão de gases de efeito estuda (GEE) e de adaptação às alterações climáticas, estimulando a diminuição do índice anual de desmatamento na Amazônia e a ampliação do consumo interno proposto de etanol e da área de florestas plantadas.

Em 2010, o Ministério Público Federal (MPF) lançou a campanha *Carne Legal*[161], para estimular o consumo consciente, convocando a sociedade a acompanhar o percurso da cadeia produtiva (origem do produto, se houve degradação ambiental, escravização de trabalhadores, fraude fiscal, etc.) e estimulando o boicote a produtos irregulares ou ilegais. A campanha levou 100 empresas frigoríficas a assinarem o Termo de Ajuste de Conduta (TAC), comprometendo-se a não adquirirem carne cuja procedência advenha de desmatamento, trabalho escravo e outras transgressões. Esse selo social visa combater a exploração de atividade que associa degradação ambiental e humana.

Em síntese, constata-se que, no Brasil, a responsabilização das empresas pela degradação do meio ambiente e pelo uso de mão de obra escrava repercute nas esferas laboral, previdenciária e ambiental, aparecendo o embargo econômico como outra medida eficaz.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise ambiental constitui aspecto elucidativo da contemporaneidade, evidencia a forma como racionalidades político-econômicas que regem a economia global agem descoladas dos valores que pautam a necessidade de se equacionar de forma ecologicamente sustentável a economia, a sociedade e o meio ambiente. Isto tem provocado devastações de grandes proporções e comprometimentos avançados de ecossistemas, da biodiversidade e da sobrevivência futura da humanidade; antecipadamente, acarretando em piora na qualidade da vida presente e afetando severamente as relações de trabalho e os direitos humanos, donde emerge com força o uso do trabalho escravo como forma de se elevar a lucratividade, e que destacamos neste estudo como prática correlacionada à exploração desenfreada de recursos naturais, situando a experiência brasileira à luz do regramento jurídico nacional.

[160] Resolução SMA 04 e de nº 67, ambas de 18 de setembro de 2008; e a de nº 88, de dezembro de 2008.
[161] A iniciativa venceu, em 2013, o Prêmio CNMP, na categoria de Transformação Social.

Observamos que o dano ao meio ambiente é amplamente verificado em atividades rurais brasileiras e que estas se utilizam de mão de obra escrava, imbricando duas formas de devastação: ambiental e humana, conforme se expressa na exploração da pecuária e na extração de carvão vegetal, no cultivo da soja e da cana, do pinus e do eucalipto, atingindo preponderantemente a região norte, nordeste e centro-oeste do país e vinculando-se à permanência do latifúndio e à grilagem de terras públicas.

Com relação à condição escravagista, constatamos que a jurisprudência brasileira reconhece a existência do trabalho escravo, revelando-se a terceirização e a presença de (i)migrantes, sobretudo irregulares, como meios favorecedores desse fenômeno. Todavia, os avanços no campo laboral ainda trazem inconsistências em seus julgados, sobretudo conceitualmente frente a outras formas de exploração, como trabalho forçado e degradante, bem como persistem dificuldades político-institucionais para implementar normas jurídicas mais protetoras para os trabalhadores e repressivas para as empresas que fazem uso dessa prática.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que as normatividades brasileiras sobre o meio ambiente e o trabalho escravo são avançadas, expressando os compromissos internacionais assumidos pelo país, aparecendo o primeiro como bem jurídico internacional e constitucionalmente tutelado e as medidas político-jurídicas sobre escravização se destacando como referência mundial, pautando-se pela perspectiva *garantista* (SCHWARZ, 2008a), que capta o trabalho escravo enquanto violador dos direitos humanos. Conclui-se que, internamente, trava-se um debate doutrinário pela instrumentalização dos estatutos jurídicos construídos para fazer frente a tais situações, demandando um esforço de interpretação no sentido de discernir operacionalidades, resultados e perspectivas, sobretudo diante da confrontação e do acirramento dos conflitos.

Os resultados alcançados ainda destacam as formas assumidas pelas relações capitalistas contemporâneas que buscam lucros elevados e baixo custo operacional, intensificando os processos de degradação do meio ambiente e expropriadores do trabalho, considerando que concentração de renda e fundiária, desigualdades sociais, isolamento espacial, desemprego, pobreza, baixo nível educacional, omissão estatal e morosidade processual são aspectos elucidativos desse processo. Assim, áreas com abundância em recursos naturais e mão-de-obra descartável constituem uma base definidora de intenso dano ambiental e social, gerando alta lucratividade para seus proponentes econômicos.

A preocupação que orientou este estudo foi colocar sob o exame da crítica a correlação entre dano ao meio ambiente e trabalho escravo, considerando sua pertinência com a realidade brasileira e revelando seus impactos socioambientais e jurídicos, destacando que a sobrevivência de todos se encontra interligada, do planeta e da vida humana. Com essa intenção de colocar em questão a intricada relação entre destruição ambiental e escravização de trabalhadores esperamos ter contribuído com o debate em curso, apontando como se viabiliza tal processo e os desafios que afetam a teoria e a prática do direito ambiental e trabalhista na atualidade.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Neiry Primo; NAVARRO, Vera Lucia. *Saúde e trabalho rural*: o caso dos trabalhadores da cultura canavieira na região de Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil. Caderno Saúde Pública. 13 (Supl. 2). Rio de Janeiro, 1997, p. 111-12.

ALVES, Francisco. Por que morrem os cortadores de cana?. In: *Revista Saúde e Sociedade*. vol. 15. nº 3. São Paulo, 2006, p. 90-98.

ALVES, Francisco; NOVAES, José Roberto P. Precarização e pagamento por produção: a lógica do trabalho na agroindústria canavieira. Ricardo Rezende Figueira *et al.* (org.). *Trabalho escravo contemporâneo* – um debate transdisciplinar. Rio de Janeiro: Editora Mauad X, 2011, p. 99-126.

ARAGÃO, Alexandra. Desenvolvimento sustentável em tempo de crise e em maré de simplificação: fundamento e limites da proibição de retrocesso ambiental. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. vol. IV. Administração e Sustentabilidade: entre Risco(s) e Garantia(s), Fernando Alves Correia *et al.* (org.). *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 43-90.

ARBEX, Marcos Abdo *et. al.* Queima de biomassa e efeitos sobe a saúde. *Jornal Brasileiro de Pneumologia.* vol. 30. nº 2. São Paulo, 2004, p. 158-175.

BARBOSA, Gisele Silva. *O desafio do desenvolvimento sustentável*. 4ª. ed. nº 4. vol. 1. Rio de Janeiro: Revista Visões, 2008.

BOSSELMANN, Klaus. Direitos humanos, ambiente e sustentabilidade. In: *Revista CEDOUA* – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente. nº 21. ano XI. Coimbra, 2008, p. 9-38.

BRITO Filho, José Claudio Monteiro de. Trabalho escravo: elementos para a caracterização jurídica. In: Ricardo Rezende Figueira *et al.* (org.). *Trabalho escravo contemporâneo* – um debate transdisciplinar. Rio de Janeiro: Editora Mauad X, 2011, p. 241-250.

CACCIAMALI, Maria Cristina; AZEVEDO, Flavio Antonio Gomes de. *Entre o tráfico humano e a opção da mobilidade social*: a situação dos imigrantes bolivianos na cidade de São Paulo. Cadernos PROLAM/USP. ano 5. vol. 1. São Paulo: Editora USP, 2006, p. 129-143.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. In: *Revista de Estudos Politécnicos*. vol. VIII. nº 13, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?pid=S1645-99112010000100002&script=sci_arttext>, 2010, p. 7-18.

_____. Sustentabilidade – um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática. In: Sep. de: *Boletim da Faculdade de Direito*. vol. 88. tomo I. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2012.

COCHRANE, Mark A. *et. al*. O grande incêndio de Roraima. In: *Revista Ciência Hoje*. vol. 27. nº 157. 2000, p. 26-43.

CORTEZ, Julpiano Chaves. *Trabalho escravo no contrato de emprego e os direitos Fundamentais*. São Paulo: Editora LTr, 2013.

CRUZ, Ana Paula Fernandes Nogueira da. A tutela penal das queimadas: o problema da cana de açúcar no nordeste paulista. In: *Revista Justitia*, v. 62, nº 189, São Paulo, 2000, p. 43-56.

ESTERCI, Neide. *Escravos da desigualdade*: um estudo sobre o uso repressivo da força de trabalho hoje. Rio de Janeiro: CEDI/Koinonia, 1994.

ESTERCI, Neide; FIGUEIRA, Ricardo Rezende. Décadas de combate ao trabalho escravo: avanços, recuos e a vigilância necessária. In: Gelba Cavalcante de Cerqueira *et al.* (org.). *Trabalho Escravo Contemporâneo no Brasil*: contribuições críticas para sua análise e denúncia. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008, p. 331-346.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende. *Pisando fora da própria sombra* – a escravidão por dívida no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2004.

GOMES, Carla Amado. *Sustentabilidade ambiental*: missão impossível?. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/palmas-sustentabilidade.pdf>.

GONÇALVES-DIAS, Sylmara Lopes; MENDONÇA, Patrícia. *Desmatamento, trabalho escravo e redes de mobilização na Amazônia*: contestando a sustentabilidade na pecuária brasileira. VI ENAPEGS. São Paulo: Movimentos sociais e gestão social na construção democrática, 2012, p. 1-19.

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Etanol verde* – protocolo agroambiental. Secretaria do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.ambiente.sp.gov.br/etanolverde/>, 2015.

GREENPEACE. *Carvoaria Amazônia*: como a indústria de aço e ferro gusa está destruindo a floresta com a participação de governos. Manaus: Greenpeace, 2012.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS – INPE. *Portal do monitoramento de queimadas e incêndios*. Ministério da Ciência e Tecnologia e Inovação e Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.inpe.br/queimadas/>, 2015.

INSTITUTO OBSERVATóR IO SOCIAL. *Trabalho escravo no Brasil*. nº 6. São Paulo: Revista Observatório Social, 2004, p. 3.

_____. *A floresta que virou cinza* . São Paulo: Revista Observatório Social, 2011a.

_____. *O aço da destruição*: crimes ambientais e trabalhistas na cadeia produtiva da indústria siderúrgica instalada na Amazônia. São Paulo: Revista Observatório Social, 2011b.

LANGOWSKI, Eleutério. *Queima da cana*: uma prática usada e abusada». Cianorte, Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.ambiente.sp.gov.br/wp-content/uploads/publicacoes/etanol/efeitosDaQueimaDeCana.pdf >, 2007, p. 1-15.

LIMA, Firmino Alves. A jurisprudência sobre a caracterização do trabalho em condições análogas à de escravo no Brasil. In: Andrea Pastous Nocchi *et al.* (coord.). *Trabalho escravo contemporâneo:* o desafio de superar a negação. 2ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2011, p. 198 -215.

MARTINS, José de Souza. A escravidão nos dias de hoje e as ciladas da interpretação. In: VV. AA. *Trabalho escravo no Brasil contemporâneo.* Comissão Pastoral da Terra – CPT. São Paulo: Edições Loyola, 1999, p. 127-163.

NEVES, Débora Maria Ribeiro. *Trabalho escravo e aliciamento*, São Paulo: Editora LTr, 2012, p. 14.

OIT. *Trabalho escravo no Brasil do século XXI*. **Leonardo Sakamoto (coord.).** Brasília: OIT, 2006.

_____. *Lucro e pobreza – a economia do trabalho forçado*, Escritório da OIT no Brasil, Brasília, Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/apresenta%C3%A7%C3%A3ogenebra%20%5Bcompatibility%20mode%5D_1136.pdf>, 2014.

ONG Repórter Brasil. *Deserto verde* – os impactos do cultivo de eucalipto e pinus no Brasil. São Paulo: Projeto Escravo, nem pensar!, 2011a, p. 1-15.

_____. *Cadeias produtivas e trabalho escravo*: cana de açúcar, carne, carvão, soja e babaçu. Leonardo Sakamoto (coord.). São Paulo: Projeto Escravo, nem pensar!, 2011b, p. 1-28.

_____. *As condições de trabalho no setor sucroalcooleiro*. Natália Suzuki (coord.). São Paulo: Projeto Escravo, nem pensar!, 2011c, p. 1-7.

_____. *Trabalho escravo e destruição do meio ambiente*. São Paulo: Ministério Público do Trabalho, 2012a, p. 1-5.

_____. *Combate à devastação ambiental e trabalho escravo na produção do ferro e do aço*: Amazônia, Cerrado e Pantanal. Michel Becker (coord.). São Paulo: Conferência Ethos Internacional, 2012b, p. 1-135.

_____. Trabalho escravo contemporâneo – 20 anos de combate (1995-2015). Projeto Escravo, nem pensar!. São Paulo: Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais do Trabalho (SINAIT), 2015, p. 1-7.

POKER, **José Geraldo A. B. A Crise Ambiental e Limites da Proposta de Desenvolvimento Sustentável», In: M. C. L. Simonetti (Org.).** ***A (in)sustentabilidade do desenvolvimento*****: meio ambiente, agronegócio e movimentos sociais. Marília: Cultura Acadêmica; São Paulo: Oficina Universitária, 2011, p. 97.**

VASCONCELOS, Beatriz Ávila. O escravo como coisa e o escravo como animal: da Roma antiga ao Brasil contemporâneo. In: Ricardo Figueira Rezende *et al*. (org.). *Trabalho escravo contemporâneo* – um debate transdisciplinar. Rio de Janeiro: Editora Mauad X, 2011, p. 179-194.

RIPPER, João Roberto. Trabalho escravo e destruição da floresta. Ideias em Rede. *Revista Novamerica*. Rio de Janeiro, 2015, p. 1-4.

SAKAMOTO, Leonardo. A representação política do trabalho escravo no Brasil contemporâneo. In: Ricardo Rezende Figueira *et al.* (org.). *Trabalho escravo contemporâneo* – um debate transdisciplinar. Rio de Janeiro: Editora Mauad X, 2011, p. 31-42.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. *Trabalho escravo:* a abolição necessária. São Paulo: LTr, 2008.

_____. *Os limites do combate à escravidão no Brasil*. In: Revista Trabalhista Direito e Processo. ano 7. vol. 1. n.º 25. 2008b, p. 79-98.

SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Protocolo Agroambiental do Setor Sucroenergético paulista:* dados consolidados das safras 2007/08 a 2013/14. Governo do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.iea.sp.gov.br/Relat%C3%B3rioConsolidado1512.pdf>, 2014, p. 1-59. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.*

RECEBIDO EM: 17/02/2016
APROVADO EM: 06/05/2016



UNIVERSIDADE FEDERAL
DA GRANDE DOURADOS
Coordenadoria Editorial



UNIVERSIDADE FEDERAL
DA GRANDE DOURADOS
Coordenadoria Editorial